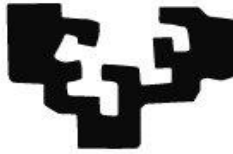


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

Departamento de Derecho Administrativo,
Constitucional y Filosofía del Derecho

Programa de doctorado

“La globalización a examen: retos y respuestas interdisciplinares”

**LEGITIMIDAD DE LAS SENTENCIAS ATÍPICAS DICTADAS
POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE
GUATEMALA EN PLANTEAMIENTOS DE
INCONSTITUCIONALIDADES DIRECTAS**

Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho
presentada por:

D. SET GEOVANI SALGUERO SALVADOR

Director:

Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

Donostia-San Sebastián

2019

Programa de doctorado
“La globalización a examen: retos y respuestas interdisciplinares”

**LEGITIMIDAD DE LAS SENTENCIAS ATÍPICAS DICTADAS
POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE
GUATEMALA EN PLANTEAMIENTOS DE
INCONSTITUCIONALIDADES DIRECTAS**

Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho
presentada por:

D. SET GEOVANI SALGUERO SALVADOR

Director:
Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

Donostia-San Sebastián

2019

Dedicatoria

A Dios, fuente de todo conocimiento;

a Marta Ruth, mi esposa, por su gran amor y apoyo;

a Susana Sofía, Rosana María y Josué Daniel, mis hijos, por ser mi
inspiración; y

a Rómulo Benedicto y María Rosario, mis padres, siempre en mi corazón.

Resumen

El presente es un trabajo de tesis en el que se aborda lo relativo a las modalidades de fallos no tradicionales emitidos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al examinar planteamientos de inconstitucionalidades directas. Como punto de partida, se desarrolla lo relativo al control constitucional de las disposiciones normativas, con énfasis sobre el realizado por los órganos jurisdiccionales. Posteriormente, se realiza un abordaje sobre la interpretación jurídica en el control constitucional, destacando lo relativo a cómo la evolución de esta ha dado lugar a fallos caracterizados por su creatividad. En un capítulo específico se desarrolla lo concerniente a las sentencias emitidas por los tribunales en ocasión de examinar la constitucionalidad de disposiciones normativas. De manera particular se hace un análisis sobre los fallos constitucionales atípicas, las cuales son objeto de definición, sistematización y ejemplificación. En la parte final se hace análisis respecto de la legitimidad de esas decisiones, a la luz del contenido de los preceptos, valores y principios constitucionales, tomando como base la necesidad de hacer realidad los caros postulados fundamentales.

Abstract

The following thesis aims to present and analyze non-traditional decisions rendered by the Guatemalan Constitutional Court, when it rules on issues regarding the constitutionality of laws. It begins by explaining the test of constitutionality of statutes with emphasis on judicial review. Afterwards, a study of legal interpretation within constitutional review is presented, highlighting how its evolution has led to rulings characterized by their creativity. One specific chapter details decisions by the courts when examining the constitutionality of laws. In particular, an analysis is done concerning atypical court decisions by defining, systemizing and exemplifying them accordingly. It concludes with an analysis pertaining to the legitimacy of the judicial decisions in light of Constitutional norms, values and principles based on the need to realize their fundamental objectives.

Índice

Título	Pág.
Abreviaturas y siglas	xvii
Introducción	xix
 Capítulo I: El control de constitucionalidad de las disposiciones normativas	
1. Control del poder público	1
2. El control constitucional	3
2.1 Definición	6
2.2 Presupuestos de existencia	8
2.3 La supremacía constitucional como fundamento del control constitucional normativo	9
3. Modalidades de control constitucional	15
3.1 Control constitucional realizado por órgano no judicial	16
3.2 Control constitucional realizado por órgano judicial	20
3.2.1 Sistema difuso o americano de control constitucional	26
3.2.2 Sistema concentrado o europeo de control constitucional	30
3.2.3 Sistema mixto de control constitucional	34
3.3 Evolución experimentada por el control de constitucionalidad	36
3.3.1 El control de convencionalidad como manifestación del control de constitucionalidad	42
4. Jurisdicción constitucional	51
4.1 Legitimidad y legitimación de la jurisdicción constitucional	54
4.2 Funciones del juez constitucional	68
4.3 Incidencia de la labor del juez constitucional	70
5. El control de constitucionalidad en Guatemala	73
5.1 Origen y evolución de la judicatura de lo constitucional en Guatemala	74
5.2 La judicatura constitucional guatemalteca en la actualidad	78

5.3 La Corte de Constitucionalidad	79
5.4 Mecanismo de control de constitucionalidad que se activan previo a la vigencia de la disposición objeto de examen	81
5.4.1 El dictamen	82
5.4.2 La opinión consultiva	84
5.5 Mecanismos de control de constitucionalidad que se activan durante la vigencia de la disposición objeto de examen	86
5.5.1 La inconstitucionalidad indirecta	87
5.5.2 La inconstitucionalidad directa	88
5.5.2.1 Pretensión	90
5.5.2.2 Sujetos legitimados	91
5.5.2.3 Presupuestos procesales de viabilidad	93
5.5.2.3.1 Señalamiento de la disposición normativa infraconstitucional, general y vigente cuestionada	94
5.5.2.3.2 Indicación del precepto constitucional que se estima violado	98
5.5.2.3.2.1 El bloque de constitucionalidad	99
5.5.2.3.3 Tesis del promotor de la inconstitucionalidad	100
5.5.2.4 Vicios de inconstitucionalidad	102
5.5.2.5 Sucinta relación del trámite	106
5.5.2.5.1 La sentencia	109
6. Reflexiones sobre la necesidad de la existencia de la jurisdicción constitucional y su correcto ejercicio	110

**Capítulo II: La interpretación jurídica en el control
constitucional normativo**

1. Importancia del tema	113
2. Concepciones de interpretación jurídica	114
2.1 Reflexiones sobre el abordaje de la interpretación jurídica	124
3. Tipos de interpretación jurídica	125
4. Relación y diferencias conceptuales entre interpretación y	

argumentación	133
4.1 La construcción de una teoría integradora de la argumentación jurídica	140
4.1.1 Aportes para la construcción de una teoría integradora de la argumentación jurídica	143
5. La norma como producto del proceso de interpretación	168
6. El control de constitucionalidad y la interpretación jurídica	174
6.1 Objeto de la interpretación constitucional	178
6.1.1 La Constitución	179
6.1.2 Los enunciados normativos infraconstitucionales	184
6.1.2.1 El objeto de examen en el control constitucional normativo: ¿La disposición normativa infraconstitucional o la norma?	188
6.1.3 Los instrumentos normativos convencionales en materia de derechos humanos	190
7. Principios de la interpretación constitucional	195
8. Márgenes de actuación del intérprete constitucional	201
8.1 Cuestionamientos recurrentes a la labor de los intérpretes constitucionales	212
8.1.1 Activismo procesal indebido	214
8.1.2 Sustitución del constituyente: la mutación constitucional inadmisible	220
8.1.3 Sustitución del legislador ordinario	225
8.1.4 Influencias políticas	233
9. La creatividad del juez constitucional al interpretar y, por ende, argumentar	241
9.1 Insuficiencia del modelo silogístico	246
9.2 Influjo doctrinario en la interpretación constitucional creativa	251
9.2.1 Postpositivismo jurídico	252
9.2.2 Doctrina de la Constitución viviente – <i>living Constitution</i> – ..	261
9.2.3 Neoconstitucionalismo	267

9.3 Importancia de la interpretación constitucional creativa	280
10. Reflexiones finales respecto de la actividad interpretativa en la jurisdicción constitucional	281

**Capítulo III: Las sentencias en el control constitucional
normativo**

1. Importancia del tema	283
2. Definición de sentencia	284
3. Tipos de sentencias	288
3.1 Las sentencias constitucionales	291
4. Requisitos de las sentencias	297
4.1 La congruencia	300
4.2 La motivación	303
4.3 La exhaustividad	313
4.4 Reflexiones sobre la aplicabilidad de los requisitos esenciales o sustanciales en las sentencias constitucionales	316
5. Efectos de las sentencias	317
5.1 La cosa juzgada	320
5.2 Los efectos de las sentencias constitucionales	326
5.2.1 Los efectos de las sentencias en el control constitucional de actos de autoridad no normativos	327
5.2.2 Los efectos de las sentencias en el control constitucional normativo	330
6. Las sentencias como fuentes de Derecho	349
6.1 La jurisprudencia y doctrina legal	357
6.2 El precedente	364
6.3 Diferencias conceptuales entre jurisprudencia y precedente	374
6.4 Razón de la vinculatoriedad de las sentencias dictadas dentro del marco del control constitucional normativo	378
6.5 Reflexión sobre la fuerza vinculante de las sentencias emitidas en ocasión del control constitucional normativo abstracto	383

**Capítulo IV: Las sentencias atípicas emitidas por la Corte de
Constitucionalidad al resolver solicitudes de
inconstitucionalidades generales**

1. Aproximación al tema	385
2. Punto de partida	386
3. Surgimiento de nuevas respuestas jurisdiccionales en el control constitucional normativo	393
4. Las sentencias atípicas. Denominación y definición	397
5. Fundamento de las sentencias atípicas	403
6. La maniobrabilidad posible según la normativa procesal constitucional	408
7. Variedades de sentencias atípicas	411
7.1 Sentencias atípicas en virtud de su contenido	417
7.1.1 Sentencias interpretativas	418
7.1.1.1 Clasificación en razón de la acogida de la interpretación del accionante	432
7.1.1.1.1 Sentencias interpretativas de acogimiento	434
7.1.1.1.2 Sentencias interpretativas de rechazo	441
7.1.1.2 Clasificación en razón de la modulación del sentido interpretativo de la disposición normativa	447
7.1.1.2.1 Sentencias aditivas	452
7.1.1.2.1.1 Variedad de fallos aditivos: sentencias aditivas de principio	460
7.1.1.2.2 Sentencias sustitutivas	465
7.1.1.2.3 Sentencias reductoras	473
7.1.1.2 Reflexión sobre las bondades de las sentencias interpretativas comentadas	480
7.1.2 Sentencias exhortativas	482
7.1.2.1 Variedades de sentencias exhortativas y su aplicabilidad en Guatemala	494

7.1.2.2 Reflexión sobre las bondades de las sentencias exhortativas	505
7.1.3 Otras sentencias atípicas por su contenido: las que disponen efectos no previstos en la normativa procesal	506
7.1.3.1 Reflexión sobre las sentencias constitucionales que disponen efectos no previstos en la normativa procesal constitucional	517
7.2 Sentencias atípicas en virtud del objeto de examen: las dictadas en ocasión de denuncias de inconstitucionalidad por omisión	518
7.2.1 Clasificación de las sentencias emitidas al examinar la constitucionalidad de omisiones normativas	526
7.2.1.1 Sentencias de inconstitucionalidad por omisión absoluta	529
7.2.1.2 Sentencias de inconstitucionalidad por omisión relativa	535
7.2.1.3 Sentencias de inconvencionalidad por omisión	546
7.2.2 Reflexión sobre las sentencias dictadas a raíz de denuncias de inconstitucionalidad por omisión	550
7.3 Sentencias cuya atipicidad radica en las circunstancias especiales de emisión: las dictadas de oficio	551
7.3.1 Reflexión sobre las sentencias constitucionales dictadas de oficio	573
8. Desafíos que derivan de las sentencias constitucionales atípicas	573

Capítulo VI: Análisis de la legitimidad de las sentencias constitucionales atípicas y mirada prospectiva respecto de esos fallos

1. Superación del modelo establecido en el punto de partida	577
2. Razones que justifican la emisión de sentencias constitucionales atípicas	582

2.1 Funcionalidad y utilidad práctica	583
2.2 Fortalecimiento del Estado constitucional de Derecho	584
2.3 Oportunidad de procurar solución a los planteamientos que los políticos no han sabido afrontar	587
2.4 La opción creativa para resolver álgidos conflictos constitucionales	590
2.5 Las sentencias constitucionales atípicas como mecanismos para prevenir o llenar vacíos constitucionales	593
2.6 Desarrollo y actualización de los contenidos constitucionales	595
2.7 Desarrollo y adecuación a la Constitución de las disposiciones normativas infraconstitucionales	599
2.8 Posibilidad de transformación de las disposiciones normativas sin intervención de su creador	601
3. Trascendencia de las buenas razones en las motivaciones sentencias constitucionales atípicas	604
4. Cuestionamientos	607
5. Valladares	613
6. La eficacia de las sentencias constitucionales atípicas	614
6.1 La normativa procesal y la eficacia de las sentencias constitucionales atípicas	620
6.2 La fuerza vinculante de las sentencias constitucionales atípicas y su especial valor normativo	621
6.3 Retos	622
6.3.1 Reto especial: la instauración de mecanismos de seguimiento	624
7. Legitimidad de las sentencias constitucionales atípicas	627
8. Una mirada prospectiva	630
9. Reflexión final	633
Conclusiones	637
Fuentes de consulta	648

1. Bibliografía	648
2. Cuerpos normativos	680
3. Resoluciones jurisdiccionales	681

Abreviaturas y siglas utilizadas

AC 1-2013	Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad
ACC	Auto de la Corte de Constitucionalidad
ANC	Asamblea Nacional Constituyente
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Corte de Constitucionalidad (Guatemala)
<i>cit.</i>	citado (a)
<i>cfr.</i>	confróntese
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPRG	Constitución Política de la República de Guatemala
CR	Congreso de la República (Guatemala)
CSJ	Corte Suprema de Justicia (Guatemala)
ed.	edición
<i>et. al.</i>	y otros
LAEPC	Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad
LEPP	Ley Electoral y de Partidos Políticos
<i>loc. cit.</i>	lugar citado
LOJ	Ley del Organismo Judicial
núm./núms.	número (s)
<i>op. cit.</i>	obra citada
p./pp.	página (s)
SCC	Sentencia de la Corte de Constitucionalidad
ss.	siguientes
t.	tomo
trad.	traducido
TCE	Tribunal Constitucional español
vol.	volumen

Introducción

El inicial abordaje de las sentencias constitucionales atípicas precisa tener en claro el marco dentro del cual se suscitó su emergencia y desarrollo; por ello es útil evocar las distintas etapas experimentadas por el control constitucional normativo. En primer término se halla lo que puede denominarse el preludio de la instauración de mecanismos de control constitucional, período que se abriría con las actuaciones sustanciadas para resolver el caso de Thomas Bonham (1610) y que constituye la fase embrionaria de ese control. Esta etapa se caracterizó por aportes, más que todo de tipo doctrinario, que sostenían la necesidad de implementar mecanismos de control constitucional; como expresión de estos se evocan los escritos contenidos en las publicaciones de *El Federalista*.

Luego del citado preludio, se produjo la emergencia y consolidación del control constitucional difuso, modelo que ha tenido como punto de partida la emisión de la célebre sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos, en 1803, en el caso *Marbury versus Madison*, que fue redactada por el juez John Marshall. A raíz de ese fallo hito, los jueces estadounidenses quedaron facultados para declarar, en casos concretos, que un enunciado normativo infraconstitucional es nulo por contradecir el supremo texto constitucional.

Con posterioridad, en el siglo XX, se produjo el establecimiento de tribunales constitucionales concentrados o *ad hoc*, esto fue consecuencia de haber abrazado las propuestas de la obra académica de Hans Kelsen, quien esbozó la necesidad de instaurar un tribunal de ese tipo para ejercer el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas. Esto dio pie al establecimiento del tribunal constitucional concentrado en Austria, experiencia que sería seguida por otros Estados europeos y que tendría un influjo tardío en América.

Una etapa que puede ser bien identificada en la historia del control de constitucionalidad es la de la reactivación de los tribunales constitucionales y la toma de nuevos bríos en los esfuerzos por la defensa de la ley fundamental, lo que se suscitaría una vez superado el receso experimentado durante el desarrollo

de la Segunda Guerra Mundial, época de marcado estancamiento de ese tipo de control. Superado ese lamentable acontecimiento histórico, resurgen los tribunales constitucionales y, de forma paralela, como una respuesta a las oprobiosas violaciones a los derechos humanos, emergen los tratados universales y regionales que positivizan esos derechos subjetivos. Lo relevante es que ese resurgimiento marcó el punto de partida de una nueva visión del Derecho Constitucional y, por ende, de las respuestas más garantistas ante los reclamos de la población, a las cuales no se estaba acostumbrado con antelación. De la mano del consecuente protagonismo atribuido a aquellos tribunales, fueron surgiendo señalamientos respecto del fundamento de su accionar, lo que fue superándose con el tiempo, siendo decisiva la adhesión de parte de sectores académicos y de importantes segmentos de la población en general, que percibieron sus bondades; en particular, la emisión de resoluciones que alcanzaban hasta el más encumbrado servidor público, enderezando su conducta por los cauces constitucionales.

Por último, puede hablarse de la fase de consolidación del sistema de control constitucional normativo y de dinamismo constitucional, que corresponde al escenario al cual se asiste en la actualidad, caracterizado por la aceptación, sin reticencias de peso, de la función contralora de la constitucionalidad de las disposiciones normativas, reconociendo verdadera fuerza normativa al texto constitucional y, en la que, para ese propósito, se desarrolla una jurisdicción constitucional un tanto diferente a la diseñada primigeniamente. Si bien en Europa, esa consolidación se produjo de manera previa a que se diera en Latinoamérica, lo que supone la ausencia de paralelismos que permitan hacer referencia de una etapa experimentada a la vez en todos los Estados, ha de precisarse que lo destacable es que en el panorama reciente se ha arraigado una visión más dinámica del constitucionalismo, con relación a los tiempos que le antecedieron.

En atención al número de siglos que han pasado desde que el ser humano ha dejado constancia de sus expresiones culturales, puede estimarse que la

existencia del control constitucional normativo es relativamente corta. A pesar de ello, ha de afirmarse que su evolución no se ha producido de forma lineal, sino que ha experimentado, para bien, importantes transformaciones. Producto de ese desarrollo, en el escenario actual los tribunales constitucionales han asumido un decisivo protagonismo en la transformación de las sociedades. Las resoluciones que producen, en ejercicio de la función contralora de la constitucionalidad, en especial en lo concerniente al examen de legitimidad de los enunciados normativos, ya no son escasas como lo fueron en el pasado, pues es más usual que se activen los mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad. Además, sus decisiones son recibidas con gran expectación por buena parte de la población, ya que inciden, de manera decisiva, en la actuación de los gobernantes y en la vida misma de los gobernados.

Ciertamente, la relevante tarea desarrollada por los órganos competentes para ejercer jurisdicción constitucional ha variado con el paso del tiempo; esto quedó de manifiesto en la sucinta relación evolutiva plasmada en las primeras líneas de esta introducción. Ejemplo de ello es que los Estados que optaron por seguir la esencia del modelo de control constitucional normativo concentrado, basado en la noción kelseniana de legislador negativo, han visto como el diseño primigenio se ha venido superando de forma paulatina, principalmente gracias al impulso experimentado por algunos tribunales constitucionales concentrados –tales como el italiano, seguido del alemán y, en tiempos más recientes, el español– que han sido destacadamente creativos en su labor de dotar de efectiva prevalencia al texto fundamental y, de manera concomitante, lograr la tutela de los derechos inherentes a las personas. Afortunadamente, el ejemplo ha sido seguido por tribunales de otros Estados, tanto en Europa como en América.

La necesidad de maximizar los efectos positivos de aquellos derechos y de contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad estatal ha provocado que, con suficiente respaldo doctrinario, se haya ampliado el margen de acción de los citados tribunales; para tal propósito, ha sido determinante la evolución de la

función interpretativa de la actividad jurisdiccional interpretativa –sobre todo, la emergencia de la interpretación creativa o evolutiva–, así como el reconocimiento de fuerza vinculante a sus decisiones, en especial a los sentidos interpretativos atribuidos a las disposiciones normativas en el estamento constitucional, y la buena recepción que han tenido los pronunciamientos constitucionales.

De manera decisiva, han contribuido a afianzar la ampliación de los márgenes de acción de los jueces constitucionales: los fallos caracterizados por su atipicidad, que, en líneas generales, puede decirse que son aquellos que no encuadran cabalmente en la clásica división de estimatorios o desestimatorios, pero que, en su mayoría, son una suerte de bendición, ya que, sin respaldo normativo expreso, han viabilizado, en la mayoría de los casos, que el texto fundamental maximice su fuerza normativa y pueda realizar, desarrollar y actualizar su contenido, por vía jurisdiccional, siendo central la referida labor interpretativa y, consecuentemente, los argumentos que reflejan los sentidos interpretativos.

Las sentencias no tradicionales o *atípicas* –como se les denomina en el transcurso del presente trabajo, por la amplia connotación del adjetivo– constituyen una manifestación de la superación del modelo positivista formalista de control constitucional normativo y han permitido que los órganos jurisdiccionales encargados de esa tarea desarrollen una función más positiva y sean más que simples expulsores de la preceptiva que viola el articulado que conforma el texto fundamental. Realizar un estudio sobre esos pronunciamientos es el principal cometido de la tesis que ahora se presenta.

El desarrollo de un trabajo sobre las sentencias constitucionales atípicas ha supuesto varias dificultades; dentro de estas, la falta de consensos que se manifiestan, inclusive, con relación a su correcta denominación y en cuanto a los tipos de fallos con características de atipicidad; ello tuvo que ser superado por medio de propuestas propias, basadas en la experiencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En lo relativo a la sistematización de estos fallos, también se presentó la necesidad de hacer una proposición propia que superara lo denotado por algunas tipologías, unas caracterizadas por lo extremadamente simples, otras por la superposición de variedades y otras por la impracticidad –para el caso de Guatemala– de los tipos abordados. De esa cuenta, las sentencias denominadas manipulativas –término del cual se toma distancia por la fuerte carga negativa que conlleva– son presentadas en esta tesis como una variedad de las interpretativas; igual aconteció con las aditivas, las sustitutivas o las reductoras, que fueron agrupadas como expresiones de los fallos en los que se modulan los sentidos interpretativos de las disposiciones examinadas. Además, se apostó por esa subclasificación para diferenciar a aquellas sentencias de las interpretativas de acogimiento y rechazo, tipos que dependen de compartir o no la asignación de sentidos que realiza el promotor del control constitucional abstracto.

Con relación a los pronunciamientos constitucionales interpretativos fue fundamental poner hincapié en la distinción conceptual entre disposición y norma –en sentido estricto–, pues si bien los planteamientos son dirigidos contra la primera, la selección de sentidos interpretativos se produce con relación a las normas que pueden ser extraídas de aquella. Así las cosas, se destaca que la comprensión de esas diferencias conceptuales es central para el estudio de esos fallos.

En cuanto a la clasificación motivada por los contenidos de las sentencias, además de las interpretativas, se ha incluido a las de tipo exhortativo, haciendo hincapié que la experiencia constitucional guatemalteca denota que localmente se han producido, más que todo, las conocidas en la doctrina como sentencias de delegación o, como bien las denominó el insigne magistrado español Francisco Tomás y Valiente: recomendaciones al legislador. Ello, salvo la experiencia aislada de emisión de fallos exhortativos por inconstitucionalidad simple, respecto de los cuales solo se han producido pequeños acercamientos.

La emisión de fallos relativamente recientes en los que se dispusieron efectos

distintos a los expresados en los artículos 140 y 141 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, provocó que se incluyeran análisis respecto de las sentencias con consecuencias de reviviscencia de la disposición derogada por el enunciado objeto de examen de constitucionalidad, así también se incluyó el análisis de las que difieren la expulsión de la disposición encontrada inconstitucional, determinando que, con relación a esta variedad, solo ha existido alguna aproximación.

Aunque no se suele incluir en las clasificaciones doctrinarias, se ha estimado pertinente abordar, dentro del marco del estudio de las sentencias atípicas, aquellas cuyo objeto de control difiere del regulado en la ley de la materia, tal como las inconstitucionalidades dirigidas contra omisiones normativas, con las cuales, fundamentalmente, se cuestiona la desidia del obligado a producir la disposición normativa –en el caso de las omisiones absolutas– o la negligencia en la producción normativa, lo que se produce cuando, al crear los enunciados, se hace de manera insuficiente, deficiente o discriminatoria.

También se ha hecho un abordaje especial sobre los fallos constitucionales dictados de oficio, experiencia en la cual el tribunal constitucional de Guatemala tiene mucho que aportar, al haber dictado uno que fue determinante para salvar la institucionalidad estatal, la que se intentó romper con las disposiciones que, con espíritu dictatorial, fueron emitidas por quien en 1993 ostentara la Presidencia de la República. Sobre esta opción se asume que su uso solo es aconsejable en situaciones extremas que tornan necesario privilegiar la necesidad de mantener aquella institucionalidad.

Una de las motivaciones que se tuvo para investigar sobre las resoluciones constitucionales atípicas es que, así como se estima valiosa la producción de los tribunales constitucionales europeos, dado que de estos han emergido sentencias vanguardistas ajenas al modelo primigenio y que constituyen verdaderos referentes dentro del iusconstitucionalismo contemporáneo, también en el continente americano se ha experimentado un interesante desarrollo jurisdiccional

atípico que amerita ser analizado. Por lógica, especial interés generaron al autor los fallos locales, es decir los emanados de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de la cual han emergido pronunciamientos que difieren de los simplemente estimatorios o desestimatorios propios de los órganos jurisdiccionales con funciones de legislador negativo. Por ello, se optó por el análisis particularizado de las distintas manifestaciones de sentencias atípicas guatemaltecas, considerando como tales las variedades comentadas panorámicamente líneas atrás. De todos los tipos se evocan los ejemplos respectivos, lo cual, además de atestiguar la veracidad de los comentarios que se formulan, permite un mejor acercamiento al tema.

Ciertamente, la exposición de las sentencias atípicas emitidas por el tribunal constitucional guatemalteco refleja una de las mejores facetas de ese órgano jurisdiccional, pues permite advertir esfuerzos en constante evolución en aras de efectivizar los contenidos de la ley fundamental, de constitucionalizar todas las expresiones normativas posible y de tutelar de mejor forma los derechos inherentes de las personas.

Como podrá constatar con los ejemplos, la producción de fallos atípicos por parte de la Corte de Constitucionalidad ha ocurrido principalmente en el presente siglo, siendo más recurrentes en la última década, avizorándose que cada día estas serán más frecuentes, dados los evidentes efectos positivos que presentan; además, se apuesta porque algunos escollos que no han sido superados, en un futuro próximo, sí lo serán, principalmente los relacionados con la falta de respaldo normativo directo –lo que, de ser superado, incidiría en que ya no sean considerados atípicos– y la escasa eficacia de algunos de esos pronunciamientos –lo que se suele producir ante la desatención de los alcances de las decisiones–. Para contribuir con ese propósito, en el presente trabajo se realizan propuestas respecto de cómo lograrlo.

En virtud del panorama actual y de su prospección, al formular el planteamiento del problema que sirvió de punto de partida para la investigación, emergieron las

cuestionantes siguientes. ¿Cuál es el fundamento de la legitimidad de las sentencias atípicas emitidas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al resolver planteamientos de inconstitucionales generales? Además, ¿Han logrado estos fallos atípicos logren la misma eficacia que las sentencias tradicionales? y ¿Qué panorama se avizora respecto de la eficacia emergencia de nuevos fallos atípicos? Las respuestas a esas preguntas pueden ser encontradas en el contenido del presente trabajo, en especial en la última parte.

Las cuestionantes relacionadas permitieron formular, como hipótesis, una aseveración cuya validez sería determinada por los resultados de la investigación; esta es la siguiente: **La emisión de sentencias atípicas, por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al resolver planteamientos de inconstitucionalidades directos, tiene fundamento en los propios márgenes de actuación que permite la normativa constitucional guatemalteca al tribunal constitucional.** *Grosso modo*, ha de indicarse que esa afirmación se valida a lo largo del trabajo y, con mayor ahínco, en el último capítulo, el cual desarrolla lo relativo a la legitimidad y en el que se concluye que tales fallos se ven respaldados fáctica y jurídicamente, en especial porque permiten la realización de los valores y principios constitucionales y la prevalencia de los derechos humanos consagrados en el supremo texto; por tal motivo, no es desacertado fundamentar la emisión de esas decisiones jurisdiccionales en la propia preceptiva constitucional.

A priori, ha de indicarse que nada podría legitimar más la emisión de resoluciones constitucionales atípicas que la posibilidad de hacer realidad los fines de la normativa llamada a aplicar: la Constitución; por ello, se afirma que, en tanto estas posibilitan la realización, desarrollo y actualización del texto fundamental, ese tipo de fallos está más que justificado. La mejor manera de mostrar que los fallos conllevan esos laudables fines es reflejándolo en las respectivas motivaciones. Debe tenerse presente, desde estas primeras líneas de la tesis, que en la medida que queden plasmadas las buenas razones de la decisión asumida, podrá lograrse

adhesión por parte de la población a los fallos que se emiten.

Es menester destacar que el esquema original del plan de tesis que fue presentado a la coordinación del programa de postgrado sufrió algunas modificaciones; ello fue así, con el propósito de posibilitar un enfoque deductivo y analítico –acorde con la metodología utilizada–, así como para lograr los objetivos iniciales, que fueron: (i) precisar los elementos normativos, fácticos y doctrinarios que le conceden legitimidad a los fallos constitucionales atípicos; (ii) establecer cómo los fallos atípicos son expresión de la superación del modelo positivista de control de constitucionalidad de disposiciones normativas; (iii) establecer las variedades de sentencias atípicas emitidas por la Corte de Constitucionalidad y los aportes de esas expresiones; (iv) formular una propuesta de clasificación de los fallos atípicos, basados en la experiencia local; (v) determinar los efectos propios que derivan de la emisión de las modalidades de sentencias atípicas; (vi) contribuir a hacer propuestas sobre los mecanismos adecuados para dar eficacia a los fallos atípicos; y (vii) determinar el panorama prospectivo respecto de las sentencias constitucionales atípicas.

Con base en lo anterior, el trabajo fue desarrollado en cinco capítulos, a saber: el primero aborda aspectos generales del control de constitucionalidad de las disposiciones normativas, las modalidades existentes, la evolución experimentada, lo atinente a la existencia de una jurisdicción constitucional, su legitimidad e incidencia de la labor desarrollada; se finaliza ese segmento con lo concerniente al control de constitucionalidad en Guatemala, haciendo énfasis en el que compete a los enunciados normativos.

El segundo capítulo desarrolla lo relativo a la interpretación jurídica en el control constitucional, estableciendo, en este, generalidades sobre la labor interpretativa, así como la evolución que el concepto interpretación ha experimentado en tiempos recientes; también se aprovecha para hacer distinción entre norma y disposición, lo cual es toral para el entendimiento de las sentencias constitucionales atípicas. Ese capítulo destaca por el hincapié que se hace en la interpretación

constitucional y los objetos sobre los cuales se realiza, los principios que la rigen y los márgenes de actuación del juez al realizar la tarea interpretativa.

El tercer capítulo concierne a las sentencias en el control constitucional normativo, las variedades de esas resoluciones, sus requisitos y sus efectos, poniéndose énfasis en los distintos tipos de sentencias constitucionales, sus efectos y la razón de su vinculatoriedad, lo que, en resumidas cuentas, radica en su fuerza especial, en virtud de la relevancia e incidencia de lo resuelto y la alta autoridad de quien resuelve, a la que se le ha encomendado ser el supremo guardián de la Constitución.

El cuarto capítulo está dedicado a las sentencias atípicas emitidas por la Corte de Constitucionalidad al resolver solicitudes de inconstitucionalidades generales; en este se desarrolla, en primer término, aspectos generales como su surgimiento, sus denominaciones y su definición, así como el fundamento de su emisión. Al abordar lo tocante a las variedades de estos fallos, se hace el esfuerzo de aportar una sistematización propia, arribándose a clasificarlas en virtud de su contenido – interpretativas, exhortativas y las que modulan los efectos de la decisión–, en razón del objeto de examen –las dictadas en ocasión de denuncias de inconstitucionalidad por omisión– y aquellas cuya atipicidad radica en las circunstancias especiales de emisión –las dictadas de oficio–; luego, se definen, comentan y ejemplifican cada una de estas, destacándose la utilidad que han representado.

En el capítulo quinto se hace un análisis de la legitimidad de las sentencias constitucionales atípicas y se formula apuesta respecto del panorama que se avizora; para lograr ese propósito, en ese segmento se deja plasmado por qué se asume que el modelo primigenio fue superado; además, se desarrollan las razones prácticas que las justifican, se dan respuesta a los cuestionamientos y se aborda lo relativo a los valladares y retos que deben ser superados. Ciertamente, el tramo final del contenido del presente trabajo evidencia que se lograron los objetivos generales y específicos propuestos.

Con base en la esquematización relacionada en el párrafo precedente ha sido posible presentar de manera técnica los resultados de una investigación de varios años, que arrancó con la elaboración de la tesina del máster universitario *Sociedad democrática, Estado y Derecho*, pero que se agotó con el trabajo que ahora se presenta.

Es pertinente indicar que, en su fase inicial, la tarea investigativa afrontó algunos obstáculos, los cuales incluso hicieron suponer que sería dificultoso llegar a buen término. A pesar de esas dificultades, el trabajo es ahora una feliz realidad y un aporte de uno de los estudiantes del programa de doctorado *La globalización a examen: retos y respuestas interdisciplinarias*, desarrollado conjuntamente por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco.

Set Geovani Salguero Salvador

Capítulo I

El control de constitucionalidad de las disposiciones normativas

1. El control del poder público

Abordar lo concerniente a las sentencias atípicas emanadas de la actividad jurisdiccional de control constitucional abstracto hace necesario, en primer término, evocar aspectos generales sobre la génesis de esa manifestación contralora de la gestión pública; ello con el fin de determinar el marco en que tales fallos han emergido y evolucionado, así como para avizorar posibles derroteros de esa importante labor estatal.

La mirada retrospectiva hacia la antigüedad permite advertir escasas expresiones de control del poder público¹, ya que en esa etapa histórica lo usual era que los monarcas gobernarán de forma absoluta sin que existieran mayores frenos a su quehacer; de hecho, sus límites tenían un carácter predominantemente político o moral.

Con relación a las exiguas manifestaciones de control producidas antiguamente, se trae a cuenta que, tal como lo expresa Celloto, ya en la Grecia antigua se desarrollaron algunas; no obstante, históricamente lo que más dificultades representó fue admitir que las leyes pudieran ser objeto de examen, pues estas por sí mismas eran concebidas como forma de limitación del poder de quienes hacían gobierno, por lo que los actos parlamentarios quedaban excluidos de la

¹ Respecto de la antigüedad conceptual del control del poder, Aragón Reyes refiere:

El control sobre los poderes públicos es algo que se encuentra, aunque con otros nombres, en las formas políticas más antiguas, que reaparece, después de un cierto declive, en la organización medieval y que se expande con el Estado moderno. La noción de control es muy vieja; tanto, puede decirse, como la noción misma de organización. El nombre, en cambio, con el que se le designa es relativamente más joven, ya que arranca de hace sólo seis o siete siglos...

Véase: Aragón Reyes, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista española de derecho constitucional*, año 6, núm. 17, 1986, p. 87.

función contralora².

El advenimiento del Estado moderno trajo consigo la división de competencias de la función pública entre los distintos poderes estatales y, con ello, la necesidad de establecer límites al ejercicio de sus funciones y consecuentes controles³. Sobre esa base, se sostiene que la instauración de límites a los poderes públicos estatales conllevó, de forma concomitante, el establecimiento de mecanismos de control. Así las cosas, se comparte lo expresado por el profesor Aragón Reyes, en cuanto a que “[p]oder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir una limitación inefectiva o irrealizable...”⁴.

Se concluye, entonces, en la irrefutabilidad de la necesidad de establecimiento de funciones de control al quehacer público; con esto se pretende asegurar “que el

² El jurista evocado afirma:

Desde la época de la democracia ateniense existen formas de control jurisdiccional de los actos de los poderes públicos. Menos fácil fue admitir el control de legitimidad de las leyes, dado que, hasta los tiempos de las formas de Estado absoluto (siglo XVIII), la misma ley –o, más en general, el derecho– era visto como posible forma de limitación del poder de gobierno. Los límites al poder soberano asumían un carácter predominantemente político o moral y el esfuerzo consistía, en nombre de la legalidad, precisamente en que el soberano quedara sujeto al respeto por el derecho.

Luego, agrega:

Por otra parte, de manera contraria, sobre la base de la experiencia inglesa, se impuso la idea de la omnipotencia del Parlamento, lo que suponía que la voluntad de las asambleas representativas quedase excluida del sometimiento a las decisiones de los jueces.

Para mayor abundamiento, véase: Celloto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Proceso y Constitucional*, núm. 1, 2004, p. 3.

³ Coincidente con lo antes expresado, Haro expresa:

...la idea de *limitación* conlleva necesariamente la idea de *control*. Por lo tanto un auténtico Estado de Derecho es aquel que establece los procedimientos jurídico-institucionales para limitar, pero también para *controlar* los posibles excesos tanto del poder estatal como de los poderes individuales y sociales.

Para abundar sobre el tema, véase: Haro, Ricardo, “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 10, t. I, 2004, p. 45.

⁴ El autor citado añade:

El delicado equilibrio de poderes que caracteriza al Estado constitucional no se apoya sólo en la compleja red de limitaciones que presta singularidad a esta forma política (y al concepto mismo de Constitución en que se asienta), sino también en la existencia de múltiples controles a través de los cuales las limitaciones se articulan. Limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero.

Para mayor abundamiento, véase: Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, p. 95.

poder eficaz, imprescindible para todo accionar estatal, no devenga en poder arbitrario, absoluto ni incomprensivo”⁵. Un Estado verdaderamente democrático no puede estar desprovisto de ello, dado que la finalidad de la actividad contralora estatal es evitar que se susciten abusos hacia la población; por ello mismo, para lograr la plena vigencia de los derechos humanos se precisa de mecanismos de control de la actividad pública estatal⁶. Respecto del más importante de esos instrumentos se hará relación en el apartado siguiente.

2. El control constitucional

Definido lo concerniente a los límites de toda manifestación de poder y su consecuente necesidad de control, es pertinente abordar cómo el texto constitucional constituye una expresión de esas limitaciones y cómo se controla su observancia.

Para concretar lo expresado en el párrafo precedente, primeramente, se evoca lo pronunciado por el iusfilósofo alemán Karl Loewenstein, para quien la propia Constitución es un “dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”⁷, dado que, en esencia, le caracteriza contener disposiciones que establecen limitaciones para el ejercicio del poder, las que no han sido producto de graciosas concesiones, sino de conquistas por parte de la población. Ello es reafirmado, al referir:

Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los

⁵ Santiago, Alfonso (h), *La Corte Suprema y el control político: función política y posibles modelos institucionales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, p. 91.

⁶ La afirmación se respalda con lo sostenido por Cappelletti que sostiene “[l]a expansión sin precedentes del control del poder político es un punto importante de la revolución de los derechos humanos...”; para mayor abundamiento, véase: Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm.17, 1986, p. 44.

⁷ Loewenstein, Karl, “La Constitución”, *Derecho Constitucional General: Materiales de Enseñanza*, Lima, Universidad Nacional de San Marcos/Universidad de Lima, 2004, p. 106.

detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder. Instituciones para controlar el poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente e incorporadas conscientemente en el proceso del poder. Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos⁸.

Efectivamente, tuvo que transcurrir mucho tiempo para que se reparara en la necesidad de los límites y, más aún, para que se arribara a la decisión de asumir a quien se le encargaba ser el guardián de la normativa constitucional. Esa evolución no se produjo de la noche a la mañana; de hecho, primeramente, tuvo que reconocerse la trascendencia de la Constitución, como “una norma a la que han de sujetarse todos los poderes del Estado”⁹; lo cual es logrado cuando “el cumplimiento de [sus] preceptos es obligatorio y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica”¹⁰.

Si bien los postulados de los iluministas inspiradores de revoluciones, en torno a la separación de los poderes públicos, fueron sumamente valiosos, la concreción práctica de su doctrina se dio sino hasta la implementación de mecanismos jurídicos que posibilitaron el control de la función de aquellos, lo cual fue consecuencia de la aprobación de preceptiva rígida de carácter fundamental; esto último dio inicio concretamente en los Estados Unidos de América.

Derivado de lo anterior, se infiere que el control de la observancia del texto constitucional surge como una manifestación más de los límites al ejercicio del poder público, aunque con el tiempo adquirió la trascendencia que ahora se le atribuye. A juicio de quien escribe, esta es la forma de control de poder más

⁸ *Loc. cit.*

⁹ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 14.

¹⁰ *Ibidem*, p. 15.

importante dentro del contexto estatal, ya que tiene por objeto encauzar que todo acto de autoridad se ajuste a los postulados normativos supremos, procurando que la Constitución no sea simplemente un enunciado de bondadosas aspiraciones, sino algo realizable en la práctica. De esa forma, el cuerpo normativo fundamental debe ser el ineludible elemento legitimador de toda la actuación del Estado o de cualquier autoridad; si no fuere así, el acto o disposición normativa que no encuadre en aquel no debe existir.

Una visión semejante a la antes expresada la tuvo Bidart Campos, para quien “uno de los resortes para que la Constitución no sea pura literalidad normativa, para que las transgresiones a ella puedan subsanarse, para que su interpretación objetiva quede asegurada, es el de la existencia de una jurisdicción constitucional con función de control constitucional”¹¹. En el mismo sentido, Aragón Reyes postuló que hablar de Constitución encuentra sentido cuando se le concibe en una de sus funciones fundamentales “como un instrumento de limitación y control del poder”¹²; de esa manera, el control deviene en elemento indispensable dentro de los textos fundamentales si se pretende dotar a estos de operatividad; o sea que, si lo que se procura es que el magno texto se “realice”, es decir: alcance su “efectividad normativa”, no es concebible un texto fundamental efectivo sin controles¹³.

La doctrina norteamericana del control judicial de las leyes –la cual se abordará en apartados posteriores– tuvo un influjo tardío en Europa; va a ser, precisamente, hasta después de acabada la Primera Guerra Mundial que se instaura en ese continente un singular modelo de control, distinto al norteamericano, respecto de la legitimidad de las disposiciones normativas con relación al texto constitucional.

¹¹ Bidart Campos, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 355.

¹² Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 81.

¹³ La connotación del concepto *realización de la Constitución* en el sentido usado por el profesor Aragón Reyes es similar a la que le atribuye Hesse. Dicho en palabras más simples, esa realización permitirá que la Constitución tenga verdadero carácter de norma y no simplemente de programa puramente teórico. Para mayor abundamiento, véase: *Ibidem*, p. 102.

Esto se produjo en un período que, a decir de García Pelayo, se caracterizó por la crítica respecto de la insuficiencia de la noción de Estado legal de Derecho, que suponía formalismos que propendían a la defensa del orden y sistema de valores establecidos; así las cosas, se abrió paso a la tendencia de considerar a la Constitución como “norma verdaderamente jurídica y que, por consiguiente, ha de estar dotada de las debidas garantías constitucionales...”¹⁴.

Las bondades del establecimiento de controles de constitucionalidad de las disposiciones normativas posibilitaron su expansión y desarrollo. En los tiempos presentes, si bien subsisten voces que cuestionan su sola existencia, sus resultados dan cuenta de cuán necesarios son. Debe tenerse presente que cada vez se recurre más a ese sistema contralor, al punto que se ha tornado más usual que a los encargados de llevarlo a cabo se les reclame respuestas que tanto los legisladores como los administradores estatales no implementan.

Para concluir este apartado, se enfatiza la trascendencia del control constitucional, dada su finalidad central en cuanto a que la normativa fundamental sea respetada y, con ello, hacer realidad los caros propósitos que conlleva ese cuerpo normativo, dentro del cual destaca alcanzar la paz social y el pleno desarrollo de los habitantes del Estado.

2.1 Definición

Precisado el objeto del concepto control de constitucionalidad, resulta pertinente apoyarse en una definición que pueda ser directriz durante el desarrollo del presente trabajo. Para ese efecto se evoca a García Pelayo, quien, al hacer relación del “control de constitucionalidad de las normas con rango de ley”, expresa que con ese sustantivo se denomina “la comprobación de la validez de una norma, contrastándola con otra de rango superior. La norma inferior es

¹⁴ García Pelayo, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional Español”, *Revista ILANUD*, años 9-10, núms. 23-24, 1989, pp. 12 y 13.

jurídicamente válida si concuerda con la superior; carece de validez si su contenido o forma de producción no concuerda o se desvía de ella”¹⁵.

Alexy, concibe al instituto jurídico en mención en los siguientes términos:

El control de constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a –o en contra de– la legislación parlamentaria. [...] el control de constitucionalidad consiste en algo más que meras afirmaciones concernientes a la constitucionalidad. El tribunal constitucional no sólo dice algo, sino que también hace algo. Por lo general, tiene el poder de invalidar actos constitucionales del parlamento¹⁶.

Aunque las definiciones anteriores y otras a las que se ha tenido acceso¹⁷ permiten advertir las notas características de la modalidad de control que se comenta, en el intento de hacer un aporte propio, se somete a consideración una opción más sintética; esta postula que el control de constitucionalidad **es el mecanismo por el cual, para asegurar el cumplimiento de los preceptos constitucionales, se realiza el examen de disposiciones normativas de rango inferior y de actos de autoridad, a fin de invalidarlos si violentaren la Constitución.**

¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶ Alexy, Robert, “Ponderación”, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 11 y 12.

¹⁷ A guisa de ejemplo, la aportada por el exmagistrado colombiano Hernández Galindo, quien sostiene:

Entendemos por control de constitucionalidad tanto la función misma de defensa y garantía de la supremacía del estatuto fundamental del Estado, como el conjunto de medios y procedimientos orientados a alcanzar en la práctica ese propósito. La función, independientemente de las modalidades que asuma según el orden jurídico del que se trate, tiene por objeto preservar el efectivo y constante imperio de las normas de la Constitución sobre las disposiciones de nivel inferior (proferidas por los órganos constituidos), mediante la actuación de uno o varios cuerpos (depende del sistema concentrado o autónomo), investidos de autoridad suficiente para decidir con carácter definitivo sobre la permanencia o exclusión de las segundas según se avengan o se contrapongan a las primeras. La normatividad constitucional, desarrollada generalmente por disposiciones legales, prevé los mecanismos y procedimientos mediante los cuales se ejerce la función de control de constitucionalidad.

Véase: Hernández Galindo, José G., “El papel de la Corte Constitucional en Colombia: Defensa del derecho ciudadano a la Constitución”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, vol. 2, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 1244.

2.2 Presupuestos de existencia

Para Vanossi, el verdadero control de constitucionalidad es concomitante con la existencia de “una *constitución rígida*, [además se requiere de] un *órgano independiente* y la existencia de *derechos subjetivos*”¹⁸.

Respecto de la primera condición, el citado jurista explica que no concibe esa forma de control en los sistemas con flexibilidad constitucional, ya que en estos todo resulta constitucional, al no existir diferencias entre las disposiciones normativas fundamentales y ordinarias¹⁹. Refiere también que, para realizar esa labor, es imprescindible que exista un órgano independiente porque “[n]o hay control si no media independencia entre el controlante y el controlado pues es absolutamente ingenuo pensar que estando sujeto el controlante al controlado, pueda ejercer uno sobre otra función de control”²⁰. Además, postula necesaria la existencia de un ámbito de libertad jurisdiccionalmente protegida que motive a los interesados a invocar la función contralora²¹.

Sagüés adhiere al planteamiento de Vanossi y refiere la necesidad de hacer un replanteamiento de los presupuestos de existencia del control de constitucionalidad, sobre la base de lo que puede ser considerado como lo ideal. Con un propósito didáctico, se trae a cuenta lo expresado por el mencionado iusconstitucionalista:

Las atinadas observaciones que anteceden [se refiere a lo expresado por Vanossi] dan pie, nos parece, a nuevas meditaciones sobre el asunto. Es oportuno, entonces, repensar críticamente la temática; y en tal quehacer, advertimos que puede diferenciarse un sistema *completo* (o pleno) de control de constitucionalidad, de los sistemas *incompletos*. En cuanto al primero, se

¹⁸ Vanossi, José Reinaldo A., *Recurso extraordinario federal: Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1984, p. 36.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ *Ibidem*, p. 37.

²¹ *Loc. cit.*

comprueban cinco exigencias para que ese régimen completo se tipifique: a) Constitución total o parcialmente rígida; b) órgano de control independiente del órgano controlado; c) facultades decisorias del órgano de control; d) posibilidad de los particulares interesados de impugnar por sí mismos la norma o acto inconstitucional, y e) sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad²².

Se estima que la reflexión que realiza Sagüés es bastante útil, ya que, por la ausencia o deficiencia de alguno de los presupuestos identificados no podría estimarse la total inexistencia de mecanismos de control de la constitucionalidad de la actividad pública; sin embargo, la concurrencia de los enunciados puede permitir la identificación de sistemas ideales o, bien, la completitud o no de las formas de control.

2.3 La supremacía constitucional como fundamento del control constitucional

La necesidad de mecanismos de control de observancia del texto fundamental encuentra sustento en el principio de supremacía constitucional, según el cual, dentro del ordenamiento jurídico interno, la Constitución es la primera de las “normas de producción”, o lo que es lo mismo, la *norma normarum* o fuente de las fuentes²³, debiendo ajustarse a ella toda actividad estatal, incluyendo la relativa a

²² Sagüés, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario: Introducción. Control de constitucionalidad*, 4a. ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 27 y 28.

²³ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 50 y 51. En las páginas citadas, el ilustre jurista español también atribuye carácter supremo a la Constitución por:

...ser la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (una «Ley Perpetua» era la aspiración de nuestros comuneros) o duración (*duarnde Grundordnung*: ordenamiento fundamental estable, «el momento reposado y perseverante de la vida del Estado»: FLEINER), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos sinfulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido...

la creación de disposiciones jurídicas²⁴; esto último, porque debe tener la calidad de fundamento del resto de los preceptos normativos, en razón de los límites materiales y formales que conlleva²⁵.

Además de constituir la fuente originaria del resto de expresiones normativas dentro de un ordenamiento jurídico, lo que la coloca en una posición de superlegalidad, la Constitución posee la máxima jerarquía, por lo que se encuentra ubicada en el pináculo de la imaginaria pirámide normativa interna, siendo ello una razón de peso para que su articulado sea de especial observancia.

Ha de destacarse que es recurrente que la supremacía sea identificada como un sinónimo de jerarquización; al respecto, es pertinente demarcar que el concepto va más allá de esa simple percepción formalista, pues si bien se comparte que supone un orden jerárquico superior, lo más relevante es que a la Constitución le sea reconocida una fuerza especial²⁶ y el carácter de fundamento respecto del resto de disposiciones normativas, de ahí deriva principalmente la posibilidad de exigir que estas últimas se ajusten a ella²⁷. Es más, la propia dimensión política de

²⁴ Ello es así porque “funcionalmente, la Constitución es poseedora también de una fundamentalidad y supremacía formal, en tanto es fundante de todo el ordenamiento positivo, determinante de su formación y validez última”. Sierra González, José Arturo, *Derecho Constitucional Guatemalteco*, 4a. ed., Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2010, p. 31.

²⁵ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Distribuciones Fontamara/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2001, p 47. Sobre esos límites, Guastini postula que la Constitución impone a la legislación dos tipos de límites, a saber:

1. Límites formales mediante normas que regulan el procedimiento de formación de la ley, de modo que el órgano legislativo no puede legislar si no lo hace de conformidad al procedimiento establecido por la Constitución.
2. Límites materiales mediante normas que vincular el contenido de las leyes futuras, de forma que le está prohibido al legislador aprobar leyes con un cierto contenido...

²⁶ Sobre el particular, Jellinek –connotado iusfilósofo alemán– refiere que “[l]a nota característica de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza como leyes...”. Véase: Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 480.

²⁷ La implicancia de la fundamentalidad de la Constitución fue desarrollada, de manera magistral por Burgoa, en el fragmento que a continuación se transcribe:

La fundamentalidad denota una cualidad de la Constitución jurídico-positiva que, lógicamente, hace que ésta se califique como “*Ley fundamental del Estado*”. Entraña, por ende, que dicha Constitución sea el ordenamiento básico de toda la estructura jurídica estatal, es decir, el cimiento sobre el que se asienta el sistema normativo de derecho en su integridad. Consiguientemente, el concepto de fundamentalidad equivale al de *primariedad*, o sea, que si la Constitución es la “Ley Fundamental”, al mismo tiempo es la “*Ley primaria*”. Este atributo, además implica que el ordenamiento constitucional expresa las decisiones fundamentales de que hablamos con antelación, siendo al mismo tiempo la fuente creativa de los órganos

la Constitución, al suponer un “pacto de límites al ejercicio del poder para garantizar los derechos y libertades del ciudadano”²⁸, hace que se convierta en “obligado parámetro para identificar a cada fuente del Derecho, así como controlar el ejercicio irregular de las instituciones políticas”²⁹.

Con la intención de ir más allá de estimar suprema a la Constitución porque formalmente le es reconocida esa cualidad, es pertinente referir que la razón primera de ese carácter ha de ser encontrado en el hecho que en esta obra se encuentra plasmada la voluntad soberana del pueblo, el que, por medio de legisladores constituyentes originarios y derivados, se manifiesta expresando el ideario de Estado al que aspira, lo que puede hacerse realidad en razón de las reglas, principios y valores que conforman el texto fundamental³⁰.

primarios del Estado, la demarcación de su competencia y la normación básica de su integración humana. La fundamentalidad de la Constitución significa también que ésta es la *fuerza de validez formal*, de todas las normas secundarias que componen el derecho positivo, así como la superlegalidad de sus disposiciones preceptivas en la terminología de Maurice Hauriou...

Para mayor abundamiento, véase: Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 91. Respecto del fragmento transcrito, es pertinente acotar que Burgoa transmite la idea de inseparabilidad entre los conceptos fundamentalidad y supremacía, siendo, por ende, dos conceptos inseparables que denotan dos cualidades concurrentes en toda Constitución.

²⁸ Hakansson Nieto, Carlos, *El proceso de inconstitucionalidad. Una aproximación teórica y jurisprudencial*, Lima, Palestra, 2014, p. 35.

²⁹ *Ibidem*, p. 36. Un abordaje que también se estima de utilidad es el de la magistrada constitucionalista chilena Peña Torres, para quien existen tres formas de justificar la supremacía constitucional y su consiguiente defensa por parte de los jueces, a saber: (a) la primera que supone jerarquía, al estilo kelseniano, en tanto la Constitucional es la *lex superior*, no existiendo en el ordenamiento jurídico positiva ninguna otra disposición normativa que se superponga a ella; (b) la segunda dimensión supone que el magno texto goza de supremacía porque representa el pacto social por excelencia, donde el pueblo, en cuanto titular de la soberanía o capacidad de autodeterminarse, ha plasmado las reglas fundamentales de su organización y su voluntad de proyectar la convivencia hacia el futuro; y (c) la tercera dimensión se apoya en el hecho de que a Constitución es la representación de un orden fundamental de valores de una sociedad determinada. *Cfr.*: Peña Torres, Marisol, “La arbitrariedad del juez en la justicia constitucional”, *¿Son anulables las sentencias del tribunal constitucional?* Lima, Palestra, 2015, pp. 29 y ss.

³⁰ Landa hace referencia a dos razones de la supremacía constitucional, las que se comparten; a saber:

Uno, por su origen, por cuanto la Constitución es emanación del poder constituyente, que en un sistema democrático es la fuente de legitimación del poder político y el orden jurídico. Dos, por su contenido, en la medida que la Constitución expresa jurídicamente los contenidos esenciales que integran a dicha comunidad, es decir los derechos fundamentales y la organización del poder político.

Véase: Landa, César, “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales: Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 27. Lo expuesto por el iusconstitucionalista peruano es

La observancia del principio de supremacía constitucional es la respuesta a interrogantes como las que se formulaba Recaséns Siches, en cuanto a por qué diversos preceptos integrantes del ordenamiento jurídico vigente en un momento dado, de diferente origen y rango, guardan entre sí una conexión formal, produciéndose una articulación orgánica, pese a las diferentes fuentes de su procedencia y de sus caracteres dispares. Existe, entonces, un común título de vigencia formal y un común fundamento de validez, que es precisamente el que constituye el sustento para que conserven vigencia todas las disposiciones normativas dentro del ordenamiento jurídico³¹.

Lo que hoy puede ser considerado como un relevante mandato de optimización – la supremacía constitucional–, emergió como una aspiración doctrinaria expuesta mediante argumentos convincentes cuando Alexander Hamilton en *The Federalist* –artículo periodístico 78– afirmó lo siguiente:

[N]ingún acto legislativo contario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden

complementado por el profesor Haro, quien relaciona los conceptos rigidez y supremacía constitucionales, encontrando la razón de esta última en el hecho de ser la viva voz del poder constituyente, a diferencia del resto de reglas jurídicas:

A nadie se le escapa que un principio axial que anima a los Estados constitucionales de Derecho con rigidez constitucional es el de la supremacía constitucional, por el cual la formación infraconstitucional debe necesariamente conjugarse –tanto en sus contenidos sustanciales como en los procedimientos de elaboración– con las normas constitucionales, como una expresión de la diferencia existente entre el objetivo y ámbito del poder constituyente y de los poderes constituidos.

Véase: Haro, Ricardo, *op. cit.*, pp. 47 y 48. En similar sentido también se pronuncia el connotado jurista guatemalteco García Laguardia, al abordar el principio y parafrasear algunas notas del profesor Manuel Aragón Reyes:

La supremacía de la Constitución tiene su origen en la fuente especialísima de donde proviene, el poder constituyente, y esto es lo que le da el carácter de superioridad sobre toda clase de normas que no tienen esa fuente originaria. Y se inspira en principios político-constitucionales determinantes: la soberanía popular como base de la organización política, la primacía de la persona humana sobre las instituciones de Estado y el régimen de legalidad solamente justificado por su legitimidad.

Véase: García Laguardia, Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala: La Constitución de 1985*, 5a. ed., Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1993, p. 58.

³¹ Ricaséns Siches, Luis, *Vida humana, Sociedad y Derecho: Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, México, La Casa de España en México, 1939, p. 198.

hacer no solo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben³².

Posteriormente, el concepto se fue desarrollando dentro del marco de las resoluciones que emergieron como consecuencia del sistema de control de constitucionalidad indirecto que se inauguraría con la célebre sentencia norteamericana de 1803, redactada por el juez John Marshall, en el caso *Marbury versus Madison*³³. Así las cosas, los postulados anteriores permearían en la actividad jurisdiccional de donde emergería el control de constitucionalidad de los actos legislativos, el cual garantiza que los derechos consagrados en el magno texto no sean vaciados de contenido por medio de las actuaciones de los poderes públicos.

García de Enterría refiere que la técnica de atribución de valor normativo superior “inmune a la normativa infraconstitucional”, constituye la más importante creación del constitucionalismo norteamericano y una gran innovación frente al sistema de control inglés sustentado en la actividad parlamentaria. Agrega que la noción de un derecho fundamental, más alto (*higher law*) que el resto, es consecuencia de la concepción del derecho natural como superior al positivo, inderogable por este³⁴. Luego, el jurista hace una afirmación que es medular para el entendimiento del tema central del presente trabajo:

³² El texto original en inglés es el siguiente:

No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid.

³³ Ciertamente, la emergencia del principio de supremacía constitucional como respuesta a la necesidad de hacer prevalecer la Constitución por sobre cualquier creación normativa tiene un origen norteamericano, así lo reconoce el célebre jurista español García de Enterría, quien es de la siguiente idea:

La técnica de atribuir al texto constitucional el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación con el sistema federal, de constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió. Aunque en ésta no faltaba la idea de un *fundamental law*, como ha estudiado GOUGH, especialmente en alguna decisión precedente del gran juez COKE (así el famoso *Bonham's case* de 1610) y en la doctrina de LOCKE...

Véase: García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 53.

³⁴ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, **obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación –por operadores públicos o por operadores privados o por órganos legislativos o administrativos– en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales**, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate. Este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de este carácter un postulado básico³⁵ [el énfasis es añadido].

El reconocimiento de supremacía al texto constitucional requiere, de manera indispensable, de sistemas de control que le aseguren su observancia con todo vigor, tanto en lo que respecta a la formación de disposiciones normativas como a su esencia. Ello es lógico, en atención a los efectos que conlleva ese principio, los que, según criterio de Lucas Verdú, son los siguientes: (a) primacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico, en cuanto es su fundamento; esto se garantizaría tanto con la dificultad de reforma, como con la labor del tribunal constitucional; (b) la exigencia de interpretar las disposiciones normativas jurídicas conforme al magno texto; (c) la sumisión de los ciudadanos *uti singulus* y *uti soci* – en lo singular y como sociedad– a la Constitución y al resto de disposiciones del ordenamiento jurídico; y (d) sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución³⁶.

En Guatemala el principio ha sido consagrado con claridad en tres preceptos constitucionales, a saber: (a) el 44 –segundo párrafo–, que expresa: “Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otra índole que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”; (b) el 175, que dispone: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son

³⁵ *Ibidem*, p. 96.

³⁶ Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1983, p. 96.

nulas *ipso jure*"; y (c) el 204, que establece: "Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado".

3. Modalidades de control constitucional

En el mundo existe un variopinto panorama de instrumentos procesales destinados a salvaguardar el contenido y los alcances de la Constitución, los cuales responden a sistemas o modelos en particular. Esa variedad se pone de manifiesto en el valioso aporte de Sagüés en su obra *Recurso Extraordinario: Introducción. Control de constitucionalidad*³⁷, en la que sistematiza la amplia gama de expresiones de control de constitucionalidad existentes.

En virtud de que en este trabajo no se tiene el objetivo de detenerse a establecer

³⁷ Sagüés propone que el encuadramiento de los sistemas de control de constitucionalidad se realice desde diferentes ángulos, de la siguiente forma: a) en función de su admisión o rechazo, los sistemas de control pueden ser: a.1) positivos (si se auspician actividades de control constitucional); o a.2) negativos (si no se hubieren planificado expresiones de control constitucional); b) en función del órgano que realiza el control, estos se subclasifican así: b.1) por la dependencia institucional que realiza el control, los sistemas son judiciales o no judiciales; igualmente, pueden ser nacionales o internacionales; b.2) por su composición, existen modelos donde el control es ejercido por letrados, por juzgadores legos o por jueces mixtos; y b.3) por su duración: hay sistemas permanentes o *ad hoc*; c) en función del procedimiento de control, estos se subdividen de la siguiente forma: c.1) por el momento en que se invoca el control, los hay modelos preventivos, reparadores o mixtos; c.2) por el modo de articularlo: existen sistemas que se activan por medio de acciones o por medio de excepciones; c.3) por la forma de tramitarlo, existen sistemas condicionados (si el control ha sido subordinado a una especie de preexamen practicado por un sujeto distinto del que debe pronunciar el juicio definitivo de inconstitucionalidad) o incondicionados (si no está sujeto al preexamen referido); y en razón de los sujetos que lo impulsan, los hay sistemas restringidos, amplios o amplísimos; d) en función del radio de acción, pudiendo ser: d.1) por la cobertura del control, existen sistemas totales (cuando cualquier norma o acto u omisión puede ser sometido a evaluación de constitucionalidad) o parcial (cuando solamente algunas normas o actos pueden ser sometidos a examen); d.2) por la naturaleza del acto controlado, existen sistemas en los que sólo es posible el examen de acciones, en tanto que otros permiten el control tanto de acciones como omisiones; y e) en función del efecto de la decisión, los sistemas pueden ser: e.1) no decisorios (cuando el acuse de inconstitucionalidad y recepción afirmativa por el órgano de control tiene por meta nada más que provocar en el órgano legislativo un acto de reflexión sobre la constitucionalidad de la norma impugnada); y e.2) decisorios, o sea cuando la decisión sí tiene un efecto vinculante, en esos casos los sistemas pueden ser: con efectos para el caso concreto, *erga omnes* o intermedios. *Cfr.*: Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 35 y ss, o bien la obra del mismo autor: *Compendio de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pp. 18 y ss.

la conveniencia de clasificaciones o denominaciones específicas, el hincapié se realizará en lo que el citado jurista denomina la división “tradicional” de modalidades de control constitucional, que supone la existencia de mecanismos políticos y jurisdiccionales. Esa clasificación merece las críticas de Sagüés, quien la considera incorrecta, pues si un órgano jurisdiccional puede vigilar la constitucionalidad de las normas también desarrolla una notoria actividad política y, por otro lado, existen órganos de control muy difíciles de encasillar entre políticos o jurisdiccionales³⁸.

Por lo anterior, en los apartados subsiguientes se hará relación del control de constitucionalidad realizada por órganos judiciales y no judiciales, al revisar disposiciones normativas.

3.1 Control constitucional realizado por órgano no judicial

La función concerniente a controlar la constitucionalidad de la actividad de las autoridades, en especial lo relativo a la producción de disposiciones normativas, puede corresponder a un órgano que no forme parte del Poder Judicial, normalmente de naturaleza política.

Con relación a esta modalidad, se suele argumentar a favor de su existencia el hecho que es el pueblo el titular de la soberanía dentro de un Estado, por lo que debe ser un órgano político representante de la voluntad popular el que debe estar encomendado de preservar la constitucionalidad de las disposiciones normativas de inferior jerarquía al magno texto; así las cosas, esa atribución no debiera estar atribuida a los jueces, pues a estos solo corresponde la tarea de hacer aplicación de la normativa al resolver controversias.

³⁸ El tesista estima valedera la observación realizada por Sagüés, ya que es bastante común advertir la existencia de sistemas simbióticos; de hecho, como se verá líneas más adelante, en Guatemala se produce una mixtificación de sistemas –o hibridación, como se verá más adelante–. El iusconstitucionalista referido prefiere hacer relación de control constitucionalidad realizada por órganos judiciales y no judiciales de control. *Cfr.: Ibidem*, p. 38.

Apoyándose en posiciones como las referidas en el párrafo que precede, existen algunas expresiones contraloras. En esos casos, lo usual ha sido que este sea desarrollado por los titulares de los poderes ejecutivo y legislativo³⁹. También ha sido una constante de este mecanismo que su concreción se produzca antes de la promulgación de una ley y que, por esa circunstancia, usualmente tenga efectos preventivos.

El jurista guatemalteco Flores Juárez sostiene que el sustrato ideológico de esta modalidad de control se halla en la teoría de la separación de los poderes que legara el barón de Montesquieu, la que, en su formulación más rígida, estima inadmisibles la conducta de interferencia de los jueces en esferas de los otros poderes estatales, en especial del legislativo⁴⁰.

El jurista alemán Carl Schmitt fue uno de los propulsores de esta modalidad. Él acogió la idea de la necesidad de establecer un control constitucional, función que, a su juicio, debía ser entregada al jefe de Estado, al que concebía como “la encarnación de todo el pueblo”. Asumía también que ese control era un proceso político, “puesto que se refiere a la forma de dirimir conflictos políticos, esto es que tienen que ver con las decisiones de intereses de las diversas fuerzas que componen el Estado”⁴¹. Para entender la propuesta, debe tenerse presente la fuerte desconfianza que, en la época en que emergió la propuesta de Schmitt, se

³⁹ El análisis de la conveniencia de un sistema de control de constitucionalidad a cargo de un órgano político torna útil evocar la célebre polémica suscitada entre los dos más destacados especialistas de Derecho Público de principios del siglo XX. Se hace referencia de Carl Schmitt y Hans Kelsen, entre quienes se produjo un importante debate en torno al tema, dado que el primero –tal como se aborda en el apartado 3.1– sostenía que era el jefe de Estado al que debía encargársele la tarea de ser guardián o protector del texto constitucional y, por ende, ser el contralor de la constitucionalidad de las disposiciones normativas, en tanto que el segundo postulaba que esta función debía estar a cargo de un órgano jurisdiccional independiente y autónomo, ajeno de toda función política. Esto se abordará líneas adelante; sin embargo, si se tiene afán por abundar en el tema, es recomendable la lectura de: Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Crítica jurídica: Revista Latinoamericana de Filosofía, Política y Derecho*, núm. 16, 1995, pp. 113 y ss.

⁴⁰ Flores Juárez, Juan Francisco, *Constitución y Justicia Constitucional/Apuntamientos*, 2a. ed., Guatemala, Impresos, 2009, pp. 182 y 183.

⁴¹ Villar Borda, Luis, “El control jurisdiccional de la Constitución”, *Estudios de Derecho*, vol. XLIX, núms. 117 y 118, 1991, p. 67.

tenía en Europa respecto de los jueces, ya que, en las épocas caracterizadas por el absolutismo, estos usualmente eran nombrados por los monarcas de turno.

Debe tenerse presente que antes de que fuera derrumbado el Muro de Berlín fue usual que en los Estados socialistas tuvieran instaurados mecanismos de revisión de constitucionalidad de preceptos legales por parte de los propios parlamentos. No obstante, podría afirmarse que esa modalidad de control emergió tiempos atrás, con las primeras Constituciones francesas⁴².

Vanossi indica que el caso paradigmático respecto del sistema no jurisdiccional es el francés, en el que la función de control de constitucionalidad está a cargo de un órgano especial: el Consejo Constitucional, una de las innovaciones de la Constitución de la V República, al que considera eminentemente político. Como ventaja encuentra la certidumbre que produce que el control se produzca dentro del proceso de formación de las disposiciones legislativas⁴³. La existencia de una modalidad previa de control es bien vista por muchos, en la medida que impide que entre en vigor una disposición normativa inconstitucional; sin embargo, también se le reprocha que produce un ahogamiento al “derecho vivo”, en tanto que no deja margen a la posibilidad de que una interpretación constitucionalmente conforme salve la disposición legal, en razón de cómo esta es aplicada

⁴² En apoyo a lo expresado, se evoca el siguiente fragmento:

Este tipo de control surge con las primeras Constituciones francesas –en 1799 y 1852– y plantea el principio de la soberanía parlamentaria, lo que implica que el propio Parlamento realiza un autocontrol. Este sistema ha sido utilizado en los antiguos países socialistas como China, Bulgaria y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en 1977.

Véase: Zúñiga Urbina, Francisco, “La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, vol. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 1060.

⁴³ Concretamente, lo expresado por el jurista citado es lo siguiente:

El sistema francés tiene una gran ventaja consistente en la certidumbre que produce desde el punto de vista del conocimiento del valor constitucional de las normas, por cuanto existe una única oportunidad de pronunciamiento al respecto, que es contemporánea o concomitante con el tiempo que media entre la sanción y la promulgación de la ley. Este Consejo Constitucional, órgano eminentemente político, compuesto por integrantes no necesariamente abogados, que designan los titulares de otros poderes del Estado, es decir, el Presidente de la República y los presidentes de ambas Cámaras (y que componen también los expresidentes de la República), tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes en el momento en que éstas han recibido la sanción parlamentaria y antes de que reciba la promulgación ejecutiva.

Véase: Vanossi, José Reinaldo A., *op. cit.*, p. 40.

administrativa y judicialmente⁴⁴.

Pese a lo expresado precedentemente, ha de precisarse que el carácter político que algunos juristas le atribuyen al Consejo Constitucional francés puede considerarse acertado solo en cuanto a su composición; sin embargo, su actividad contralora, respecto de la legitimidad de disposiciones normativas, puede estimarse como expresión del ejercicio de una verdadera jurisdicción constitucional, en tanto tiene a su cargo decidir sobre la validez de estas. Ello se pone de manifiesto mayormente con las atribuciones que se le han reconocido a partir de 1971, cuando en su seno emerge la noción de bloque de constitucionalidad, y con las revisiones constitucionales producidas en 2005 y 2008⁴⁵. No obstante, la dicotomía que se produce entre su integración y sus funciones ha provocado que algunos juristas, como André Hauriou, refieran que el carácter del referido consejo es ambiguo. Véase por qué:

El Consejo Constitucional es un organismo nacido y desarrollado bajo el signo de la ambigüedad: sus atribuciones presentan, en lo esencial, un carácter jurisdiccional, pero por el modo de designación de sus miembros y por su composición de hecho, tiene marcado carácter político. Sin embargo, cabe señalar que esta última característica tiende a atenuarse y, como es necesario tomar partido, nosotros lo consideramos como un órgano jurisdiccional⁴⁶.

En la Constitución guatemalteca se conservan manifestaciones de control político, tal como el establecido en el artículo 183, literal h), el cual se complementa con lo regulado en el artículo 272, literal h). El primer enunciado hace relación a la

⁴⁴ En esa posición se ubica Pegoraro, según lo expresado en el texto de su autoría. *Cfr.*: Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 67 y 68.

⁴⁵ Este tema es desarrollado con acierto por el profesor Renoux, quien hace referencia a la evolución de ese órgano contralora, indicando que, a raíz de la desaparición del general De Gaulle, este fue adquiriendo emancipación de los poderes estatales y que, en realidad, "constituye una jurisdicción". Para mayor abundamiento, véase: Renoux, Thierry S. "El Consejo Constitucional y el Poder Judicial en Francia y en el modelo europeo de control de la constitucionalidad de las leyes", *Revista chilena de derecho*, vol. 20, núm. 1, 1993, pp. 441 y 442.

⁴⁶ Hauriou, André, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1980, p. 716.

facultad del Presidente de la República de vetar las leyes aprobadas por el Congreso y el segundo se refiere a la posibilidad de que dicho veto esté sustentado en la inconstitucionalidad advertida por el Presidente⁴⁷.

Como se verá adelante, Guatemala tiene un modelo eminentemente jurisdiccional; sin embargo, como quedó apuntado en el párrafo precedente, también presenta elementos de control político; ello obedece, tal como se afirmó líneas atrás, a que las formas de los sistemas implementados en la mayor parte del mundo no conservan la pureza del primigenio diseño.

3.2 Control constitucional realizado por órgano judicial

El esfuerzo por determinar la conveniencia de un control de constitucionalidad realizado por un órgano de naturaleza judicial estimula la evocación del célebre debate doctrinario de principios del siglo XX, relativo a quien debía ser confiada la labor de control de constitucionalidad. No obstante, resulta preciso clarificar que la modalidad que en este apartado es objeto de estudio no surgió en esa etapa de la historia, ya que su origen suele ser atribuido a un evento producido con

⁴⁷ El ejercicio del veto como mecanismo político de control constitucional normativo puede presentar complejidades, pues el artículo 179 de la CPRG preceptúa:

Devuelto el decreto al Congreso, la Junta Directiva lo deberá poner en conocimiento del pleno en la siguiente sesión, y el congreso, en un plazo no mayor de treinta días podrá reconsiderarlo o rechazarlo. Si no fueren aceptadas las razones del veto y el Congreso rechazare el veto por las dos terceras partes del total de sus miembros el Ejecutivo deberá obligadamente sancionar y promulgar el decreto dentro de los ocho días siguientes de haberlo recibido. Si el Ejecutivo no lo hiciere, la Junta Directiva del Congreso ordenará su publicación en un plazo que no excederá de tres días, para que surta efecto como ley de la República.

Según criterio del tribunal constitucional guatemalteco, ese precepto fundamental debe ser entendido en consonancia con los artículos 272, literal h), del Magno Texto, en el sentido que deberá instar la emisión de opinión consultiva. Véase un extracto de la SCC de 13 de junio de 2017 (Exp. 2105-2016):

...dentro del procedimiento legislativo de formación de ley, en caso de que exista veto presidencial alegando inconstitucionalidad de la normativa, el Congreso de la República debe requerir a esta Corte que, en ejercicio de la facultad prevista en los artículos 272, literal h), de la CPRG y 163, literal h), de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, emita opinión sobre la inconstitucionalidad señalada por el Ejecutivo, para que posteriormente, recabado el parecer de este Tribunal, pueda someterse el asunto a conocimiento del pleno del Congreso y decida si es procedente o no hacer valer la primacía legislativa regulada en el artículo 179 del Magno Texto.

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835161.2105-2016.pdf>

anterioridad a la vida de Kelsen y Schmitt, esto es, a la sentencia emitida de forma unánime por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Marbury versus Madison* (1803), la cual fue redactada por el juez John Marshall – *chief justice* del tribunal– y estuvo precedida por un interesante debate entre académicos que quedó plasmado en algunos artículos y ensayos publicados en *El Federalista*⁴⁸, con los que se delinearón las directrices de un modelo de obligatoriedad de la declaración judicial de inaplicabilidad de las leyes federales contrarias a las previsiones de la Constitución. Esto fue posible sobre la base de un esquema que sostenía esencialmente que la carta fundamental no consiste en una simple ley, sino en un cuerpo normativo cualitativa y esencialmente diferente del resto⁴⁹.

Pese a la trascendencia del fallo aludido, en cuanto a la noción de defensa constitucional, su influjo en Europa se produjo tardíamente, ya que, como se ha indicado, un siglo después de emitido, aún se debatía la naturaleza del órgano al que debía encargarse esa función⁵⁰. Dentro de ese marco, Kelsen postuló que era

⁴⁸ Como muestra de la decantación de *El Federalista* por la opción por los jueces para “realizar su labor como fieles guardianes de la Constitución” y de cómo era justificada esa función, se evoca un fragmento traducido al español del ejemplar setenta y ocho (78) de esa serie de publicaciones, el cual es citado por el profesor chileno García García y que refiere que el poder para hacer cumplir la Constitución por cualquier medio

...no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a la primera.

Para mayor abundamiento, véase: García García, José Francisco, “Tres aportes fundamentales de *El Federalista* a la teoría constitucional moderna”, *Revista de Derecho*, vol. XX, núm. 1, 2007, p. 48. Líneas adelante –pp. 49 y 50–, el autor indica que fue Tocqueville, quien resumiría el rol decisivo del juez constitucional en la democracia americana, enfatizando que el poder judicial ha servido de contrapeso y barrera al poder legislativo y destacando que “...los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundamentar sus decisiones sobre la *Constitución* más que en las *leyes*. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales”.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁰ En el ánimo de ser fiel a la verdad histórica, es obligado referir que, si bien el debate sobre la conveniencia de adoptar mecanismos de control de constitucionalidad tomó fuerza a principios del siglo XX, pueden encontrarse referentes históricos que dan cuenta de propuestas de instauración de un control de esa naturaleza. El ejemplo más elocuente se halla en el aporte de Sièyes que, según Fernández Segado, defendió la necesidad de crear un *jurie constitutionnaire* o *juri de Constitution*, lo que era requerido para que existiera un verdadero cuerpo de representantes que

inconveniente que ello le correspondiera a uno de carácter político –con innegable influjo ideológico–; en especial, refutaba que esa función pudiera ser desempeñada por el Parlamento, pues le resultaba difícil aceptar que el creador de las leyes fuera el mismo que las revisara con la posibilidad de anularlas. En ese sentido se expresa en el párrafo siguiente:

No existe hipótesis de garantía de regularidad, en donde se pudiera, más que en la garantía de la Constitución, estar tentado a confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano que los ha realizado. Y, ciertamente, en ningún caso este procedimiento estaría más contraindicado; puesto que la única forma en la que se podría ver, en una cierta medida, una garantía eficaz de la constitucionalidad –declaración de la irregularidad por un tercer órgano y obligación del órgano autor del acto irregular de anularlo– es aquí impracticable porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz. Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional⁵¹.

Además, en congruencia con lo anterior, agregó:

No es el Parlamento mismo con quien pueda contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es a una jurisdicción o tribunal constitucional–⁵².

Conforme lo expuesto, para Kelsen la mejor opción frente al control político de constitucionalidad era encomendar esa tarea a un tribunal o corte, cuya función

tuvieran la misión especial de juzgar los reclamos sobre el incumplimiento del magno texto. *Cfr.*: Fernández Segado, Francisco, “El control de constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 52, 1999, p. 412.

⁵¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 51.

⁵² *Ibidem*, p. 52.

fuera precisamente “convertir esos conflictos originalmente políticos en controversias de Derecho”⁵³; ello es así, dado que el control jurisdiccional, por antonomasia, es de carácter jurídico, ya que los parámetros que delimitan los pronunciamientos sobre constitucionalidad son eminentemente de esa naturaleza; si bien, los razonamientos de los fallos puedan ser permeados por elementos de otro tipo –políticos o técnico científicos, por ejemplo–, las controversias deben ser encaradas con criterios esencialmente jurídicos; lo contrario desnaturalizaría la noble función contralora de observancia de un texto normativo.

Las ideas kelsenianas encontraron eco al ser elaborada la Constitución de Austria –1920–, en la que se consagra el establecimiento de un tribunal *ad hoc* con potestades anulatorias de lo que considerare inconstitucional; ese modelo habría de ser seguido en varios Estados europeos. A raíz es de esa experiencia, el crecimiento del control judicial de constitucionalidad fue exponencial⁵⁴.

Las experiencias norteamericana y europea relacionadas constituyen referentes obligados para abordar el génesis del control constitucional de naturaleza jurisdiccional, a partir de estas fueron emergiendo y desarrollándose los modelos o sistemas –difuso y concentrado– que serán objeto de análisis en los incisos subsiguientes.

Es pertinente hacer la observación que, con el tiempo, se fueron separando entre

⁵³ Villar Borda, Luis, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁴ Ese crecimiento exponencial es ejemplificado por Zuleta Puceiro en el fragmento que a continuación se transcribe en el que, en términos generales, hace referencia al número de Estados en los que se ha prescrito alguna forma de control judicial constitucional. Véase:

Hasta la 2da. Posguerra Mundial, el modelo de la *constitutional review* americana se limitaba a un conjunto mínimo de países, situados en general dentro de la tradición constitucional americana. Sin embargo, un estudio comparativo reciente situaba hacia el año 2008 en 158 las constituciones que, sobre un total de 191 constituciones estudiadas, contenían prescripciones formales referidas al control de constitucionalidad. Un total de 79 constituciones escritas instituían a su vez cortes o consejos constitucionales, al tiempo que 60 contenían reglas explícitas de control de constitucionalidad a cargo de tribunales ordinarios o cortes supremas. Una lista menor de países, como China, Vietnam o Burma consagraban a su vez sistemas de control basados en el Poder Legislativo.

Para mayor abundamiento, véase: Zuleta Puceiro, Enrique, “¿Quién custodia a los custodios?”, *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 15.

las tareas de control de la constitucionalidad de actos⁵⁵ y de disposiciones normativas, ya que ambas actividades requieren de abordajes con perspectivas distintas. En atención a los fines de este trabajo de tesis, se formula la precisión de que el énfasis será puesto en los mecanismos de control de los enunciados normativos.

Además, conviene tener presente que si bien, en situaciones muy especiales, a algunos órganos judiciales les está encomendada la realización de funciones de control constitucional preventivo, tal como sucede en Guatemala. Para algunos juristas⁵⁶ –aunque no todos comparten idéntica posición⁵⁷– ello no corresponde a

⁵⁵ Sobre el desarrollo del control de constitucionalidad fáctico es pertinente tener como referente fundamental la aparición del amparo, lo que tiene lugar con su inclusión inicial en el proyecto de Constitución de Yucatán en 1841, producto del ingenio del filósofo Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá.

⁵⁶ En esa posición se ubica a Aragón Reyes, quien sostiene:

...existen razones de peso para negar el carácter jurisdiccional de la actividad que a través de ese control realiza el tribunal. Es cierto que se dan los principios de «impulso de parte», «contradicción», «razonamiento jurídico» de la decisión y «efectos vinculantes» de la misma, pero ni el objeto ni los resultados del control son los propios de la actividad jurisdiccional. El control previo tiene por objeto leyes aún no perfectas o proyectos de ley (según los distintos sistemas), es decir, actos, por supuesto, «relevantes para el Derecho» (no puede decirse que no lo sea la aprobación parlamentaria del texto definitivo de una ley, por ejemplo, pero no actos (empleados aquí el término acto en sentido general) ya integrados en el ordenamiento, porque aún no han nacido como normas. De ahí que no se haya producido, de ninguna manera, cuando se impulsa y se realiza el control, infracción alguna del ordenamiento, es decir, vulneración del canon o parámetro de control, que es, justamente, lo único que haría válida la intervención judicial como intervención jurisdiccional. En consecuencia, la resolución del tribunal (aunque se llame, impropia, «sentencia») no puede anular o inaplicar, no puede restablecer [sic] el orden infringido o vulnerado, sino sólo exponer una opinión, vinculante, sí, para el legislador o para el órgano que habría de promulgar la ley, pero nada más. Pese a la presencia de los demás requisitos «jurisdiccionales» que antes se señalaron, la imposible alegación de infracción jurídica (requisito esencial y la necesaria ausencia, en la resolución estimatoria, de potestad reparadora de infracciones cometidas, hacen que **la actividad judicial ejercitada en el recurso previo no sea, propiamente una actividad jurisdiccional, sino exactamente consultiva (judicial consultiva, como se denomina con rigor en Canadá)**” [el énfasis es añadido].

Véase: Aragón Reyes, Manuel, “La interpretación de la Constitución...”, *cit.*, pp. 104 y 105.

⁵⁷ En su declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992, el TCE se aparta de las posiciones que enarbolan que, al ejercer el control preventivo de constitucionalidad, se asume la función de órgano consultivo y no jurisdiccional. En su parte conducente, del apartado de fundamentos jurídicos, expresó lo siguiente:

...ha de comenzar por precisarse que lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho. **Este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo.** Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante. Por ello, y aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución... [el énfasis es añadido].

atribuciones jurisdiccionales propiamente dichas, sino más bien pueden ser consideradas como consultivas⁵⁸.

Antes de concluir este apartado, conviene referir que, a pesar de que el paso del tiempo concedió la razón a Kelsen, en cuanto a que idealmente el control de constitucionalidad debía estar en manos de órganos jurisdiccionales, ideal que fue recogido dentro de los ordenamientos jurídicos de muchos Estados, es dable reconocer que, pese a que la discusión pudiera ser considerada como un capítulo cerrado en el ámbito académico, no es extraño escuchar voces que postulan que el solo ejercicio de ese control por parte de un tribunal que, para esos fines, se encuentra por encima del parlamento o de la máxima autoridad administrativa, supone una relación de supremacía o de jerarquía superior mal vista por muchos sectores. De hecho se objeta el carácter contramayoritario del control que se ejerce.

Respecto de lo anterior –aunque líneas más adelante se abordará el punto dentro del marco de la legitimidad de la labor del juez constitucional–, es pertinente dejar claro que el órgano jurisdiccional de control se constriñe a proceder como “actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado”⁵⁹; ello debe ser entendido en esos términos, porque cuando el tribunal dicta una declaratoria de inconstitucionalidad no actúa en supremacía de los poderes estatales, sino “asegurando que los límites del poder se cumplen, es decir, no está limitando,

En extenso, el fallo puede ser encontrado en la página electrónica: <https://www.boe.es/boe/dias/1992/07/24/pdfs/T00002-00007.pdf>

⁵⁸ Rubio Llorente apuesta por esta modalidad de control, a la que califica como técnicamente coherente, prefiriéndola antes que la de carácter represivo –aunque postula por mantener ambos mecanismos–. Como prueba de esa postura, se evoca que el autor en mención denomina esa modalidad de control como “la forma más acabada de control depurativo, [ya que lo que persigue esta vía es] preservar «la autoridad de la ley, despejando las dudas que la contienda política arroja sobre su legitimidad»”. Cfr.: Rubio Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, *Homenaje Académico*, t. II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, p. 1420.

⁵⁹ Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución...”, *cit.*, p. 97.

pero sí controlando...”⁶⁰. Por lo expuesto, el desarrollo de la función jurisdiccional contralora de la constitucionalidad de los enunciados normativos no debe concebirse como el ejercicio de una actividad que comporte jerarquía, sino como una legítima actividad para hacer valer el carácter supremo del magno texto constitucional. De ahí que las reticencias que se apoyan en argumentos como los antes relacionados carecen de sustento.

3.2.1 Sistema difuso o americano de control constitucional

La denominación del sistema –difuso– deriva del hecho que la función de control constitucional está difundida, ello es así porque puede ser ejercida por todos los órganos jurisdiccionales o, más específicamente, por el que conoce de un caso en el que se dilucida una controversia, avizorándose la emisión de una resolución que se fundamentaría en una disposición normativa cuya constitucionalidad es puesta en duda.

El sistema también es conocido por la designación de su origen –americano o, inclusive, norteamericano–, el cual es atribuido a la célebre sentencia redactada por el juez John Marshall, presidente –*chief justice*– de la Suprema Corte, en el caso *Madison contra Marbury* de 1803.

Pese a lo afirmado precedentemente, pertinente resulta traer a cuenta que algunos doctrinarios sostienen que la génesis del control judicial de la Constitución se halla en la doctrina sentada por el juez inglés Edward Coke, en su célebre sentencia de 1610 sobre el caso de Thomas Bonham, quien fue multado y encarcelado por incumplir una decisión del Real Colegio de Médicos de Londres, que le prohibía ejercer su profesión en dicha ciudad⁶¹. Al ser resuelto el caso, en

⁶⁰ *Loc. cit.*

⁶¹ La trascendencia para el Derecho Procesal Constitucional de la sentencia del juez Edward Coke es abordada con gran claridad y propiedad por Ferrer Mac-Gregor, quien, a la vez, destaca la importancia que le atribuyen a ese fallo los juristas Grant y Capelletti. *Cfr.*: Ferrer Mac-Gregor,

ese fallo se efectuaron consideraciones respecto de la supremacía del derecho común –*common law*– frente a los actos del Parlamento. Evidentemente, el pronunciamiento tiene una importancia capital en torno al origen del sistema jurisdiccional difuso de control constitucional; sin embargo, el análisis del contexto en el que la resolución fue emitida da cuenta que la intencionalidad de la decisión judicial, más que instaurar un procedimiento de control de la producción de disposiciones normativas, fue supeditar el texto de las leyes al espíritu del *common law*, a fin de separar la actividad parlamentaria de la voluntad monárquica.

Por otro lado, al fallo norteamericano de 1803, antes relacionado, se le atribuye relevancia fundacional del control constitucional y se le considera como un referente ineludible de la consagración del principio de supremacía constitucional y de la fuerza normativa del magno texto. Con este se dio una brillante solución jurídica a un ríspido asunto que llegó a manos de la Suprema Corte, relativo al nombramiento de cuarenta y dos jueces de paz que hizo el presidente John Adams en las postrimerías de su gestión, previo a ser sucedido por Thomas Jefferson. Para entender cómo se llegó a la emisión de la sentencia, es pertinente traer a cuenta que los nombramientos se produjeron, pero el secretario de Estado del presidente Adams –que coincidentemente fue el propio Marshall, quien posteriormente redactó el fallo– no logró realizar la expedición de las certificaciones correspondientes, lo cual se negó a hacer el nuevo secretario, James Madison. Uno de los jueces afectados, William Marbury, demandó sus derechos en la Suprema Corte, pretendiendo que se emitiera un *writ of mandamus*, ordenando que se le pusiera en ejercicio de su cargo. El fallo fue redactado por Marshall, en su carácter de *chief justice* –lo que despertó algunas críticas por la participación del juez en los hechos cuando fungió como secretario de Estado–; sin embargo, la decisión fue tomada de forma unánime, habiéndose dado a conocer el 24 de febrero de 1803. El pronunciamiento se inspiró en la

Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 659 a 662.

noción de máxima jerarquía de la Constitución; en este se “declaró inconstitucional y, por tanto, sin fuerza ejecutiva la sección 13 del Acta Judicial de 1789, la cual daba a la Corte jurisdicción para conocer del *writ of mandamus*”⁶², por considerar que aquella otorgaba facultades a la Corte que eran superiores a lo establecido en el texto constitucional⁶³. Así se dejó asentado que, si una ley estuviere en oposición a la normativa constitucional, y ambas fueran aplicables al caso en particular, los tribunales debieran observar la regla que el texto fundamental es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura; por ello es la Constitución y no el acto ordinario el que debe regir el caso⁶⁴. De esa forma, quedó establecido un nuevo procedimiento jurisdiccional que debía ser observado por el resto de los tribunales de los Estados Unidos de América y se marcó un diseño de control que inspiraría a otros Estados⁶⁵.

⁶² Rivera León, Mauro Arturo, “Jurisdicción Constitucional: Ecos del argumento contramayoritario”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2010, p. 227.

⁶³ A decir de María Sofía Sagüés, los tres argumentos centrales para pronunciarse en ese sentido fueron:

Que el gobierno de Estados Unidos es un gobierno de la ley y no de los hombres. Asimismo, si no se reconociera un remedio ante la violación de un derecho, el mismo quedaría sin efecto. Por último, distinguió el caso de los supuestos de cuestiones políticas no justiciables, asuntos a los que calificó como políticos o confidenciales por su naturaleza. [...] Marshall [...] construyó su criterio sobre los siguientes basamentos: los textos constitucionales son un desprendimiento del Derecho a la autodeterminación de los pueblos. Y siendo un gobierno de la ley, y no de los hombres, se reclama su respeto. Si no se admitiera el control de constitucionalidad, el poder sería limitado. [...] Por lo tanto, sólo tiene el carácter de ley la ley constitucional. Dentro de este marco, la Constitución obliga a la Corte y los poderes del Estado. En consecuencia, como es deber del Poder Judicial decir lo que la ley es, si dos leyes entran en conflicto, la Corte debe decidir conforme la Constitución...

Véase: Sagüés, María Sofía, “Dinámica Política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 5, 2007, pp. 142 y 143.

⁶⁴ El fragmento original de la sentencia parafraseada en español es el siguiente:

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.

Disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>

⁶⁵ Aunque lo que se aborda en este apartado es una modalidad de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las disposiciones infraconstitucionales, no debe pasar inadvertido el alto contenido político que es advertida la solución encontrada a un serio conflicto en el que se vio envuelto un poder estatal frente a jueces nominados para asumir judicaturas. De hecho, el entorno que dio origen a la emisión de la sentencia es manifestación del debate político del momento –que

A decir del notable jurista francés André Hauriou, la Suprema Corte estadounidense sentó, con el fallo antes comentado, un “principio” de gran relevancia, que imponía que cuanto en un proceso llevado ante cualquier juez, una de las partes invoca una ley y la otra un artículo constitucional contrario a ella, el tribunal tendría que (a) verificar la existencia real de una contradicción entre la ley ordinaria y la Constitución; (b) hacer una elección invocando el principio jerárquico de las disposiciones normativas; y (c) hacer una elección a favor de la Constitución, en su calidad de precepto superior, rechazando, como consecuencia, la aplicación del enunciado infraconstitucional, ya que, si se condujera de otra forma, actuaría violando el magno texto⁶⁶.

Con la sentencia comentada quedaron definidas las líneas centrales del control de constitucionalidad difuso; así las cosas, puede asumirse que este sistema se caracteriza por la potestad atribuida a todos los jueces o tribunales de revisar la constitucionalidad de las disposiciones normativas y, en su caso, de declarar la inaplicabilidad de aquellas en la resolución de las controversias sometidas a su conocimiento, si contradicen el texto constitucional. Ello implica que no es

enfrentaba a federalistas y antifederalistas—. Al respecto, el jurista mexicano Carrillo Flores sostiene lo siguiente:

Fue notable la sagacidad con que Marshall, cuando su grupo acababa de ser vencido, eligiera, para hacer prevalecer la tesis de Hamilton, un caso –el famoso *Marbury vs. Madison*– en que se pedía a la Suprema Corte, con apoyo de una ley categórica, que obligara a actuar a un miembro del gabinete de Jefferson. Declarando la ley inconstitucional, se arrogaba el tribunal supremo un poder inmenso, sin colocarse en una posición de conflicto de hecho con el nuevo régimen. **Vaya forma de hacer política!** [el énfasis es añadido].

Véase: Carrillo Flores, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1981, p. 45. Por su parte, María Sofía Sagüés también postula:

El problema que enfrentaba Marshall, en consecuencia, era que si la Suprema Corte dictaba la orden pretendida, se exponía en una doble manera. En primer lugar, corría el riesgo de que el Poder Ejecutivo no cumpliera la orden, y, de esta manera, el Tribunal se vería debilitado en la arena política. En Segundo término, también corría el riesgo de que Jefferson, invocando la invasión por parte del Tribunal de las atribuciones de otros poderes del Estado, les iniciara juicio político. Esta posibilidad, incluso, se convierte en más peligrosa, teniendo en cuenta que, de triunfar, implicaría a la postre que el ejecutivo actual, junto con el Senado oficialista, podían determinar la nueva configuración de la Corte Suprema. Por otro lado, Marshall también tenía en cuenta que estaba pendiente del caso la conformación federalista de los tribunales. Es decir, era necesario que se mantuviera incólume el plan diagramado durante la presidencia de Adams en torno a esos nombramientos. En consecuencia, **éste era el marco político institucional en que, bajo la pluma de Marshall, se dictaba el pronunciamiento en análisis...** [el énfasis es añadido].

Véase: Sagüés, María Sofía, *op. cit.*, p. 141

⁶⁶ Hauriou, André, *op. cit.*, p. 488 y 489.

afectada la vigencia de la disposición cuestionada, la cual queda incólume, sino únicamente se decide su inaplicación; de esa forma, lo resuelto incide solo en las partes procesales, aunque los fallos pudieren tener efecto vinculante para asuntos posteriores si se les reconociere carácter de precedentes⁶⁷.

Es dable destacar que el fundamento de la existencia de los mecanismos que habilitan el funcionamiento de un sistema difuso de control de constitucionalidad puede ser encontrado en el derecho de las propias partes procesales de evitar que el litigio en el que es planteada la duda sea resuelto mediante un precepto normativo que adolezca de ilegitimidad constitucional, haciendo prevalecer la supremacía del magno texto. Ese panorama deja entrever una suerte de democratización del control constitucional, en cuanto pone al alcance de cualquiera que pueda verse afectado una herramienta para evitar que, en su caso, surta efectos una disposición inconstitucional.

Las manifestaciones de control constitucional difuso existentes en algunos Estados latinoamericanos, dentro de los cuales se cuenta a Guatemala, permiten reflexionar sobre la conveniencia del modelo. Al respecto, se estima que el sistema resulta ventajoso al tener a los propios tribunales ordinarios haciendo las veces de constitucionales; sin embargo, con este se corre el eventual riesgo de falta de especialización en la materia, lo que puede provocar que la revisión de legitimidad constitucional sea llevada a cabo con criterios ordinarios y, en ocasiones, poco garantistas.

3.2.2 Sistema concentrado o europeo de control constitucional

La denominación que se le atribuye al sistema –concentrado– obedece a que la

⁶⁷ Con lo expuesto se refiere al reconocimiento de la regla propia del Derecho anglosajón, conocida como *stare decisis*, que supone la obligatoriedad del precedente para los fallos que se dicten en el futuro, con relación a casos similares. Para mayor abundamiento, véase: Legare, Santiago y Rivera, Julio César, “Naturaleza y *dimensiones* del ‘*stare decisis*’”, *Revista chilena de derecho*, vol. 33, núm. 1, 2006, pp. 109 a 124.

función de control constitucional se centraliza o concentra en un solo tribunal especializado para resolver, el cual, según criterio de muchos, “dispone de una fuerza superior a la de los demás poderes constituidos, toda vez que es capaz de anular algunos de los actos o de impedir su nacimiento a la vida jurídica”⁶⁸.

El control constitucional concentrado pasó su primera prueba con su implementación en la Constitución de Austria de 1920, cuyo borrador fue encargada al gran jurista Hans Kelsen⁶⁹. En razón de su origen, también es conocido como europeo, ya que surgió y se desarrolló en ese continente⁷⁰; es más, también es conocido con el gentilicio del tratadista en mención.

⁶⁸ El pasaje transcrito ha sido extraído de: Ríos Álvarez, Lautaro, “La generación del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 10, t. I, 2004, p. 75. Al respecto, el tesista no refuta la innegable “fuerza superior” que le es atribuida a los tribunales constitucionales concentrados; no obstante, para evitar malentendidos, es pertinente ser precisos en cuanto a ese peso concierne estrictamente a su función contralora de la constitucionalidad de actos normativos y no a otras actividades.

⁶⁹ Respecto de la experiencia constitucional austriaca, el jurista peruano Eto Cruz fundamenta la decisión tomada, en cuanto a no darle seguimiento a la propuesta norteamericana de control constitucional y de desatender las ideas de atribuir esa función a un órgano político, con la siguiente explicación:

¿Cuál fue la opción que asumió Kelsen cuando elaboró la Constitución austriaca? No fue, por principio ninguno de los dos modelos; y es que el modelo norteamericano obedecía a circunstancias históricas y políticas distintas a la europea. En principio, el desarrollo histórico europeo es harto conocido. Jamás los ardientes revolucionarios franceses iban a otorgar a los jueces facultades de controlar la constitucionalidad de las leyes. La razón, históricamente, era comprensible: los jueces habían sido instrumentos de los reyes en las monarquías absolutas. Se pensaba, entonces, que los jueces, al no ser depositarios de la soberanía (el Parlamento), no podían tener dicha prerrogativa que, en principio, le correspondía al Congreso: Paralelamente a ello, y en el siglo XIX, surgió la teoría de que el Parlamento era la máxima autoridad suprema; es decir, el poder supremo. Así pues, si el poder supremo es el Parlamento, porque el parlamento es expresión del pueblo, y el pueblo en las democracias en lo máximo que existe como representación, los ideólogos de la época se interrogaban por qué un juez va a declarar que una ley no es aplicable. Esto importaba ir contra una tradición filosófica política. Fue así como el pensamiento europeo se entrampó; pues por un lado se decía que el Parlamento era soberano y hacía lo que quería y, por otro lado, los jueces eran simples autómatas de la ley (recuérdese las famosas palabras de Montesquieu en El Espíritu de las Leyes). Por tanto, los jueces sólo deben aplicar la ley, aun cuando ella pudiera ser inconstitucional. Esto fue, en líneas generales, el problema de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX...

Véase: Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, México, Porrúa, 2002, p. 21 y ss.

⁷⁰ Rubio Llorente critica esa denominación, bajo el argumento de que carece de sentido referir la existencia de un sistema “europeo”, porque estima que en ese continente hay más diferencias entre los sistemas existentes en los Estados de ese espacio continental que entre algunos de ellos y el norteamericano. Por ello sugiere, la búsqueda de una nueva tipología explicativa que se aproxime más a los sistemas que en realidad existen. *Cfr.*: Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 1411. Adicionalmente, el tesista asume que podría criticarse esa denominación al tener en cuenta lo desacertado que resulta asumir que ese nombre identifica un sistema instaurado únicamente en territorio europeo, ya que en Estados ajenos a este también ha sido adoptado.

Respecto del pensamiento del citado jurista austriaco, se trae a cuenta que en el numeral 3.2 de este capítulo se hizo relación de su férrea oposición a que un órgano político tuviera la función de guardián de la Constitución. Postuló también que la anulación –o expulsión del ordenamiento jurídico– de la disposición normativa que contraviniera el texto constitucional era la mejor garantía para su defensa y que esa función debía ser entregada a un tribunal, “fue precisamente bajo esta idea que estableció esta institución en la Constitución de Austria, sentando un precedente que luego habría de ser seguido por los países europeos que poseen jurisdicción constitucional”⁷¹. Por esta otra razón, no debe causar asombro que el modelo también sea denominado como austriaco, en tanto supone un reconocimiento a su origen.

Las atribuciones del órgano ideado por Kelsen rebasan diametralmente las correspondientes a los tribunales constitucionales del sistema difuso, relativas a ser el encargado de declarar la inaplicación de la disposición inconstitucional; al contrario, en el modelo concentrado una decisión estimatoria tiene por efecto la anulación o expulsión del ordenamiento jurídico de aquella disposición; de ahí que se sostenga que el tribunal constitucional concentrado hace las veces de legislador negativo⁷², aunque, como se verá en el desarrollo de este trabajo, la renovada labor de los tribunales constitucionales concentrados va más allá de ello.

Lo antes expuesto permite deducir que la nota característica de este modelo radica en la atribución de potestades de examen de la constitucionalidad de las disposiciones normativas a un solo órgano jurisdiccional especial –por razón de la

⁷¹ Villar Borda, Luis, *op. cit.*, p. 67.

⁷² Para determinar las diferencias existentes entre el sistema concentrado con relación al difuso, se evoca la síntesis realizada por Cordón Aguilar, que expone:

...no fue sino hasta 1919 que la obra de Hans Kelsen hizo ingresar en Europa la doctrina de la *judicial review*, con una diferencia singular, pues el jurista austriaco hizo recaer en un único tribunal la función de control de constitucionalidad de las leyes, a diferencia del sistema norteamericano, en el que todos los jueces son competentes para ello. Asimismo, Kelsen ideó el control ejercido por el tribunal en términos abstractos, es decir sin aplicar la Constitución y la ley que supuestamente se contraponen a ésta a un caso concreto. Por ende, de apreciar la incompatibilidad entre ambas normas, la de inferior jerarquía es eliminada con efectos erga omnes (frente a todos, y no sólo para el caso de que se trate).

Véase: Cordón Aguilar, Julio César, “Teoría Constitucional”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. I, 2010, p. 106.

materia—; esto es, a un tribunal o corte constitucional, por lo que se excluye de esa posibilidad a los jueces ordinarios. Otra nota diferenciadora del sistema es que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad son generales, repercutiendo en toda la población estatal, o sea que lo decidido sobrepasa la esfera personal de quien ha realizado el planteamiento⁷³.

A diferencia de lo expresado en las líneas finales explicativas del modelo difuso, en cuanto a que este supone una suerte de democratización de los mecanismos de control constitucional, no puede atribuírsele igual atributo al modelo concentrado, ya que no en todos los ordenamientos jurídicos le es reconocida a cualquier particular la facultad de impetrar planteamientos de inconstitucionalidad directa. En Iberoamérica, un ejemplo palpable de este último caso es España, donde, según el artículo 162 de la Constitución española, la legitimación activa para interponer recurso de inconstitucionalidad está reservada para el presidente del gobierno, el defensor del pueblo, un número determinado de diputados o de senadores y las asambleas legislativas u órganos de gobierno de las comunidades autónomas, aunque se hace la salvedad que, como un rasgo de control difuso, el subsiguiente artículo constitucional —el 163— habilita a los jueces ordinarios a acceder ante el tribunal constitucional mediante el planteamiento de una “cuestión” de inconstitucionalidad cuando concurriera duda sobre la ley con la que estiman que debe ser resuelto el caso sometido a su conocimiento y resolución. En la experiencia latinoamericana ha de destacarse que la consagración del mecanismo concentrado de control de constitucionalidad en la mayoría de los ordenamientos

⁷³ Ello es así porque, según López Guerra:

En estos procedimientos, pues, no se discuten pretensiones individuales, no se decide sobre derechos en juego de ciudadanos concretos, sino que se decide sobre la regularidad constitucional in abstracto de la actuación de los poderes públicos, buscando la protección del orden constitucional, y llevando, eventualmente, a la declaración de inconstitucionalidad y eliminación del ordenamiento de aquellas normas que se consideren contrarias a ese orden. Son los poderes públicos, pues, y no el ciudadano los protagonistas del procedimiento, y esos conflictos se resuelven mediante resoluciones con fuerza erga omnes; resoluciones que configurarían esencialmente al Tribunal Constitucional como un legislador negativo...

Véase: López Guerra, Luis, “Democracia y tribunales constitucionales”, *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano* [en línea], núm. 1, 2003, p. 3. Disponible en línea: <http://www.idpc.es/archivo/1212589025a1LLG.pdf>. Consultado el 30 de abril de 2014.

jurídicos se hizo sin que supusiera una restricción tal, como la antes comentada, para su planteamiento; es más, la experiencia da cuenta que inicialmente se legitimó a unos cuantos para la formulación de su planteamiento y que, poco a poco, se dio apertura a esa legitimación procesal⁷⁴.

La reflexión sobre la conveniencia del modelo permite advertir que la creación de un órgano jurisdiccional especializado en la materia ha traído consigo la garantía de que los planteamientos de inconstitucionalidades sean abordados de forma más técnica por jueces con experticia en la temática. Vale decir que, en tiempos recientes, de los tribunales constitucionales concentrados han emergido los pronunciamientos más innovadores con relación a los alcances de la Carta Fundamental, lo cual será objeto de estudio en los dos últimos capítulos de este trabajo de tesis.

3.2.3 Sistema mixto de control constitucional

Lo que se ha denominado modelo mixto –paralelo o dual, como quiera llamarse– no corresponde a una fórmula unívoca de control de constitucionalidad, sino que es el resultado de la combinación de los sistemas abordados en los apartados precedentes, de modo que en este interactúan tanto un tribunal constitucional específico y autónomo como órganos jurisdiccionales que forman parte del Poder

⁷⁴ Muestra de ello es el caso de Guatemala, donde el mecanismo de control se instauró en la Constitución de 1965, estando facultades para el planteamiento de inconstitucionalidades: (a) el Consejo de Estado –órgano que ya no existe en la actualidad–; (b) el Colegio de Abogados, por decisión de la asamblea general; (c) el Ministerio Público, por disposición del Presidente de la República en Consejo de Ministros; y (d) cualquier persona o entidad a quien afectara directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados. Con posterioridad, en la Constitución de 1985, permaneció esa modalidad de control y la ley procesal constitucional reconoce facultades para interponerla a: (i) la junta directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente –o sea, que ya no se requiere autorización de una asamblea general–; (ii) el Ministerio Público –sin que medie requerimiento del Presidente de la República–; (iii) el Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia; y (iv) cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos –con esta última disposición, casi se logra el reconocimiento de acción popular en el planteamiento, lo que difiere de la exigencia del auxilio de diez abogados conforme la normativa procesal constitucional anterior–.

Judicial⁷⁵.

Con base en lo anterior, común resulta encontrar que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se haya optado por una simbiosis de elementos de los modelos difuso y concentrado, lo que se ha producido, principalmente, en América Latina, aunque el continente europeo no ha escapado de esa realidad⁷⁶. Esa realidad convalida lo expresado anteriormente en cuanto a que los sistemas ya no responden cabalmente a una modalidad pura de control⁷⁷.

Por último, con relación a la mixtura referida, es pertinente indicar que, después de la Segunda Guerra Mundial, el escenario que se presenta en casi todos los Estados que han optado por un control jurisdiccional de constitucionalidad pone de manifiesto esencialmente la “hibridación de modelos” y la multiplicidad de

⁷⁵ Muestra de la mixtificación de modelos es el caso de Guatemala, en el que cabalmente convive un tribunal constitucional específico que, en materia de control constitucional normativo, es el encargado del conocimiento y resolución de acciones de inconstitucionalidad directa, así también, se encarga a los tribunales ordinarios el conocimiento de planteamientos de inconstitucionalidad indirecta. Ahora bien, es pertinente clarificar que no siempre el tribunal constitucional específico goza de autonomía con respecto al Poder Judicial, ese es el caso de Colombia, donde existe una Corte Constitucional que forma parte de la estructura de la “Rama Judicial de la República de Colombia”. Esas particularidades reafirman la noción de inexistencia de un modelo mixto unificado.

⁷⁶ En apoyo a lo expresado, se evoca a Pérez Tremps, quien dibuja bien el panorama al indicar:

...en la actualidad la justicia constitucional, por lo que respecta a su organización, no puede reducirse a los dos modelos tradicionales de la justicia constitucional concentrada y de la justicia constitucional difusa. En todo el mundo, y muy singularmente en América Latina, han aparecido sistemas tributarios de ambos modelos teóricos, que mezclan elementos de ambos, y que los mezclan de muy distinta forma.

Véase: Pérez Tremps, Pablo, “La justicia constitucional en la actualidad: Especial referencia a América Latina”, *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano* [en línea], núm. 2, 2003, p. 5. Disponible en línea: <http://www.idpc.es/archivo/1212593508a2PPT.pdf>. Consultado el 28 de abril de 2014. En otro espacio de su trabajo –p. 2–, el autor refiere lo siguiente:

Mantener [la] dicotomía entre modelo concentrado o kelseniano, y modelo difuso o norteamericano, resulta muy difícil ya que la misma división se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales ad hoc conviven, y a veces se integran, con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad.

⁷⁷ Al respecto, López Guerra expresa:

Es posible afirmar hoy que, de los Tribunales Constitucionales efectivamente existentes, ninguno responde enteramente al modelo “típico” de la justicia constitucional que se expone en los libros de texto: al modelo “concentrado” o europeo como opuesto al ‘difuso’ o americano. Desde 1920, fecha en que se crearon los primeros Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia y Austria, hasta la actualidad, la configuración de estos Tribunales en los países que los han adoptado, ha evolucionado, en lo que se refiere a sus funciones, hacia fórmulas mixtas, que reúnen características de ambos sistemas.

Véase: López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 3.

variantes del control de constitucionalidad de disposiciones normativas, aunque, en lo sustancial, ha ido prevaleciendo una estructura que centraliza el conocimiento y resolución de los planteamientos de inconstitucionalidad directa en tribunales concentrados; empero, se han atribuido competencias que suponen manifestaciones de control de constitucionalidad a órganos jurisdiccionales ordinarios⁷⁸.

3.3 Evolución experimentada por el control de constitucionalidad

Han pasado un poco más de doscientos años desde que en Estados Unidos de América fue emitido el fallo señalado como el punto de partida del control constitucional normativo. En atención al número de siglos que han pasado desde que el ser humano ha dejado constancia de sus expresiones culturales, puede considerarse que el tiempo de existencia de esa forma de control es relativamente bajo. No obstante el corto lapso transcurrido, ha de destacarse que su evolución no se ha producido de forma lineal; todo lo contrario, una mirada retrospectiva permite advertir que los cambios sociales han marcado el desarrollo de los mecanismos con los cuales se ha propendido a la observancia del principio de supremacía constitucional.

El tratadista Zuleta Puceiro, en ocasión de escribir un trabajo relativo a cómo controlar a los custodios de la ley fundamental, refiere la existencia de tres fases en el desarrollo del control constitucional, a saber⁷⁹: (a) **La primera etapa** deviene de la tradición de las colonias americanas y del complejo cultural integrado por tradiciones muy diversas derivadas del iusnaturalismo clásico, sus posteriores variantes racionalistas y la tradición del *common law* y la *Ancient Constitution* inglesa. En esta se reconoció la existencia de dos niveles de reglas:

⁷⁸ Fernández Segado, Francisco, “La Justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 11, 2011, p. 54.

⁷⁹ Zuleta Puceiro, Enrique, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

un derecho superior o *higher law*, constituido por principios y leyes superiores, y un nivel inferior o *lower law*, conformado a su vez por las leyes, precedentes jurisprudenciales, costumbres y prácticas interpretativas. En esta fueron capitales los aportes de Jefferson, Madison y Marshall, en particular por su determinante participación en el surgimiento del *judicial review*. (b) **La segunda etapa** se desarrolla en la Europa de entreguerras. La figura central es Hans Kelsen, quien emergió triunfante del debate académico concerniente a qué órgano estatal debía corresponder la defensa de la Constitución. Esta vez, el sujeto central del control es un cuerpo concentrado separado del Poder Judicial: una Corte Constitucional encargada de proteger el magno texto. La Constitución es concebida como una *Grundnorm*, o sea una disposición normativa fundamental que preside la unidad del ordenamiento jurídico. Este modelo se impondría fundamentalmente en la mayor parte de los Estados europeos⁸⁰ y se caracterizaría por la marcada protección de los derechos individuales y sociales, así como el temor ya no solo al Poder Ejecutivo sino a la propia lógica expansiva del poder del parlamento. Ha de destacarse que, superada la fase de instauración inicial de los tribunales constitucionales concentrados, en muchos Estados se asumieron formas híbridas de control, conjugando elementos de los modelos de control difuso y concentrado⁸¹, a la vez; pese a las variables que se adoptaron, se destaca que el

⁸⁰ En Europa, si bien el punto de partida de instauración de las cortes constitucionales se produce en Austria y es seguido por Checoslovaquia; ha de destacarse que la consolidación del modelo basado en el establecimiento de un tribunal concentrado se remonta al período posterior a la segunda guerra mundial, precisamente con la reactivación de la Corte en Austria en 1946 y las previsiones de la Constitución italiana de 1948 y de la Ley Fundamental alemana de 1949. Luego, se produce la experiencia francesa con el establecimiento del *Conseil constitutionnel*, previsto por la Constitución de 1958, el que, con funciones limitadas, ha asumido a partir de los años setenta una función significativa en el control constitucional; de igual forma, sucedió en Bélgica con la *Cour d'arbitrage*. También es pertinente traer a cuenta que experimentos de justicia constitucional centrados sobre una adecuada Corte fueron intentados en Chipre (1960), en Turquía (1961), en Yugoslavia (1963) y, de manera más reciente, con el fin de los regímenes dictatoriales, se consolidaron en Portugal y la promulgación de la Constitución de 1976, así como en España, con la Constitución de 1978. Algo semejante ocurrió en Grecia en 1975. *Cfr.*: Celloto, Alfonso, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

⁸¹ Sobre ese tópico ya se hizo relación en el inciso 3.2.3. Además, conviene evocar a Celloto, que refiere que formas de esa mixtificación pueden hallarse ya sea en Europa (Portugal y Grecia) y en muchos Estados de la América Latina, sobre la base de la influencia conjunta estadounidense y europea, verbigracia los sistemas instados en Perú, Ecuador, Paraguay, Guatemala y Colombia, entre otros. *Ibidem*, p. 7.

eje central de su función radicó en la protección de “derechos”. (c) **La tercera etapa** de la evolución revolucionaria del control de constitucionalidad estará representada por una nueva generación de tribunales constitucionales. Los Estados que entran en esa “nueva onda” del control provienen de la zona de influencia soviética⁸² y, en general, los que pertenecen a la “tercera ola” del proceso de democratización contemporánea. En los nuevos órdenes constitucionales, tal como acontecería en el resto de las nuevas experiencias constitucionales⁸³ en África, Asia y el resto de las nuevas democracias, el objetivo central ya no serían los derechos sino la propia democracia. Esta etapa se ha caracterizado por la adopción de “constituciones de la nueva era global”, las cuales “apuntan a un fortalecimiento de las instituciones democráticas a partir del marco de valores y principios de la globalización y de la nueva lógica de los tratados internacionales”⁸⁴. En esta etapa, según el autor de esta clasificación, los tribunales están sujetos al control de las nuevas instituciones de una gobernanza global con principios e instituciones todavía en construcción, en los que la idea de *self-restraint* cobra, necesariamente, nueva y renovada vigencia.

Si bien la exposición por etapas que hace Zuleta Puceiro revela suma utilidad por reflejar cómo se ha venido desarrollando el control constitucional normativo, el

⁸² Debe tenerse presente que, desde el fin de los regímenes socialistas, los Estados europeos de esa órbita comenzaron a desarrollar esfuerzos para establecer mecanismos de justicia constitucional. Según Celloto, ejemplo plausible de ello son Polonia que inició ese proceso en 1982, cuando aún no se había producido el derrumbe del Muro de Berlín, y Hungría en 1989. El autor referido agrega:

En el último decenio la institución de la Corte constitucional se ha convertido en una variable casi imprescindible en tales sistemas, como se deduce de las Constituciones de Rusia, Bulgaria, Lituania, República Checa, República Eslovaca, Rumania, Eslovenia, Croacia, Albania, Moldavia, Letonia, Estonia, y así sucesivamente...

Véase: *Loc. cit.*

⁸³ Celloto refiere que el establecimiento de mecanismos de control constitucional también fue posible en algunos Estados asiáticos, tal el caso de Tailandia, Corea del Sur y muchos Estados nacidos del desmembramiento de la URSS, así como en algunos Estados africanos, sobre todo de influencia francesa, como Argelia, Marruecos y Túnez. El autor también refiere que a los tribunales constitucionales se les han atribuido fundamentalmente específicas competencias relativas al control de las leyes y una serie de otras funciones más o menos típicas. *Cfr.: Loc. cit.*

⁸⁴ Zuleta Puceiro, Enrique, *op. cit.*, p. 27.

autor del presente trabajo es de la idea que la evolución de ese tipo de control puede ser clasificado por fases, de la siguiente forma:

- i) **El preludio de la instauración de mecanismos de control constitucional**, período que se abriría con las actuaciones sustanciadas para resolver el caso del doctor Thomas Bonham (1610), quien fue multado y encarcelado por incumplir una decisión del Real Colegio de Médicos de Londres, que le prohibía ejercer su profesión en dicha ciudad; esa controversia fue resuelta por el fallo dictado por el tribunal presidido por el juez Edward Coke, en cuyo pronunciamiento se supeditó el texto de las leyes al espíritu del *common law*⁸⁵. Puede afirmarse que esta es la fase embrionaria del control de constitucionalidad, caracterizándose por aportes, sobre todo de tipo doctrinario, que sostenían la necesidad de implementar mecanismos de control constitucional; en ese contexto pueden identificarse referentes como las propuestas de instauración de formas de control de esa naturaleza, como la formuladas por Sièyes, quien, según Fernández Segado, defendió la necesidad de crear un *jurie constitutionnaire* o *juri de Constitution*, a fin de que existiera un verdadero cuerpo de representantes que tuvieran la misión de juzgar los reclamos sobre el incumplimiento del texto constitucional⁸⁶. Con mayor contundencia, se advierten los aportes contenidos en los escritos de las publicaciones de *El Federalista*, en el cual autores como James Madison, John Jay y Alexander Hamilton –quien escribió con el pseudónimo *Publius*–; este último se habría referido con mayor contundencia sobre la prevalencia de la Constitución sobre el resto de las disposiciones normativas.

- ii) **La emergencia y consolidación del control constitucional difuso**: este modelo tuvo como punto de partida la emisión de la célebre sentencia emitida por la Suprema Corte, en 1803, en el caso *Marbury versus Madison*,

⁸⁵ Este punto fue abordado en el inciso 3.2.1 de este capítulo.

⁸⁶ Fernández Segado, Francisco, “El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica...”, *cit.*, p. 412.

la cual fue redactada por el juez John Marshall –*chief justice* del tribunal–; a raíz de ese pronunciamiento hito, los jueces estadounidenses quedaron facultados para determinar, en situaciones concretas, que una disposición normativa infraconstitucional es nula por contradecir el supremo texto. Después de ello, el modelo se consolidó y fue seguido por otros Estados, principalmente de tradición jurídica anglosajona.

- iii) **El establecimiento de tribunales constitucionales concentrados o *ad hoc***: esto fue consecuencia del acogimiento de las propuestas emergidas de la obra académica de Hans Kelsen, quien esbozó la necesidad de instaurar un tribunal de ese tipo para ejercer el control de constitucionalidad. A raíz de ello, se logró el establecimiento del primer tribunal constitucional concentrado en Austria, experiencia que se replicaría en otros Estados europeos.

- iv) **La reactivación de los tribunales constitucionales y la toma de nuevos bríos en los esfuerzos por la defensa del magno texto**: esto se suscitó una vez fue superado el receso que se experimentó con el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, durante la cual el funcionamiento de los órganos diseñados para el control de constitucionalidad entró en una fase de estancamiento. A raíz de la barbarie vivida por los horrores de la guerra, los tribunales constitucionales aparecen con nuevos bríos abanderando la lucha por la defensa de los derechos humanos, teniendo a los textos constitucionales y los instrumentos jurídicos internacionales de la materia como instrumentos fundamentales de su función. Dentro de ese marco de cosas, el control de constitucionalidad se torna en un mecanismo legitimador de la actividad pública estatal; de manera especial, sobre los actos normativos, cuando el control se realiza específicamente sobre enunciados reguladores de la conducta humana. Este auge posibilita que del Estado legal de Derecho se transite hacia el Estado constitucional.

- v) **La consolidación del sistema de control constitucional normativo y el dinamismo constitucional:** la última fase corresponde al escenario al cual se asiste en la actualidad, que se caracteriza por la aceptación, sin reticencias de peso, de la función contralora de la constitucionalidad de las disposiciones normativas, así también destaca el hecho de reconocer verdadera fuerza normativa al magno texto, posibilitando que, con sus reglas, principios y valores, se encuentren respuestas a todas las controversias que conciernen a la actividad estatal. Bajo este nuevo esquema, se ha superado la noción de legislador negativo que, bajo el concepto original kelseniano, debía caracterizar a los tribunales constitucionales, dando paso a una función jurisdiccional más creativa en la que, con variados matices, se emiten fallos que efectivamente dan cuenta que la Constitución es un texto vivo.

Lo expresado en los párrafos que preceden da cuenta del desarrollo histórico que ha experimentado el control de constitucionalidad, así como la posibilidad de división por etapas, para efectos de mejor comprensión de lo experimentado en períodos determinados. Independientemente de cuál podría considerarse la sistematización más útil respecto de esa evolución, lo notable es tener presente que los cambios vivenciados han posibilitado que se arribe al escenario actual, el cual se caracteriza por el hecho que la Constitución es considerada como el efectivo instrumento normativo del que derivan posibles repuestas a las controversias que presentan relevancia constitucional, dada su fuerza normativa, así también es propiciador de grandes avances políticos, sociales y jurídicos. Ciertamente, para esos propósitos, la emisión de pronunciamientos jurisdiccionales, con los cuales se desarrolla el contenido de la ley fundamental, ha cumplido con una función de capital trascendencia.

3.3.1 El control de convencionalidad como manifestación del control de constitucionalidad

Dentro del marco del abordaje de la evolución del control de constitucionalidad, resulta de total pertinencia el análisis de particulares y especiales manifestaciones controladoras de la actividad pública que no son coincidentes con el diseño originario de esa función, pero que, con el tiempo, fueron incluidas dentro de las atribuciones de los tribunales constitucionales. Ese es el caso del *control de convencionalidad*, que compete realizar a los tribunales nacionales y, con mayor razón, a la judicatura constitucional, en razón del reconocimiento de la alta jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la obligación de garantía de esos derechos que concierne a esos órganos jurisdiccionales⁸⁷.

Aunque el sustantivo *control de convencionalidad* atañe a la actividad que se realiza para velar el cumplimiento de una convención internacional, lo cual, por antonomasia, ha sido reconocida sin mayores reticencias como competencia de los tribunales internacionales, en América Latina, su uso inicial, suele ser atribuido al juez Sergio García Ramírez, quien, en ocasión de integrar la Corte IDH, emitió voto concurrente razonado a la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2003 en el caso Mack Chang contra Guatemala, en el que hace referencia a la inconveniencia de “seccionar” al Estado, dejando fuera de ese tipo de control algunas de sus actuaciones, sustrayéndolo “control de convencionalidad’ que trae

⁸⁷ Lo relativo al deber estatal de garantizar los derechos humanos es desarrollado con propiedad por la guatemalteca Wagner Mota, quien expresa:

...la obligación de garantía exige el establecimiento de medidas concretas para que las personas puedan gozar plenamente de sus derechos, incluyendo aquellas de carácter administrativo, legislativo y judicial. En tal sentido, la obligación de garantía también corresponde a los órganos jurisdiccionales, incluyendo a la Corte de Constitucionalidad [de Guatemala], como órgano competente para la defensa del orden constitucional, mediante la aplicación e interpretación de las normas que aseguren una efectiva protección y el goce de los derechos humanos. Es importante mencionar que por mandato constitucional dichos órganos jurisdiccionales están llamados a aplicar normas y principios de derechos humanos, establecidos tanto en los sistemas nacionales como internacionales de protección de tales derechos...

Véase: Wagner Mota, Karin Paola, *Interpretación normativa de la Corte de Constitucionalidad a la luz del Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2012, p. 3.

consigo la jurisdicción de la Corte internacional”⁸⁸.

Pese a que en el fallo referido se toma como el punto de partida del concepto, es en la sentencia de 26 de septiembre de 2006, dictada en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, en la que quedaron plasmados con mayor claridad los alcances de ese control. Para patentizar lo manifestado, se evoca el párrafo 124 de ese pronunciamiento:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de **“control de convencionalidad”** entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁸⁹ [el énfasis es añadido].

⁸⁸ La sentencia comentada puede ser encontrada en la página http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Además, en apoyo a lo expresado en el párrafo, se evoca que Nash asume como punto de partida del uso del término el voto razonado que se comenta. Cfr.: Nash Rojas, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 19, 2013, p. 495. Es coincidente con señalar el fallo Mack Chang contra Guatemala, el jurista argentino Hitters, quien refiere:

...como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos de los Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso Myrna Mach Chang el “Control de Convencionalidad”, lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones [...] y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo.

Véase: Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad, Comparación. (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, p. 110.

⁸⁹ La sentencia completa está al alcance en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Según Nash –iushumanista

Con posterioridad, la Corte IDH emitió pronunciamientos en los que sostuvo que el control de convencionalidad debía ser ejercido, incluso, de oficio por las magistraturas locales, dentro del ámbito de sus competencias y funciones. Específicamente, en la sentencia de 24 de noviembre de 2006, en el caso de los trabajadores cesados del Congreso –Aguado Alfaro y otros– contra el Perú, indicó en el párrafo 128:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “**de convencionalidad**” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁹⁰ [el énfasis es añadido].

Tiempo después, el 18 de noviembre de 2010, al emitir la resolución de supervisión de cumplimiento de las sentencias de fondo y de reparaciones, dictadas en el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, el citado tribunal regional consideró que los pronunciamientos del tribunal regional constituyen la fuente para que los órganos del Poder Judicial ejerzan control de convencionalidad; ello es así, dado que no solo la CADH tiene carácter obligatorio, sino también su interpretación. Véase lo referido en el párrafo 33:

chileno–, en esa sentencia quedaron plasmados los elementos centrales del control de convencionalidad, a saber:

- a) Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno. b) Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. c) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado. d) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH.

Véase: Nash Rojas, Claudio, *op. cit.*, p. 496.

⁹⁰ El texto completo de la sentencia se encuentra en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

...las Sentencias y Resoluciones emitidas por la Corte en el presente caso eran suficientes para reiniciar o impulsar todo tipo de proceso penal relacionado con la investigación de los hechos, a través de las medidas de derecho interno – incluyendo órdenes judiciales– necesarias para superar cualquier obstáculo que impida la investigación o que no la haga idónea o efectiva. En consecuencia, con base en la obligación de investigar derivada de las Sentencias emitidas por la Corte, no puede tener efecto el sobreseimiento ocurrido con anterioridad a las Sentencias y Resoluciones emitidas por la Corte, las cuales constituyen la fuente para que el Poder Judicial ejerza un “**control de convencionalidad**” respectivo “entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”...⁹¹ [el énfasis es añadido].

Otro avance importante en la jurisprudencia de la Corte IDH es que se haya expresado que el citado control debía ser realizado por todos los juzgadores –no solo los del ramo constitucional–. Concretamente, en el fallo de 26 de noviembre de 2010, al resolver el caso Cabrera García y Montiel Flores contra México, ese tribunal indicó en el párrafo 225:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “**control de convencionalidad**” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁹² [el énfasis es añadido].

Y en el párrafo 233 agregó:

[E]s necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso...

⁹¹ El texto completo de la resolución citada se encuentra en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/bamaca_18_11_10.pdf

⁹² El texto completo de la sentencia se encuentra en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

Al emitir sentencia, el 24 de febrero de 2011, en el caso Gelman contra Uruguay, el tribunal regional plasmó la obligatoriedad del control de convencionalidad a toda autoridad pública, sea judicial o no. De manera específica, en el párrafo 239, estableció lo siguiente:

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “**control de convencionalidad**”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial...⁹³ [el énfasis es añadido].

Resulta pertinente referir que, sin hacer uso expreso de la denominación “control de convencionalidad”, en la sentencia de 6 de febrero de 2006, en el caso Raxcacó Reyes contra Guatemala, se llevó a cabo esa modalidad de control sobre un instrumento normativo, expresamente se examinó la conformidad del Código Penal guatemalteco con la CADH, determinándose que el primero infringía los postulados de aquel, disponiéndose la necesidad de su modificación⁹⁴.

Sobre la base de la experiencia de la Corte IDH y en razón de los llamados a ejercer control respecto de la observancia del Pacto de San José, el otrora juez de ese tribunal, Sergio García Ramírez, distingue la existencia de dos instancias de control de convencionalidad, a saber:

⁹³ El texto completo de la sentencia se encuentra en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

⁹⁴ El texto de la sentencia se encuentra en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_143_esp.pdf

El control propio, original o externo de convencionalidad [el cual] recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas –bajo el imperio del derecho internacional de los derechos humanos–, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la CorteIDH cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control propio, original o externo. Ahora bien, **cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales** –o a todos los órganos jurisdiccionales, como infra veremos– **para verificar la congruencia entre actos internos** –así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera– **con las disposiciones del derecho internacional...**⁹⁵.

El contenido de los párrafos precedentes da cuenta de lo siguiente: (a) la existencia de un deber estatal de hacer efectivos, mediante mecanismos internos, los compromisos asumidos en instrumentos normativos internacionales en materia de derechos humanos; (b) que, en primer término, los tribunales constitucionales son los naturalmente llamados a ejercer el control de convencionalidad, por lo que la jurisdicción internacional deviene subsidiaria de la interna⁹⁶; (c) que en adición a los órganos jurisdiccionales que, por competencia natural, son los encargados de ese control, todos los tribunales e, inclusive, cualquier autoridad que ejerza una

⁹⁵ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Ius*, año V, núm. 28, 2011, p. 126.

⁹⁶ Bazán ha estudiado lo relativo al control de convencionalidad y refiere que esa actividad se despliega en sede jurisdiccional internacional y en nacional; en esta última el control se encuentra a cargo de los magistrados locales, involucrando, a la vez, al resto de autoridades públicas. Internamente, al realizarse el control de convencionalidad, se debe verificar la adecuación de los preceptos jurídicos internos a la CADH y otros instrumentos internacionales esenciales en esa materia, así como a los patrones interpretativos que el tribunal interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos. *Cfr.*: Bazán, Víctor, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Control de Convencionalidad*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer/Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derechos Universidad de Chile, 2012, p. 24.

función pública debe velar por la convencionalidad de los actos estatales; y (d) derivado de los puntos anteriores, el ejercicio del control de convencionalidad es posible realizarse por medio del examen de constitucionalidad normativo; ello se debe, principalmente, a la constitucionalización misma de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Es dable destacar que la inescindible conexión entre los Derechos Constitucional y Convencional implica que el entendimiento de los alcances de los derechos inherentes a las personas no debe estar supeditado únicamente a los contenidos que las fuentes jurídicas locales le atribuyan⁹⁷. De ese modo, de presentar el caso que la mayor protección la brinden los enunciados normativos internacionales, debe acudir a estos, pues, en resumidas cuentas, las propias constituciones, mediante cláusulas específicas, lo suelen permitir⁹⁸.

Lo referido en la última literal del párrafo que precede al anterior encuentra sustento en el hecho que la posibilidad de utilizar las convenciones internacionales como parámetro de constitucionalidad, al formular los planteamientos respectivos, se ha facilitado con el desarrollo de la noción del *bloque de constitucionalidad*, la cual ha tenido gran desarrollo jurisprudencial y doctrinario, y que se sostiene en la afirmación de la existencia de expresiones normativas constitucionales contenidas en instrumentos que no forman parte directa del texto de la ley fundamental⁹⁹.

Ahora bien, precisado el carácter constitucional de los tratados en materia de

⁹⁷ Este punto es abordado con propiedad por el profesor Ezquiaga Ganuzas, quien, al respecto, hace referencia a las actitudes interpretativas que se suelen asumir al momento de aplicar las directivas sobre el entendimiento de los derechos humanos. Véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, "Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas", *Revista iberoamericana de argumentación*, núm. 13, 2016, p. 7 y ss.

⁹⁸ Para el caso de Guatemala es relevante lo establecido en el artículo 46 de la CPRG: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno".

⁹⁹ En Guatemala esa noción se consolidó jurisprudencialmente con la emisión de la SCC de 17 de julio de 2012 (expediente 1822-2011) y respecto de la cual habrá posibilidad de hacer referencia al abordar lo concerniente a los preceptos normativos convencionales en materia de derechos humanos como objeto de la interpretación constitucional –inciso 7.1.3 del capítulo subsiguiente–.

derechos humanos, es pertinente referir que la posibilidad de que el examen de convencionalidad de una disposición normativa interna pueda ser realizada dentro del marco del control constitucional normativo hubiera parecido un contrasentido en etapas diferentes a la actual, dado que tiempos atrás, bajo la inspiración de la corriente dualista del Derecho Internacional Público¹⁰⁰, imperaba la tesis que sostenía que ambas formas de control eran ajenas entre sí, teniendo cada una su propio ámbito de acción, siendo casi una herejía tan siquiera suponer que una disposición contenida en un tratado internacional en materia de derechos humanos pudiera ser considerada como parámetro de constitucionalidad.

Una posición contraria a la descrita en el párrafo anterior puede ser encontrada en la escuela monista¹⁰¹, cuyos defensores sostienen que el ordenamiento normativo internacional y el interno están integrados, por lo que no constituyen dos realidades distintas y separadas entre sí. Aunque no se puede asegurar una

¹⁰⁰ Monroy Cabra explica, con propiedad, las notas características del dualismo, en especial lo concerniente a la separación de los ordenamientos jurídicos interno e internacional. Para el efecto, se expresa en los siguientes términos:

En la concepción dualista hay dos ordenamientos jurídicos distintos y separados: el nacional y el internacional. Ambos ordenamientos tienen fuentes distintas, pues el Derecho Internacional regula las relaciones entre Estados y el Derecho interno las que se presentan entre personas o entre el Estado y sus súbditos. Por tanto, como el Estado es soberano la validez del orden constitucional es independiente de su conformidad o no con el Derecho Internacional. La consecuencia del incumplimiento de un tratado es hacer al Estado respectivo responsable internacionalmente. Además, tratándose de dos sistemas autónomos, entre los cuales no existe relación de dependencia o subordinación, la norma internacional para recibir aplicación en el orden interno necesita ser transformada o incorporada a éste, mediante acto de voluntad del legislador nacional.

Véase: Monroy Cabra, Marco Gerardo, “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, núm. 1, 2008, p. 112.

¹⁰¹ Monroy Cabra define cómo concibe el monismo; para el efecto, se apoya en Kelsen en los siguientes términos:

La concepción monista sostiene que hay “un sistema normativo universal” (Kelsen). Esta unidad del ordenamiento jurídico conlleva la prevalencia del Derecho Internacional, que delega en los órganos nacionales la facultad para dictar el ordenamiento nacional. Según Kelsen, las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o grundnorm.

Sobre esa base, defiende la existencia de dos modalidades de monismo, véase:

El monismo con primacía del Derecho interno es consecuencia de la soberanía estatal absoluta, lo que conduce a la negación del Derecho Internacional. En cambio, el monismo con primacía del Derecho Internacional sostiene que este Derecho es un orden superior del cual dependen los sistemas jurídicos de los Estados. Esta teoría ha sido sostenida por Kelsen, Verdross y Kunz y por la escuela sociológica francesa (Scelle).

Véase: *Ibidem*, p. 112.

primacía absoluta, es dable admitir que, con el paso del tiempo, los postulados del monismo se han ido imponiendo, entendiéndose que efectivamente entre ambas manifestaciones normativas –de Derecho interno e internacional– existe una unidad lógica y sistemática¹⁰².

Al aceptar la existencia de la unidad relacionada, de ninguna manera resulta infundado sostener que, dentro de las fuentes formales del Derecho Constitucional, se hallan los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuyos contenidos, aunque formalmente no hacen parte del texto fundamental, regulan situaciones propias de esa materia. Por tal razón, puede afirmarse que las convenciones internacionales concernientes a derechos inherentes a las personas son instrumentos que hacen parte del control de constitucionalidad¹⁰³.

En razón de lo expresado en los párrafos precedentes, se asume, como respaldo para tomar a los tratados internacionales de derechos humanos como instrumentos del control de constitucionalidad, el hecho que los esfuerzos por lograr la dignificación de las personas no deben estar supeditados a estimar que únicamente la Constitución encierra las respuestas que se buscan para tan caro propósito; todo lo contrario, en aquella normativa internacional pueden ser encontradas esas soluciones. Debe tenerse presente que la existencia de compromisos estatales para la observancia de esos instrumentos requiere que todos los juzgadores, principalmente los de rango constitucional, hagan aplicación

¹⁰² En Guatemala, el artículo 46 de la CPRG revela una clara vocación monista, al establecer: **“Preeminencia del Derecho Internacional**. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

¹⁰³ En esa misma línea se pronuncia Sagüés, al manifestar lo siguiente:

El derecho internacional es fuente del derecho constitucional, en cuanto sus preceptos regulen asuntos fundamentales concernientes a la estructura y funcionalidad del Estado. En el siglo XIX, el cupo de temas constitucionales captado por el derecho internacional era relativamente reducido por la sencilla razón de que el derecho internacional tenía en ese momento un desarrollo discreto. Actualmente, la situación ha cambiado drásticamente y por varios motivos...

Para mayor abundamiento, véase: Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 367.

de sus enunciados, pudiendo hacerlo, inclusive, al ser efectuado el control de constitucionalidad normativo; ello se explica si se tiene en cuenta que, en razón de los compromisos asumidos, es deber de los Estados tomar todas las medidas necesarias para que los tratados internacionales que se han adoptado sean cabalmente aplicados, por lo que no es aceptable que pervivan los enunciados normativos que contravengan los textos convencionales¹⁰⁴.

4. La jurisdicción constitucional

Si bien el uso del vocablo *jurisdicción constitucional* resulta bastante común en nuestros días, su consolidación en la literatura jurídica, con la connotación que se le atribuye, se produce hasta en el período que media entre las dos grandes guerras mundiales; precisamente, luego de la instalación de los primeros tribunales constitucionales.

Kelsen prefirió seguir su propia línea y no denominar *judicial review* la función encomendada a los tribunales *ad hoc* que él propuso crear. Seguramente ello obedece a que estimó que esos tribunales estaban dotados de atribuciones distintas y más relevantes que los órganos encargados de efectuar la revisión judicial en el modelo americano.

El citado jurista austriaco utilizó habitualmente, y de forma indiferente, los términos *justicia constitucional* y *jurisdicción constitucional*, por lo que les atribuyó contenidos iguales; no obstante, lo que sí es claro es que se apartó de la denominación revisión judicial. El uso indistinto de los sustantivos mencionados respondió a haberlos entendido como equivalentes a la existencia de un tribunal

¹⁰⁴ Pertinente resulta tener presente que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 refiere que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Por tal razón no debe persistir vigente un enunciado normativo local que se contraponga a un instrumento normativo internacional que un Estado se obligó a observar.

diferente a los encargados de impartir justicia ordinaria¹⁰⁵.

García Belaunde hace acopio de los aportes de otros juristas, tal el caso de Franz Jerusalem, quien, por 1930, coincidente con Kelsen, señaló que la jurisdicción constitucional es concomitante con la existencia de un órgano *ad hoc*, como en ese tiempo existía en Austria o Checoslovaquia. Esa tesis tuvo amplio respaldo, sobre todo, por Alcalá-Zamora, siendo reiterada y difundida por Fix-Zamudio. Posteriormente, siguiendo la línea de Biscaretti di Ruffia, Sagüés postuló que “la jurisdicción constitucional debe ser analizada desde dos puntos de vista: uno material (cuando cualquier juez decide los problemas constitucionales) y otro formal u orgánico (cuando sólo lo hacen los tribunales especializados)”¹⁰⁶. Por su utilidad y por responder a la realidad, esa apreciación es compartida por el tesista.

La connotación material del concepto permite comprender que existe jurisdicción constitucional cuando se conceden facultades a cualquier tribunal para decidir sobre problemas constitucionales, independientemente de si tiene competencias específicas o no. A esta tesis adheriría Bidart Campos. Así también se uniría Fix-Zamudio, quien modificó su posición inicial asumiendo que el concepto es equivalente al de defensa de la Constitución, es decir: “con la totalidad de instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido para ‘conservar la

¹⁰⁵ García Belaunde explica por qué se produjo el uso indistinto de los dos sustantivos *justicia constitucional* y *jurisdicción constitucional*, en los siguientes términos:

El gran teórico, Kelsen, habló en todo momento de jurisdicción o justicia constitucional como equivalentes. Pero como Kelsen, conforme se nota en su obra de la época, no tenía mayores nociones del moderno Derecho procesal, entendió que postular una justicia o una jurisdicción constitucional, era postular un tribunal diferente, un órgano decisorio [sic] distinto a la judicatura ordinaria y a la jurisdicción administrativa. En suma, [su concepción de jurisdicción constitucional se circunscribía a la idea de] crear un órgano especial, con capacidad para –entre otros aspectos declarar– la inconstitucionalidad de las leyes, ya que, según la tradición europea, el Poder Judicial no podía hacerlo.

Véase: García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad César Vallejo, 1998, p. 21.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 22. Además, en la obra citada, García Belaunde indica que, en sus trabajos iniciales, Fix-Zamudio prefirió utilizar la expresión *justicia constitucional*, en lugar de *jurisdicción constitucional*, por razones de orden axiológico y técnico; lo primero, porque refleja el caro anhelo a alcanzar; y, lo segundo, porque adhiere a los postulados de Jerusalem y Alcalá-Zamora, en cuanto a que el segundo término supone la existencia de un tribunal especial. Así también hace referencia a que la posición inicial del jurista mexicano mencionado varió; en ese sentido concibió el segundo término con un criterio más amplio.

normativa constitucional, como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento...”¹⁰⁷.

Retomando el trabajo de García Belaunde, se trae a cuenta lo que, como conclusión propia expresa, haciendo acopio de los postulados de la moderna Teoría General del Proceso:

[L]a teoría procesal sostiene hoy en día que la jurisdicción, como emanación de la soberanía del Estado, es una sola. Pero siendo una se atribuye a diversos órganos o tribunales que la propia Constitución o la ley establecen. De tal suerte, lo que existe es una sola jurisdicción, que se canaliza a través de numerosos tribunales o salas, que tienen cada una, por así decirlo, un pedazo de esa jurisdicción. Esto es lo que se llama competencia. [...] Por tanto, decir que hay jurisdicción constitucional sólo cuando exista un tribunal *ad hoc* y al margen del Poder Judicial, es confundir los planos, ya que todos los tribunales tienen jurisdicción, sin excepción alguna, y más bien lo que existe, debidamente distribuida es la competencia que se ejerce a través de jueces y tribunales especializados¹⁰⁸.

Lo exposición de ideas contenidas en el pasaje transcrito permite determinar la existencia de una jurisdicción constitucional en tanto se le conciba como manifestación del ejercicio de la jurisdicción –en general–, entendiendo que esta es la potestad, derivada de la soberanía estatal, de resolver conflictos humanos por medio del Derecho. Así las cosas, cuando los órganos jurisdiccionales son competentes para la resolución de asuntos contenciosos constitucionales, estos tienen atribuciones propias de la jurisdicción constitucional¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Zúñiga Urbina, Francisco, “Jurisdicción constitucional en la perspectiva actual: notas para una comparación en América Latina”, *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 2, 1998, p. 190.

¹⁰⁸ García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁹ Zúñiga Urbina va más allá de los elementos presentes en las definiciones que supeditan la existencia de jurisdicción constitucional a la sola existencia de tribunales competentes para conocer controversias constitucionales, pues, el autor asume que se precisa que esté previsto el acceso a garantías procesales constitucionales. Específicamente expone:

...es un sistema de garantías procesal-constitucionales que aseguren el Derecho de la Constitución, entendido como subsistema normativo revestido de supremacía, valor normativo y eficacia normativa, que salvaguarda la “separación” o reparto de poderes en el Estado, y la separación relativa Estado - sociedad civil a través de la técnica de los derechos fundamentales...

Para concluir este apartado y con el propósito de evocar una definición que sintetice lo antes expuesto y que pueda ser directriz durante el desarrollo de este trabajo, se cita a Burgoa, para quien la expresión jurisdicción constitucional “equivale a la de *control constitucional de carácter jurisdiccional*, o sea, al que ejercen los tribunales para preservar el orden establecido por la Constitución”¹¹⁰. En sentido semejante la concibe Rubio Llorente, al definirla como “aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución”¹¹¹. En la misma línea, empero, con mayor amplitud, Nogueira Alcalá postula:

Existirá así la jurisdicción constitucional cuando existan tribunales que ejercen la potestad para conocer y resolver, mediante un procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada, los conflictos constitucionales que se promuevan dentro del Estado respecto de las materias o actos que la Constitución determine, garantizando la fuerza normativa de la Constitución¹¹².

4.1 Legitimidad y legitimación de la jurisdicción constitucional

Hacer referencia a la legitimidad y legitimación del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales constitucionales conlleva la necesidad de definir primeramente a qué se hace referencia con cada uno de esos vocablos. Esa precisión es necesaria dado que, en razón del tema que se aborda en el presente trabajo, será recurrente el uso de esos términos.

Si bien es bastante común encontrar que se haga uso de ambas expresiones como si les correspondiera la misma connotación, lo que de alguna forma denota la fuerte carga antifolológica de los términos, el Diccionario de la Real Academia

Véase: Zúñiga Urbina, Francisco, “Judicatura y activismo judicial”, *Revista de Derecho Público*, 2010, vol. 72, 2010, p.65.

¹¹⁰ Burgoa, Ignacio, *Diccionario de Derecho Constitucional, garantías y amparo*, México, Porrúa, 1984, p. 257.

¹¹¹ Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 1411.

¹¹² Nogueira Alcalá, Humberto, “Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias”, *Provincia*, vol. 4, núm. 2, 2005, p. 28.

Española les atribuye sentidos no coincidentes, pues lacónicamente refiere que *legitimidad* corresponde a la “[c]ualidad de legítimo”, asignándole, a *legítimo*, las siguientes acepciones como adjetivo: “1. Conforme a las leyes. 2. Lícito. 3. Cierto, genuino y verdadero en cualquier línea”. Por su parte, el referido Diccionario refiere que *legitimación* es la “[a]cción y efecto de legitimar”, asignándole a *legitimar* varias acepciones, dentro de estas “[c]onvertir algo en legítimo”¹¹³. Esas breves definiciones denotan que el primer vocablo tiene que ver con una condición alcanzada, en tanto que el segundo con la actuación tendente a lograr esa cualidad y con lo que se logra.

En sus varios estudios con matices jurídicos y políticos, el profesor Elías Díaz hace un esfuerzo de precisión de las connotaciones adecuadas que corresponden a los sustantivos en mención, siendo de la idea que la legitimidad se alcanza con la actuación justa y dentro del marco de la Constitución y el Estado de Derecho, en tanto que la legitimación está vinculada al apoyo que se reciba de la población; esto equivale a adhesión y eficacia de las decisiones, lo que implica lo siguiente:

...no petrificar, no inmovilizar con caracteres esencialistas esos elementos, esos requisitos, que configuran el Estado de Derecho; y de manera especial, implica no aislar de la historia y de la realidad social esas demandas políticas y exigencias éticas que se concretan en los que llamamos derechos humanos fundamentales...¹¹⁴.

Con apoyo en las definiciones relacionadas, conviene hacer el abordaje que anuncia el título de este apartado; para tal efecto, en primer término, se tratará lo concerniente a la legitimidad de la jurisdicción constitucional, lo que se hará en los

¹¹³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, Real Academia Española/ESPASA, 2014. Definiciones disponibles en línea, en su orden, en las páginas electrónicas: (a) <http://dle.rae.es/?id=N55v3yM>; (b) <https://dle.rae.es/?id=N58VtPK>; (c) <http://dle.rae.es/?id=N4rKQVg>; y (d) <https://dle.rae.es/?id=N53t0Dx>. Consultado el 19 de enero de 2018.

¹¹⁴ Díaz, Elías, “Democracia: doble participación”, *La democracia de los ciudadanos (suplemento I de Contrastes, Revista Internacional de Filosofía)*, vol. I, 1996, p. 205. La obra citada no es la única del profesor Díaz que desarrolla lo relativo a las diferencias conceptuales relacionadas, ya que la mayor parte de su trabajo doctrinario hace ese abordaje.

párrafos subsiguientes.

El encargo de controlar jurisdiccionalmente la constitucionalidad de la producción de disposiciones normativas deriva de las facultades que el poder constituyente le concede en el propio texto constitucional, del cual emanan atributos, estructura y mecanismos de designación de sus integrantes¹¹⁵; sin embargo, más allá del aspecto formal¹¹⁶, la determinación de la legitimidad tiene que ver con el hecho de cómo con el concurso de esa judicatura se hace realidad el valor justicia que debe ser motor de toda actividad estatal.

La comprensión, sin mayores reticencias, de que la Constitución es el cuerpo normativo supremo y que ningún otro de inferior jerarquía debe contravenirla ha precisado de un sistema en el que se integran mecanismos y órganos que así lo garanticen¹¹⁷. Resulta irrefutable, entonces, que, al poseer la ley fundamental la máxima jerarquía normativa y contener el conjunto de reglas, principios y valores que son reflejo de los más caros propósitos de una sociedad organizada, es preciso contar con todo un sistema efectivo de tutela jurisdiccional de control para su observancia, lo cual no fue posible garantizar cuando esa función era encomendada a los tribunales ordinarios¹¹⁸.

¹¹⁵ En el caso de Guatemala, del título VI de la CPRG derivan las competencias de la CC y de los tribunales ordinarios que extraordinariamente asumen el carácter de constitucionales para el conocimiento de conflictos contenciosos constitucionales.

¹¹⁶ En la línea de lo pretendido en el apartado, Amaya, iusconstitucionalista argentino, sostiene que:

Una decisión será democrática y constitucionalmente legítima si ha sido adoptada de conformidad con los procedimientos democráticos (legitimidad formal) y al mismo tiempo respeta los límites de contenido impuestos por la constitución (legitimidad sustancial). En una palabra, los procedimientos democráticos solo son posibles, si se garantiza constitucionalmente la vigencia de las precondiciones y las condiciones de la democracia.

Véase: Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia vs. Constitución. El poder del juez constitucional*, Rosario (Argentina), Ediciones AVI, 2012, p. 54.

¹¹⁷ Monroy Cabra coincide con ese parecer al postular esa necesidad sobre la base de que la Constitución es la “norma de normas y fuente de fuentes del Derecho”. Para mayor abundamiento, véase: Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, p. 115.

¹¹⁸ Este punto es abordado con propiedad por el exmagistrado constitucional guatemalteco Alejandro Maldonado Aguirre:

El ejercicio de la función jurisdiccional de control de constitucionalidad no es la consecuencia de una espontánea decisión acabada y perfecta, sino, como se vio líneas atrás, es producto de todo un proceso que se ha depurado con el paso del tiempo. Así lo refiere Prieto Sanchís, al indicar que “[l]a idea de que los jueces, o algunos jueces, deban controlar la constitucionalidad de las leyes es sólo la última etapa de todo un proceso cultural a favor de la limitación del poder político a partir de la Constitución”¹¹⁹, siendo oportuno agregar: en aras de lograr una sociedad más justa.

En este estadio del desarrollo histórico la presencia de mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad es algo casi generalizado, al menos en el hemisferio occidental, pudiendo afirmarse que existen numerosas demostraciones de corrección de la actividad pública que se desvía de los cauces marcados por la normativa fundamental. De esa cuenta, si la Constitución es expresión de los más caros valores de una sociedad organizada, la actividad encaminada a su defensa goza necesariamente de la cualidad de legítima, o lo que es lo mismo: de la condición de legitimidad, en cuanto que esta presupone un esfuerzo cierto por alcanzar la justicia.

Definido lo anterior, corresponde abordar lo relativo a la legitimación de la jurisdicción constitucional; para ese efecto, conveniente traer a cuenta es que, a pesar de que el devenir histórico ha demostrado que el propósito de la instalación de tribunales constitucionales es laudable –en tanto es instrumento para lograr respuestas justas frente a los conflictos que deriven del uso de la autoridad–, sus

La jurisdicción de la constitucionalidad surge con gran pujanza como resultado del fracaso de la justicia ordinaria –de la legalidad–, que no pudo contener el aluvión autoritario que eludió los enunciados políticos y programáticos de un sistema constitucional que carecía de garantías efectivas. La segunda posguerra mundial contempla la solución interna de los estados creando tribunales constitucionales, que habrían de encargarse de las contiendas a que las declaraciones de derechos dan lugar como tutela del poder frente al mismo poder.

Véase: Maldonado Aguirre, Alejandro, “Tribulaciones del Juez Constitucional”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. III, 2011, p. 15.

¹¹⁹ Prieto Sanchís, Luis, “Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Lo presupuestos históricos, ideológico y doctrinales de la jurisdicción constitucional”, *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2006, p. 39.

funciones no escapan de ser controvertidas a los ojos de quienes los perciben como invasores de competencias originalmente atribuidas a otros órganos estatales –como determinar la pérdida de vigencia de una disposición normativa, efectuar exhortaciones a los poderes públicos o modificar la interpretación habitual de un enunciado normativo–¹²⁰.

El abordaje de la legitimación no puede pasar por alto que la primigenia propuesta de Kelsen tuvo que afrontar los cuestionamientos propios de una idea novedosa que fue objeto de aceptación de forma paulatina. Ciertamente, el diseño propuesto para entonces estuvo inspirado en la lógica positivista marcada por la prudencia, al postular que los órganos de la jurisdicción constitucional serían algo así como legisladores negativos, lo que se concretaba al ejercer la atribución anulatoria de disposiciones inconstitucionales. El paso del tiempo tornó insuficiente la propuesta kelseniana, pues se puso de manifiesto la necesidad de una labor más creadora para resolver ríspidos problemas constitucionales y para otorgar una fuerza más efectiva a la carta fundamental, tal como ha sucedido recientemente. Ahora se asiste a un escenario en el que, además de encontrar cuestionamientos sobre la renovada actividad contralora constitucional, todavía es posible chocarse con objeciones a la existencia misma de un órgano judicial que anula los resultados de la creación normativa por parte de los poderes estatales constitucionalmente facultados para ello, cuya integración subjetiva, muchas veces, es consecuencia de la decisión de la mayoría poblacional.

La objeción relacionada en las líneas finales del párrafo anterior ha sido objeto de

¹²⁰ Esa controversia es percibida y expuesta adecuadamente por Petit Guerra, al expresar:

...gracias a la interpretación y a la labor de avenida de los jueces a través del proceso, la justicia constitucional ha logrado insertarse en el seno de un debate político, que renueva hoy –aunque creemos superado– su necesaria existencia. Pero los jueces constitucionales se encontraron con dos problemas distintos como importantes: (i) el cuestionamiento sobre su legitimidad democrática para “instruir” (y decidir) causas en contra del resto de los Poderes Públicos y conferirle más poderes al ciudadano, y, (ii) el predominio del positivismo por largo tiempo, por derivación del Estado liberal burgués y la proscripción del valor normativo de la Constitución.

Para mayor abundamiento, véase: Petit Guerra, Luis Alberto, “Garantismo y activismo. ¿Contrarios o complementarios?” *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, vol. II, Bogotá, VC Editores, 2011, pp. 311 y 312.

muchos estudios, entre los cuales ha sido relevante el abordaje que, de la “dificultad contramayoritaria”, hace el estadounidense Alexander Bickel, quien presenta la labor del juez constitucional como carente de fundamento democrático para sostener sus decisiones. A guisa de ejemplo de esa posición, se evoca un fragmento extraído de su obra *The least dangerous branch*:

Quando la Suprema Corte declara inconstitucional una acta legislativa o la acción de un ejecutivo elegido, va en contra de la voluntad de los representantes de las personas del aquí y ahora; es ella la que ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en contra de ella sin alusiones místicas. Se trata de un registro completamente diferente, y esa es la razón por la cual se puede hacer la alegación que el control de constitucionalidad es antidemocrático¹²¹.

La idea central de los cuestionamientos de Bickel gira en torno a si un tribunal, cuya composición subjetiva obedece a la discrecionalidad de los designantes, puede controlar los actos de los poderes estatales que gozan de representación democrática.

Ante esos cuestionamientos, surgen respuestas como la del jurista norteamericano Bruce Ackerman, quien sostiene la existencia de dos niveles de voluntad popular; a saber: (a) la de la política ordinaria, que es expresada en la legislación; y (b) la de la política extraordinaria, manifestada directamente por el pueblo en momentos constitucionales excepcionales. Ciertamente, el rol de los tribunales constitucionales es verificar que la voluntad de estos últimos sea la respetada, ya que esta se manifiesta en la Constitución. Así las cosas, de ninguna manera, la labor de control constitucional tendría que significar que la democracia se vea minorada, sino garantizada, pues propende a proteger el respeto de la

¹²¹ El fragmento de la fuente bibliográfica original sostiene lo siguiente:

[W]hen the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.

Véase: Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianápolis, The Bobbs-Merrill Company, 1963, pp. 16 y 17.

voluntad popular expresada por medio del constituyente¹²². En esa línea de entendimiento, la tensión entre democracia y la justicia constitucional resultaría siendo tan solo algo aparente, pues esta “no disuelve el Estado en jurisdicción, no elimina la política ni la democracia, antes bien acendra su sentido y las reconduce a su cauce propio, incluso al cauce abierto de la revisión constitucional si tal es la expresa voluntad popular...”¹²³.

Otras justificaciones al trabajo de los tribunales constitucionales las podemos encontrar en los aportes de Jonh Hart Ely –también jurista estadounidense–, quien, en su trabajo *Democracy and Distrust*, sostiene que los jueces constitucionales precisamente tienen la atribución de garantizar los presupuestos de la decisión democráticamente válida; en ese sentido, no hacen prevalecer sus valores particulares, sino que los procesos políticos se concilien con los valores de la sociedad¹²⁴.

Las respuestas que preceden asumen una posición justificadora del control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del poder público, apoyándose en el carácter democrático –indirecto– de esa función; no obstante, puede encontrarse justificación a esa función contralora en el hecho de defender otros fines igualmente importantes, como la limitación del poder o de la “tiranía” de las mayorías, posibilidad que Tocqueville consideró “impía y detestable”, precisamente por lo inconveniente que resulta que la mayoría del pueblo tenga derecho a hacerlo todo¹²⁵. Dentro de ese marco de cosas, se precisa dotar a la sociedad de un justo árbitro en razón de las pretensiones de sus diversos sectores. Por ello, Kelsen invita a revisar la esencia misma de la democracia,

¹²² La posición del jurista evocado es sintetizada en: Tusseau, Guillaume, “Afrontar la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional: en defensa de más empirismo”, *Avances, Revista de investigación jurídica*, vol. 9, núm. 9, 2014, p. 26.

¹²³ García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 34, núm. 100, 2014, p. 98.

¹²⁴ *Loc. cit.*

¹²⁵ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis. R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 1953, p. 257.

según lo expresado en el siguiente fragmento:

Si se ve que la esencia de la democracia no es la omnipotencia de la mayoría, sino el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y por tanto, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea. La simple amenaza de interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en las manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos...¹²⁶.

A lo antes expresado, es pertinente agregar que, dada la independencia que debe caracterizar a los tribunales y la posibilidad de reflexión que estos tienen al emitir sus decisiones, los procedimientos jurisdiccionales, frente a los parlamentarios, se presentan como instrumentos más propicios para que, sobre la base de situaciones concretas, los grupos afectados puedan formular reclamos para la prevención de violación de derechos o de restauración de estos, si fuere el caso, de modo que los fines constitucionales no queden burlados¹²⁷.

¹²⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 512.

¹²⁷ Además de respuestas doctrinarias a las dudas que emergen sobre cómo la objeción contramayoritaria puede invalidar actos de poderes democráticos y representativos, han existido relevantes pronunciamientos jurisdiccionales –incluso de vieja data–, en los que pueden ser encontradas razonamientos que constituyen contestaciones adecuadas a esas dubitaciones. Muestra de ello es un pasaje de lo plasmado por el juez Owen Roberts en el fallo del caso Estados Unidos contra Butler:

No debería haber el menor malentendido sobre la función de esta corte en un caso similar. Se dice a veces que la corte asume un poder que sobrepasa y controla a los representantes del pueblo. Esto es una confusión. **La Constitución es la ley suprema del país, ordenada y establecida por el pueblo.** Toda legislación debe conformarse a los principios que ha establecido. Cuando un acto del Congreso es apropiadamente desafiado en las cortes como no conforme al mandato constitucional, la rama judicial del Gobierno tiene solo un deber – de poner el artículo de la Constitución invocado al lado del estatuto que es desafiado y de decidir si el último cuadra con el primero. Todo lo que la corte hace, y puede hacer, es anunciar su juicio sobre la cuestión. **El único poder que tiene, si se puede llamar así, es el poder del juicio.** Esta corte no aprueba ni condena cualquier política legislativa. Su tarea delicada y difícil es de determinar y declarar si la legislación esta en acuerdo o en desacuerdo con las provisiones de la Constitución. Una vez cumplida esta tarea, su deber termina” [el énfasis es añadido].

El fragmento corresponde a la página 297 de la resolución, cuyo texto original es el siguiente:

There should be no misunderstanding as to the function of this court in such a case. It is sometimes said that the court assumes a power to overrule or control the action of the people's representatives. This is a misconception. The Constitution is the supreme law of the land ordained and established by the people. All legislation must conform to the principles it lays down. When an act of Congress is appropriately challenged in the courts as not conforming to the constitutional mandate, the judicial branch of the Government has only one duty -- to lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute

Se concluye, entonces, que el dilema de la dificultad contramayoritaria –usando la expresión de Bickel– no lo es tal, si se toma en cuenta que lo que es producto de esa voluntad no puede justificarse por el mero mayoritarismo que le sostiene, sino que las decisiones de esos órganos, además de apoyarse en la representatividad, deben respetar un coto intrínseco a sus funciones –cuya garantía está reservada a los órganos jurisdiccionales–¹²⁸: tal el caso de no vulnerar derechos fundamentales. Esto equivale a suponer la existencia de temas ajenos a la agenda política, precisamente porque la obligación de garantía es competencia de los tribunales. Moreso cataloga esa exclusión como un “precompromiso” de tomar decisiones en el futuro para preservar contenidos especialmente valiosos, como lo es el respeto de aquellos derechos consagrados en la Constitución, precisándose, para tales fines, contar con mecanismos que los afiancen¹²⁹.

Así las cosas, la etiqueta de contramayoritaria que se suele atribuir a estos últimos no debe ser aceptada de forma llana; todo lo contrario, deben analizarse sus

which is challenged and to decide whether the latter squares with the former. All the court does, or can do, is to announce its considered judgment upon the question. The only power it has, if such it may be called, is the power of judgment. This court neither approves nor condemns any legislative policy. Its delicate and difficult office is to ascertain and declare whether the legislation is in accordance with, or in contravention of, the provisions of the Constitution; and, having done that, its duty ends.

El fallo se encuentra disponible en línea en el vínculo: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/1/case.html#62>

¹²⁸ Bayón aborda con propiedad lo concerniente a cotos que debe respetar el legislador. Concretamente, haciendo relación de la idea de derechos fundamentales en la filosofía moral y política contemporánea, refiere:

...en primer lugar, que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio, lo que es tanto como decir que esos derechos atrincheran ciertos bienes que se considera que deben asegurarse incondicionalmente para cada individuo, poniéndolos a resguardo de eventuales sacrificios basados en consideraciones agregativas. En segundo lugar, suele entenderse que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir, sirviendo por tanto frente a éstas –utilizando la ya célebre expresión de Dworkin– como vetos o cartas de triunfo...

Véase: Bayón, Juan Carlos, “Derechos, Democracia y Constitución”, *Discusiones*, núm. 1, 2000, p. 65. Líneas adelante, el citado jurista refiere que la tesis del *coto vedado* –de la función legislativa– resulta de la combinación de dos piezas maestras: (a) la primacía de un texto constitucional que incluya un catálogo de derechos básicos; y (b) la existencia de mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad de disposiciones legislativas.

¹²⁹ Moreso, Juan José, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 128 y 129. En la última página, además del tema de derechos humanos, el autor agrega, como materias que conllevan el compromiso del Poder Legislativo de someter al escrutinio de otros órganos, los siguientes: la estructura territorial del Estado y la división de poderes.

competencias y márgenes de acción que se hayan establecido para ciertos fines estatales de interés especial. Por ello mismo, el jurista previamente citado sostiene que “[n]o siempre las decisiones de estos órganos [se refiere a los tribunales constitucionales] son contramayoritarias, [ya que] algunas veces sólo establecen soluciones a conflictos que la regla de la mayoría no puede resolver”¹³⁰.

Aunado a lo anterior, resulta pertinente referir que el quehacer de los tribunales constitucionales no supone un ejercicio antidemocrático; superar esa imagen, en gran medida, depende de la desmitificación de la figura del legislador y que ni este ni el constituyen están dotados de una voluntad única que forzosamente sea reflejo de las determinaciones de los ciudadanos que los eligieron. Ese punto es abordado con propiedad por el profesor Ezquiaga Ganuzas, quien asume:

...cuando se considera que adoptar mecanismos judiciales de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias “supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional”, se está tomando en cuenta una idea idealizada o, incluso, mitificada de un legislador personificado, racional y dotado de voluntad e intención que está muy lejos de las personas concretas que integran los órganos legislativos, la mayoría de las veces colegiados. Por eso, cuando se objeta frente al control judicial de constitucionalidad que los jueces no deben intervenir en el control de las decisiones legislativas de legisladores posteriores a la fijación del texto constitucional (o incluso sustituirlas) se está partiendo de la idea de que, tanto el legislador constituyente, como el legislador posterior constituido, están dotados de una única voluntad que, por un lado, refleja la voluntad de (todos) los ciudadanos que los han elegido y, por otro, que queda reflejada en su producto normativo. Ello

¹³⁰ Moreso, Juan José, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, núm. 1, 2000, p. 40. El autor ejemplifica la aseveración, refiriendo lo siguiente:

A veces tal vez sea posible establecer algún tipo de orden jerárquico entre derechos capaz de regular casos genéricos, pero a menudo los conflictos surgirán en los casos individuales. Y, si no queremos convertir a las asambleas legislativas en órganos judiciales, habremos de reconocer que estos conflictos deberán dirimirlos los jueces. Si los derechos básicos no están protegidos constitucionalmente, la legislatura podrá cambiar el signo de esa jurisprudencia por mayoría, pero no podrá prever por adelantado todos los casos de conflicto posible. Tal vez esta sea una consideración demasiado obvia, pero si se tiene en cuenta que muchas de las decisiones de los órganos judiciales que controlan la constitucionalidad son de este tipo, no debe ser ignorada cuando nos preguntamos sobre la legitimidad del control de constitucionalidad.

justificaría que el nuevo legislador deba sentirse “libre” de ataduras y no condicionado por decisiones normativas de un legislador anterior que serían las empleadas por el tribunal constitucional como parámetro para medir su conformidad con la Constitución¹³¹.

Precisado cómo se justifica la labor de control jurisdiccional frente a la desarrollada por los poderes públicos representativos, conviene referir cómo los tribunales constitucionales pueden alcanzar aceptación en la población recipiendaria de sus decisiones y, por ende, cómo en la práctica queda justificada su actuación. Para ese efecto, se evoca a Jiménez Sánchez, en torno a la legitimación de la labor de los jueces constitucionales destaca la propuesta de Habermas:

Esto es lo que ha llevado a Habermas a plantear tal problema de diferente manera. De ahí que defiende que el Tribunal Constitucional obtiene su legitimación no tanto porque sus miembros sean elegidos por cierto método, lo que no deja de tener importancia, aunque sea desde un punto de vista estratégico, como por lo que ellos hacen. Esto es, la legitimación la obtendrían por sus decisiones o mejor dicho, antes que por sus decisiones, por la manera en que las que las fundamentaran¹³².

Coincidente con lo anterior, Ezquiaga Ganuzas, apoyándose en Alexy, hace referencia al concepto de “representación” o, si se quiere, “democracia argumentativa”, dentro de un “constitucionalismo discursivo” o “democracia deliberativa”, lo cual supone: (a) la utilización de los argumentos correctos y razonables; y (b) la aceptación de esos argumentos, por parte de personas “racionales” porque en ellos concurren aquellas características¹³³. De esa cuenta,

¹³¹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Los límites del control judicial de constitucionalidad en el Estado democrático de Derecho”, *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vásquez, México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, t. I, 2017, pp. 127 y 128.

¹³² Jiménez Sánchez, José J., “Legitimidad del juez constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 36, 2002, p. 324.

¹³³ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Los límites del control judicial de constitucionalidad...”, *cit.*, p. 129.

refiriendo cercanía con lo postulado en estudios del jurista mexicano Rodolfo Vázquez, asume que “la aceptabilidad democrática del control judicial de constitucionalidad depende en buena medida de la calidad de la motivación de sus decisiones y del respeto de los límites de su función sin la invasión a esferas de los otros poderes...”¹³⁴.

En concordancia con lo referido en los párrafos que preceden, es pertinente traer a cuenta la acertada expresión de Vigo: “[e]l juez se legitima diciendo lo justo en el caso”¹³⁵, lo que implica que, además, de llevar inmersas razones fundadas sobre la actuación del tribunal, su legitimación depende de la legitimidad –de la justicia que propende alcanzar–; ello implica que los dos conceptos analizados en este segmento de la tesis –legitimidad y legitimación– tienen una relación innegable.

Por esto último, se concluye que la legitimación de la función jurisdiccional de control constitucional –en tanto adhesión– puede ser hallada en las razones para resolver que quedan plasmadas en los propios pronunciamientos que emanan de los tribunales que gocen de esa competencia –las que deben ser razonables, para ser aceptadas–, ya que las motivaciones que los sustentan son manifestación de cómo estos cumplen con proyectar el sentido de justicia inmerso en la Constitución y cómo actualizan sus postulados, los cuales no deben ser concebidos como letra inerte, sino como la respuesta a aspiraciones que se renuevan con el tiempo¹³⁶. Permitiendo hacer uso de una metáfora, puede

¹³⁴ *Loc. cit.*

¹³⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 219. En otra obra, Vigo evoca a Alexy y refiere que este jurista

...intenta aducir que junto con la representación popular o democrática de carácter electiva que invisten los legisladores y gobernantes, los jueces pueden legitimarse democráticamente por vías de una “representación argumentativa”, en tanto las razones que respaldan sus decisiones serían compartidas por los ciudadanos en una comunidad ideal de diálogo racional y con conciencia constitucional.

Véase: Vigo, Rodolfo, *Cómo argumentar jurídicamente*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 100.

¹³⁶ Respecto de esa posición, es conveniente evocar a Häberle, quien ha sostenido que, por la relación intensa con la totalidad de la sociedad, los tribunales constitucionales son una especie de tribunales sociales; ello es así, ya que, por medio de su jurisprudencia, se abre a la variedad de ideas e intereses –las asume–, y viceversa, guía él a la sociedad. De esa cuenta, su actividad es transformadora, tanto del Estado como de la sociedad. *Cfr.*: Häberle, Peter, “La jurisdicción

indicarse que la fundamentación de los fallos de la jurisdicción constitucional es lo que permitirá que el texto constitucional *hable y se proyecte*.

De manera más extensa, en cuanto al sentido de la motivación, el profesor Ezquiaga Ganuzas también postula:

[L]a legitimación de las decisiones del Tribunal Constitucional estriba en el hecho de ser los garantes de que se respete la voluntad del pueblo soberano expresada (según la ficción democrática) a través de sus representantes. Con todo esto quiero decir, que lo que sí puede (y debe) exigirse al Tribunal Constitucional es que todas sus decisiones, pero sobre todo las que impliquen una actividad normativa (o, sin emplear ninguna metáfora, legislativa), estén debidamente justificadas y motivadas por criterios objetivos¹³⁷.

Determinado el peso que representa la labor de los jueces constitucionales y la necesidad de contar con decisiones percibidas como legítimas, conviene traer a cuenta lo indicado por Dworkin, en cuanto a que en la comunidad jurídica recae el compromiso de evaluar –como parte de la auditoría social a que se someten los fallos–, con criterios intelectuales, el producto de la tarea jurisdiccional constitucional, a fin de exigir “los mejores argumentos que les sea posible”¹³⁸; si bien reconoce que no hay fórmula que garantice que los jueces no se vean influidos por malos argumentos y en convicciones erradas, asume que la razón de las malas decisiones reside en esos vicios; ante ese panorama, aduce que: “[t]odo lo que podemos hacer acerca de esas malas decisiones es señalar cómo y dónde los argumentos eran malos y las convicciones inaceptables”¹³⁹.

Ciertamente, alcanzar legitimación debe ser visto como el corolario de la emisión

constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 5, 2001, p. 171.

¹³⁷ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos constitucionales (Sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, p. 134.

¹³⁸ Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 190.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 192.

de buenas resoluciones, o sea: suficientemente motivadas, con las que se dé respuestas a las necesidades respecto de las cuales la Constitución no ha sido ajena; actuar de esa forma ha permitido prestigiarse socialmente a los tribunales encargados del ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Abona a lo anterior lo expresado por Zagrebelsky, quien sostiene que la facultad jurisdiccional de control de constitucionalidad debe ser ejercida con la responsabilidad que comporta el desarrollo de una *res publica*; por tal razón, según su parecer, es preciso que el juez constitucional se despoje en sus resoluciones del discurso demagógico y, para ese efecto, propone:

Las cortes serían –mejor: deberían ser– “la aristocracia del saber”, llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y a fijar “un punto firme para el racional desarrollo de la sociedad actual, una ‘isla de razón’ en el caos de las opiniones”¹⁴⁰.

Sin demeritar los loables fines de la democracia, la intención de Zagrebelsky, que es compartida por el tesista, es referir que la existencia de la jurisdicción constitucional se justifica por el cumplimiento de la función determinante que le ha sido designada, que es la de ser guardián del Supremo Texto, debiendo fundamentar sus decisiones sin sopesar intereses particulares o sectoriales que se encuentren en juego, en los casos objeto de resolución.

Zanjar lo relativo a la legitimidad y legitimación de la jurisdicción constitucional es determinante para los fines del presente trabajo, pues no podría ser considerada legítima la emisión de sentencias atípicas por parte de los tribunales constitucionales, si se aceptara como válidos los señalamientos respecto de que su sola existencia carece de respaldo jurídico.

¹⁴⁰ En el pasaje transcrito Zagrebelsky cita la obra *L'invalidità della legge* de F. Modugno. Para mayor abundamiento, véase: Zagrebelsky, Gustavo, “¿Qué es ser juez constitucional?”, *Díkaion*, vol. 15, 2006, p. 166.

4.2 Funciones del juez constitucional

Aunque parezca obvio el contenido que corresponde al título del presente subinciso, es conveniente descartar esa obviedad en virtud de que las funciones que tienen encomendadas los tribunales constitucionales actualmente han trascendido más allá de las atribuciones que originalmente se concibieron como propias de esos órganos. Con ese panorama se asiste a un escenario en el que, sin haberse producido variación en la tarea fundamental de dar solución a los conflictos contenciosos constitucionales, tanto en los modelos de control difuso y concentrado, se han producido mutaciones con respecto al diseño inicial¹⁴¹.

El primer tribunal constitucional concentrado –el austriaco– es consecuencia directa del ideario de Kelsen y, seguramente, es el que más se aproxima a su propuesta, pues inclusive el citado jurista tuvo la oportunidad de ser uno de sus magistrados desde la fundación en 1919 hasta 1929. A decir de Fix-Zamudio, originalmente esa corte concentró el conocimiento de las violaciones a los derechos fundamentales de la persona por medio de dos vías, a saber: la impugnación de inconstitucionalidad de leyes –*Normenkontrolle*– y un recurso específico contra la violación de los derechos de la persona –*Beschwerde*–. El mecanismo de objeción constitucional de las disposiciones normativas varió en 1929, al autorizar a la Corte Suprema para asuntos civiles y penales, así también a la Corte Suprema Administrativa, a que suspendieran un proceso concreto sometido a su conocimiento cuando estimaren la existencia de duda de la

¹⁴¹ En congruencia con lo afirmado en ese párrafo, el profesor López Guerra, al referirse a la mutación de los tribunales constitucionales concentrados refiere:

Los Tribunales Constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) “legisladores negativos”, para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del poder legislativo, cumplen una función complementaria de ese poder, en mayor medida aún que [sic] otros Tribunales. Desde el punto de vista clásico (expresado, por ejemplo en el preámbulo de la Constitución española de 1978, que considera a la Ley como “expresión de la voluntad popular”) ello representaría una separación del principio democrático, ya que los Tribunales Constitucionales no se limitan, como los Tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en esta quiera introducir el legislador, sino que, además, puede dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad.

Para mayor abundamiento, véase: López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 6.

constitucionalidad del preceptor normativo aplicable al caso, remitiendo el asunto al tribunal constitucional para que decidiera sobre la cuestión¹⁴². Posteriormente, al ser aprobada una nueva Constitución en 1934, se transfirieron las competencias en materia constitucional a una Corte de Justicia Federal, lo cual desaparecería a raíz de la ocupación alemana, retomando el primigenio modelo de control cuando Austria recupera su independencia.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la noción de control jurisdiccional de la constitucional retoma auge y, como consecuencia, se establecen nuevos tribunales con renovadas atribuciones, tales como el italiano y el alemán, cuya producción jurisprudencial ha sido bastante creativa, lo que ha abierto la brecha a pronunciamientos que escapan de las propuestas originales.

La exposición contenida en los párrafos precedentes es reflejo de cómo fueron variadas las competencias iniciales, incluso en el propio primer tribunal constitucional. Lo cierto es que las funciones de estos están determinadas por la designación de atribuciones específicas que hacen los poderes constituyentes, ya sean originarios o derivados; así también lo están por los márgenes de maniobrabilidad que les es permitida. Los propios textos fundamentales pueden efectuar una definición exhaustiva de tales funciones o bien pueden delegar esa precisión a leyes de procedimientos constitucionales. En la medida que la asignación de atribuciones no implique candados de fuerza, aquellos márgenes de actuación pueden verse modificados, según las necesidades.

A pesar de que en un Estado se opte por implementar formas de control propias de algún modelo específico o que en algunos se haya preferido su mixtificación, lo habitual es que tanto la conformación de las cortes constitucionales, como sus atribuciones, asuman características propias dependiendo del ordenamiento

¹⁴² Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pp. 47 y 48.

jurídico en el que funcionen los tribunales¹⁴³.

Con lo referido queda claro que no existe uniformidad en la designación de funciones a los jueces constitucionales, sino que estos se caracterizan por la variedad de facultades. La mutación de la propuesta doctrinaria original respecto de sus atribuciones, hacia otras más creativas –e incluso criollas–, lejos de constituir un escollo en la ardua tarea de impartir justicia constitucional ha venido a enriquecer y robustecer el panorama¹⁴⁴.

Por último, es pertinente referir que, superada la imagen inicial que se limitaba a considerar a los jueces constitucionales como meros legisladores negativos, poco a poco se acepta más la idea de que su función va más allá de ello y se les percibe como: (i) intérpretes creativos del texto constitucional y, en ese sentido, actualizadores de este, determinando los contenidos y alcances de los preceptos fundamentales; ello enmarca cabalmente dentro del ámbito de la atribución de máximo guardián de la Constitución y como la voz más autorizada para interpretar el magno texto; (ii) igualmente, son creadores de pautas interpretativas sobre los sentidos de los enunciados normativos infraconstitucionales, determinándolos a fin de ajustarlos a los postulados de la Constitución; y (iii) en razón de los efectos de los fallos que emiten, pueden ser percibidos como generadores de cambios sociales, dada la alta incidencia de sus decisiones; sobre este punto se hará un abordaje especial en el apartado subsiguiente.

4.3 Incidencia de la labor del juez constitucional

Desde que fueron emitidas las primeras decisiones jurisdiccionales en el ramo

¹⁴³ Una muestra de la variedad de características se pone de manifiesto en el trabajo de Nogueira Alcalá, Humberto, “Los tribunales constitucionales de América del Sur...”, *cit.*, pp. 27 a 93; así también, del mismo autor: “La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008, pp. 281 a 299.

¹⁴⁴ En Guatemala, los artículos 272 de la CPRG y 163 de la LAEPC son los que coincidentemente regulan las variadas funciones de la CC.

constitucional, estas tuvieron innegable repercusión en toda la población. Ha de destacarse que generalmente a los pronunciamientos vertidos dentro del marco del control constitucional normativo directo les es reconocido un efecto *erga omnes*, lo que lleva aparejado que no solo a los promotores de las diligencias procesales importen los fallos que se emiten, sino a todo el foro jurídico e, incluso, a todos los habitantes del Estado, aunque desconozcan la literalidad de los contenidos de los pronunciamientos dictados y sus reales consecuencias.

En parte, por el nuevo protagonismo que en los últimos tiempos es atribuido a los jueces constitucionales en el abordaje de los problemas sociales que se judicializan, se asume que actualmente se asiste a un escenario caracterizado por la fuerte presencia de los jueces en la toma de decisiones relevantes, al punto que no sea raro escuchar comentarios que sostengan la existencia de una especie de gobierno de los jueces o iuristocracia¹⁴⁵. En la medida que ello sea simplemente consecuencia de ejercer con denuedo la labor encomendada a los juzgadores, esa designación no debe ser estimada como negativa; no obstante, si con esa denominación se designan desbordamientos, ello debiera considerarse como un llamado a la reflexión.

Ciertamente, la alta incidencia de los fallos constitucionales entraña el ejercicio de una innegable cuota de poder de parte de los jueces en la vida pública estatal. Ello es tan así que Dworkin, tomando en cuenta la experiencia norteamericana, llega a afirmar que en los Estados Unidos de América “[l]as personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier otro acto general del Congreso o Parlamento”¹⁴⁶; incluso, como expresión de la relevancia de su función, destaca que es común que a la ley examinada por el juez, en ejercicio del control constitucional normativo, se le atribuya el contenido o sentido que ese funcionario jurisdiccional determine, incluso en una línea que pueda ser percibida como contraria a lo que trató expresar el creador del enunciado legal.

¹⁴⁵ Este tema será abordado con más detenimiento en el subinciso 9.1.3 del capítulo II.

¹⁴⁶ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 15.

Si bien los más conservadores perciben como anarquizante el panorama descrito, una posición objetiva y consciente de los alcances de la noble función encomendada a los juzgadores constitucionales, lo entendería como manifestación legítima del ejercicio de las atribuciones de los jueces constitucionales, en quienes recae la responsabilidad de hacer realidad los caros propósitos del texto fundamental y ajustar los contenidos normativos de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general a la Constitución.

En razón de abordar la incidencia de las sentencias constitucionales, pertinente resulta tener presente que, en el caso de la Suprema Corte, sus frecuentes polémicas decisiones han tenido la última palabra sobre los debates sociales que se plantean y, muchísimas veces, los pronunciamientos que se dictan trastocan las competencias de las autoridades públicas. Lo destacable es que, en ese país, bajo ningún motivo, esos fallos controversiales han dado lugar a que se mancille el trabajo del alto tribunal o, peor aún, que se amenace con reformar la conformación del órgano jurisdiccional o sus atribuciones constitucionales, lo que sí suele acontecer en algunos Estados latinoamericanos caracterizados por no contar con tribunales fuertes, con amplios atributos o márgenes de decisión, así como con población debidamente informada sobre su función; ello es reflejo de que no todas las sociedades han alcanzado el mismo grado de madurez.

A pesar de lo expresado precedentemente, resulta oportuno referir que, en las últimas décadas, dado el flujo de información que llega a la población, ha sido posible apreciar un positivo cambio de percepción popular latinoamericana respecto de la labor de los tribunales constitucionales; de hecho, los sectores populares hacen depositar sus esperanzas para que atiendan genuinas aspiraciones, las que, por su naturaleza, debieran ser puestas en las manos de los poderes ejecutivo y legislativo. Ha de entenderse que ello ocurre porque esas aspiraciones se suelen relacionar directa o indirectamente con la necesidad de protección de los derechos fundamentales, campo de acción en el que dichos órganos jurisdiccionales están llamados a asumir un rol protagónico innegable.

Para concluir este apartado, es pertinente referir que la jurisdicción, en tanto facultad estatal de administrar justicia, constituye un verdadero poder del Estado, cuya existencia, incluso, es presupuesto mismo del surgimiento del ideario constitucional; por tal razón, resulta una obviedad que se haga referencia a que actualmente los tribunales –en el caso que nos interesa: los constitucionales– encargados del ejercicio de esa potestad gozan de poder, porque este es un atributo anejo a la función realizada. Debido a las características propias de la jurisdicción constitucional, también deviene natural asumir que las decisiones que de esta emanen gozan de innegable incidencia social, por cuanto que en todos los habitantes del Estado suelen repercutir los efectos de la mayoría de los fallos que se dictan.

5. El control de constitucionalidad en Guatemala

Después de haber dedicado los apartados anteriores de este capítulo al abordaje de aspectos generales relativos al desarrollo de la actividad jurisdiccional de control de constitucionalidad, es pertinente, en razón del tema objeto de estudio del presente trabajo, centrar la atención en el estudio del sistema guatemalteco, para determinar sus antecedentes, quiénes son sus titulares, con qué mecanismos de control se cuentan y cómo funciona actualmente.

Lo anterior es preciso a efecto de hacer posible el análisis de la producción de fallos atípicos en el contexto del sistema local. El conocimiento de las funciones específicas que han sido encomendadas a los órganos jurisdiccionales a cargo del control constitucional permitirá determinar la legitimidad de las sentencias indicadas.

5.1 Origen y evolución de la judicatura de lo constitucional en Guatemala

Según García Laguardia, reconocido conocedor de la historia constitucional guatemalteca, el mencionado control tiene antecedentes de vieja data. Indica que hay vestigios documentales que revelan que algunos miembros de la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución Federal Centroamericana de 1824 postularon la necesidad de seguir el modelo constitucional norteamericano; sin embargo, la idea de control judicial no fue reflejada en ese texto¹⁴⁷. Pese a ello, en la Constitución del Estado de Guatemala –parte de la Federación Centroamericana–, aprobada en 1825, se dejó plasmado cuál sería el órgano encargado de velar por la observancia del máximo texto normativo: el Consejo Representativo –una especie de órgano sancionador de las leyes de la Asamblea Legislativa, previo a ser promulgada por el jefe de Estado–.

También refiere García Laguardia que, el 11 de septiembre de 1837, la Asamblea Legislativa del Estado de Guatemala emitió un decreto –o sea que no tenía rango constitucional– que se nominó *Declaración de los Derechos y Garantías que pertenecen a todos los ciudadanos y habitantes del Estado de Guatemala*, en cuyo artículo 5o. quedó consagrado un antecedente que califica de “clave y precursor” del control constitucional latinoamericano¹⁴⁸. En este se indicaba:

Que toda determinación sea en forma de ley, decreto, providencia, sentencia, auto u orden que proceda de cualquier poder, si ataca alguno o algunos de los derechos del hombre, o de la comunidad, o cualquiera de las garantías consignadas en la ley fundamental, es *ipso jure nula*, y ninguno tiene obligación de acatarla y obedecerla.

¹⁴⁷ García Laguardia, Jorge Mario, “La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias”, *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 30.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 31.

Luego del rompimiento de la citada federación y la caída del régimen liberal, en 1845 fue aprobado un decreto que revirtió los avances logrados, ya que estableció: “Ningún acto del Poder Legislativo ni Ejecutivo, está sujeto a la revisión de los tribunales de justicia, los cuales no pueden conocer de la nulidad o injusticia que aquéllos contengan”. Así, el gobierno conservador bloqueó la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales pudieran conocer de conflictos derivados de la inobservancia de la Constitución.

En 1871 se produce el retorno de los liberales al gobierno, quienes dotarían de una nueva Constitución al Estado hasta 1789. Originalmente, en esta no fueron plasmadas formas específicas de control de constitucionalidad, a pesar de que en algunos Estados centroamericanos ello había sido logrado. Esto podría explicarse en el sentido que no interesaba a los gobernantes establecer límites al ejercicio del poder público.

En 1921 se produjo una reforma al texto constitucional antes mencionado; como consecuencia, se modificó el artículo 34, reconociendo el amparo como derecho. Esta es la primera vez que se regula ese instituto jurídico procesal, el cual sería objeto de desarrollo en la normativa constitucional sucedánea posterior. Además, se produjo un hecho relevante en el control de constitucionalidad de disposiciones normativas, ya que el artículo 93, inciso c), quedó con el siguiente contenido:

Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al Poder Judicial declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en la Constitución de la República; pero de esta facultad sólo podrán hacer uso en las sentencias que pronuncie;

El fragmento transcrito pone de manifiesto cómo, a nivel constitucional, empieza a ser reconocida en Guatemala la posibilidad de revisión judicial de las disposiciones normativas y cómo comienza a instaurarse la modalidad difusa de control, dado que cualquier órgano jurisdiccional emisor de sentencias podía efectuar el examen de constitucionalidad. Esa atribución sería reafirmada en la reforma de 1927, que modificó el artículo 85, en el cual es designada esa

atribución a la CSJ, así como a los tribunales de segunda instancia y jueces letrados que conozcan en la primera.

Las constituciones de 1945 y 1956 –artículos 50 y 73, respectivamente– consagraron la nulidad *ipso jure* como la consecuencia de la emisión de leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyeran, restringieran o tergiversaran el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza. El primero de esos textos fundamentales no precisó el mecanismo para lograr tal declaratoria; sin embargo, en su artículo 170 apuntó que es competencia de los tribunales la inaplicación de cualquier ley o disposición de los organismos del poder público cuando sean contrarios a la Constitución. En el segundo se estableció –en el artículo 187– la posibilidad de que las partes interesadas pidieran, en casos concretos, instar la declaración de inconstitucionalidad de la Ley. Esta sucinta descripción de atribuciones pone en evidencia que la única modalidad de control de preceptos normativos posible era la difusa, ya que competía a todos los tribunales.

El panorama anterior fue modificado al entrar en vigencia la Constitución de la República de 1965, ya que, además de conservar el control difuso, se reguló la creación de un tribunal *ad hoc*, inspirado en el modelo kelseniano, el cual se denominaría *Corte de Constitucionalidad* –artículo 262–. Así se concretaba la mixtificación de los modelos de control jurisdiccional constitucional, dando lugar a un sistema con marcadas características locales.

Es pertinente precisar que la creación del primer tribunal *ad hoc* es la consecuencia de haber sido bien recibida por los constituyentes una propuesta emergida del III Congreso Jurídico Guatemalteco del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, celebrado en 1964, en el que se postuló la necesidad de establecer un órgano jurisdiccional con estructura y funciones como las del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania.

Como se indicó en líneas precedentes, si bien la propuesta tuvo buena recepción, el tribunal constitucional originado de la Constitución de 1965 fue sustancialmente

diferente a su par alemán, ya que las funciones eran transitorias y temporales; además, no tenía autonomía, pues, de hecho, estaba integrado por doce magistrados, que incluía al Presidente de la CSJ, quien lo presidía, cuatro magistrados de esa Corte y los siete restantes por sorteo global que se practicaba entre los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso Administrativo¹⁴⁹.

Al nuevo tribunal se le designó el conocimiento de los *recursos de inconstitucionalidad* –artículo 263–, el cual podía ser interpuesto contra “leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que [contuvieran] vicio total o parcial de inconstitucionalidad”, a instancia del Consejo de Estado, el Colegio de Abogados, por decisión de su asamblea general; el Ministerio Público, por disposición del Presidente de la República, tomada en Consejo de Ministros; y cualquier persona o entidad a quien afectare directamente la inconstitucionalidad, siempre que concurriera con el auxilio de diez abogados en ejercicio –artículo 264–.

En los dieciséis años de existencia de la CC, creada a raíz de la Constitución de 1965, fue manifiesta su inoperancia práctica, por la escasa utilización del mecanismo procesal que debía conocer y resolver; ello se afirma porque, durante ese período, solo fueron planteados cinco recursos de inconstitucionalidad, de los cuales dos fueron rechazados de plano, dos de estos se desestimaron y solo uno fue estimado. No obstante, la experiencia puede ser considerada como un ensayo valioso de judicatura constitucional *ad hoc*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Para abundar en el tema, véase: Pinto Acevedo, Mynor, *La Jurisdicción Constitucional en Guatemala*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 1995, p. 26.

¹⁵⁰ Coincidentemente se ha expresado:

...el ensayo permitió detectar fallas: la forma en que era integrado y su carácter circunstancial no garantizaban su independencia política, que lo hacían ineficaz; por ello, su actividad fue evidentemente nula. En consecuencia, [la experiencia permitió advertir que] se requería de un tribunal único que conociera, especializadamente, de las cuestiones constitucionales.

Véase: Sierra González, José Arturo, *op. cit.*, p. 191.

5.2 La judicatura constitucional guatemalteca en la actualidad

La Constitución promulgada en 1985 tiene el mérito de ser la que ha concedido mayor relevancia a la labor de defensa del orden constitucional y a las garantías constitucionales¹⁵¹, siendo estas: el amparo, la exhibición personal y las inconstitucionalidades directas e indirectas; las primeras dos para instar el control de constitucionalidad de los actos de autoridad y las restantes –las inconstitucionalidades– para controlar la producción de las disposiciones normativas de alcance general.

De conformidad con el texto constitucional, la función jurisdiccional en materia de control de constitucionalidad de preceptos normativos es competencia de: (a) cualquier juez ordinario ante quien incidentalmente y con efectos para el caso concreto se objeta la legitimidad constitucional de una disposición normativa de alcance general¹⁵²; en este caso, salvo algunas excepciones¹⁵³, el tribunal asume de forma extraordinaria el carácter constitucional; y (b) la Corte de Constitucionalidad –CC–, que es el tribunal *ad hoc* instalado a raíz de la emisión del texto constitucional y el cual conoce y resuelve de los planteamientos de inconstitucionalidad directa, general o abstracta, así como de los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones definitivas emitidas en las inconstitucionalidades en caso concreto; también tiene atribuciones para emitir opiniones y dictámenes. Respecto de este órgano jurisdiccional y de los instrumentos de control a su cargo se hará referencia en el inciso subsiguiente.

¹⁵¹ Como garantías constitucionales se designará a los mecanismos o instrumentos regulados en la Constitución para hacer valer los derechos fundamentales que consagra.

¹⁵² La CPRG y la LAEPC posibilitan plantear la inconstitucionalidad indirecta por medio de acción, excepción o incidente.

¹⁵³ Tal el hecho que la inconstitucionalidad sea planteada ante un juez de paz o ante un tribunal que conoce un conflicto colectivo de condiciones de trabajo.

5.3 La Corte de Constitucionalidad

Luego del ensayo no muy exitoso –aunque reconocidamente valioso– que significó el funcionamiento de un tribunal constitucional *sui generis* al amparo del Supremo Texto de 1965, la Constitución promulgada en 1985 –actualmente vigente– regula en el artículo 268 la existencia de la CC, como tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Este órgano *ad hoc* actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce las funciones que le asignan la CPRG y la ley procesal constitucional.

Conforme a la función esencial referida, la Corte se configura como el principal instrumento local para garantizar la supremacía de la Constitución y como su intérprete último. A su cargo está la trascendente responsabilidad de determinar los alcances de los preceptos que conforman el magno texto, lo que se cristaliza por medio de los pronunciamientos que emite¹⁵⁴.

Está integrada por cinco magistrados titulares e igual número de suplentes que son designados respectivamente por el pleno de la Corte Suprema de Justicia, el pleno del Congreso de la República, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y por la Asamblea del Colegio de Abogados¹⁵⁵. El designado debe cumplir con los requisitos de ser guatemalteco de origen¹⁵⁶, abogado colegiado, de

¹⁵⁴ Para dimensionar la trascendencia de la actividad que realiza la CC, es pertinente evocar lo expresado por Nogueira Alcalá, quien postula:

La magistratura constitucional y su trascendente potestad dentro del Estado Constitucional puede posibilitar el desarrollo institucional democrático y los derechos de las personas o bloquearlos, de sus aspiraciones y valores dependerá en parte del destino jurídico del país por un lapso importante.

Véase: Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur”, *Ius et Praxis*, vol. 10, núm. 1, 2004, p. 115.

¹⁵⁵ Lo relativo a las designaciones está regulado en el artículo 269 de la CPRG.

¹⁵⁶ La nacionalidad de origen está regulada en el artículo 144 constitucional. Esa calidad que es reconocida a: “los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, naves y aeronaves guatemaltecos, los hijos de padres o madres guatemaltecos, nacidos en el extranjero. Se exceptúan los hijos de funcionarios diplomáticos y de quienes ejerzan cargos legalmente equiparados”. No obstante, también le es reconocida a los nacidos en las repúblicas que

reconocida honorabilidad y tener, por lo menos, quince años de graduación profesional¹⁵⁷.

Como funciones del tribunal constitucional, el artículo 272 de la CPRG establece las que se a continuación se transcriben:

- a) Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad;
- b) Conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República;
- c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268 [constitucional];
- d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia;
- e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado;
- f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad;
- g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial;
- h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad; e,
- i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República¹⁵⁸.

constituyeron la Federación de Centroamérica, que hayan adquirido su domicilio en Guatemala y que manifestaren ante autoridad competente su deseo de ser guatemaltecos.

¹⁵⁷ Los requisitos están regulados en el artículo 270 de la CPRG.

¹⁵⁸ El artículo 163 de la LAEPC es coincidente con el precepto constitucional transcrito.

El anterior listado da cuenta de las variadas atribuciones concedidas al tribunal constitucional guatemalteco y pone de manifiesto el peculiar trabajo que le corresponde. Con esto se reafirma lo indicado en el subinciso 4.2 de este capítulo, en cuanto a que las funciones de los órganos jurisdiccionales constitucionales en la actualidad no se ajustan a las designadas en el diseño doctrinario original y al primer ensayo de tribunal *ad hoc*.

Los mecanismos de control de constitucionalidad de disposiciones normativas que encuadran en las funciones antes indicadas serán objeto de estudio líneas adelante; para el efecto, serán clasificados en atención al momento en que puede instarse el examen.

5.4 Mecanismos de control de constitucionalidad que se activan previo a la vigencia de la disposición objeto de examen

La CPRG, promulgada en 1985, establece la posibilidad de realizar el examen de constitucionalidad de disposiciones normativas de forma previa a que esta adquiera observancia obligatoria; o sea que se ejerce de modo preventivo, con el fin de evitar la vigencia de un precepto que podría contravenir el texto constitucional y, consecuentemente, ocasionar daños. Esa función es competencia de la CC y puede ser activada únicamente a solicitud de los órganos expresamente facultados.

Una definición que describe con bastante acierto el control constitucional apriorístico, realizado en Guatemala, es la que proporciona Sierra González:

Es la potestad otorgada a los tribunales de justicia constitucional para que conozcan y se pronuncien, acerca de la compatibilidad con la Constitución de determinados textos normativos, antes de que éstos entren en vigencia. Es de tipo preventivo, porque persigue la finalidad de evitar que entren al ordenamiento jurídico normas inconstitucionales. Se actúa *a priori* para proteger el principio de supremacía, generalmente, antes de que finalice el proceso de sanción,

promulgación y aplicación de la ley¹⁵⁹.

Los mecanismos preventivos de constitucionalidad regulados en Guatemala son los dictámenes y las opiniones consultivas.

5.4.1 El dictamen

Este constituye un instrumento que tiene por objeto viabilizar el control preventivo, abstracto, obligatorio y vinculante de constitucionalidad de proyectos de reforma de leyes de rango constitucional¹⁶⁰.

Como quedó apuntado en líneas precedentes, este mecanismo es preventivo porque es activado antes que el cuerpo normativo sea sancionado y promulgado.

Se dice también que es abstracto, porque el examen se realiza sobre el contenido del proyecto de ley de carácter general, abstrayéndolo de cualquier circunstancia fáctica o a estimaciones sobre su conveniencia; ello implica que “[e]l análisis de constitucionalidad que es meritorio que el tribunal constitucional realice en este supuesto debe ser exactamente en los mismos términos que si se trata de una

¹⁵⁹ Véase: Sierra González, José Arturo, *op. cit.*, p. 159. Coincidentemente, el profesor Mejicanos se refiere a los mecanismos previos de control de constitucionalidad con las siguientes palabras:

Esta competencia se ejercita cuando la normativa a ser enjuiciada en un examen de constitucionalidad aún no está vigente. Usualmente, se desarrolla en el decurso del proceso de emisión de la norma, hasta antes de su sanción y publicación. Su finalidad es la de prevenir futuras inconstitucionalidades en preceptos normativos cuya vigencia se pretende por parte del órgano emisor de éstos.

Para mayor abundamiento, véase: Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, “La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. I, 2010, p. 243.

¹⁶⁰ En Guatemala son consideradas como *leyes de rango constitucional*, o simplemente *leyes constitucionales*, los cuerpos normativos aprobados por la ANC y que regulan, de forma complementaria, una materia íntimamente ligada al texto constitucional. Dentro de esta categoría se encuentran: (a) la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad –LAEPC–; (b) la Ley Electoral y de Partidos Políticos –LEPP–; (c) la Ley de Orden Público –LOP–; y (d) la Ley de Emisión del Pensamiento –LEP–.

Inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general”¹⁶¹. De lo contrario, “podría ensayar valoraciones de conveniencia política que claramente rebasan su misión natural como garante del orden constitucional”¹⁶².

Igualmente, el mecanismo de control tiene carácter obligatorio porque la CPRG y las leyes de la materia le reconocen ese carácter; en tal sentido el CR no puede eludir esa fase del proceso de reforma de una ley constitucional. A la vez, es vinculante porque el pronunciamiento que emite la CC no puede ser objeto de desatención por el CR, o sea que debe estar a lo decidido por dicho tribunal.

La obligatoriedad a que se ha hecho referencia está regulada en:

- a) el artículo 175, segundo párrafo, de la CPRG que dispone: “Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad”; también en el artículo 272, literal i), del Supremo Texto que dispone, como función de la CC: “...dictaminar [...] de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República”;
- b) la LAEPC, en su artículo 164, regula como “[o]tras funciones de la Corte de Constitucionalidad: a) Dictaminar sobre la reforma de las leyes constitucionales previamente a su aprobación por parte del Congreso...”; ese artículo se complementa con el 163, literal i), que establece la función de “dictaminar” como propia del tribunal constitucional guatemalteco; y
- c) el artículo 123 de la Ley del Organismo Legislativo, que refiere: “Cuando se discuta un proyecto de ley que proponga reformas a las leyes constitucionales, después de tenerlo por suficientemente discutido en su

¹⁶¹ Morales Bustamante, Alejandro, “Aproximación al origen, rasgos y evolución del actual sistema de justicia constitucional guatemalteco”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. I, 2010, p. 211.

¹⁶² *Loc. cit.*

tercer debate, deberá recabarse el dictamen de la Corte de Constitucionalidad. Cuando en la discusión por artículos se presenten enmiendas al texto del proyecto de ley, dichas enmiendas deberán igualmente dirigirse a la Corte de Constitucionalidad para su opinión...”¹⁶³.

Al ser suficientemente abordado el mecanismo de control en los párrafos precedentes, se concluye su estudio con una definición de la autoría del tesista, sosteniendo que el dictamen constitucional guatemalteco “constituye un mecanismo directo, abstracto, preventivo y vinculante de control de constitucionalidad, por medio del cual la Corte de Constitucionalidad se pronuncia sobre la constitucionalidad de proyectos de reforma de leyes de rango constitucional, a instancia del Congreso de la República”¹⁶⁴.

5.4.2 La opinión consultiva

Este es un instrumento que viabiliza el control de constitucionalidad de diversas cuestiones que generen duda a los consultantes, que únicamente pueden ser los tres organismos del Estado. Dentro de tales cuestiones, puede realizarse consulta a fin de obtener opinión sobre la legitimidad constitucional de tratados y convenios internacionales, así también de proyectos de ley, antes de su entrada en vigencia.

Cuando se efectúa el planteamiento para motivar el examen preventivo de

¹⁶³ En el dictamen de 11 de julio de 2014 (Exp. 5352-2013), sobre el proyecto de decreto que dispone aprobar reformas a la LEPP, Decreto 1-85 de la ANC, se dejó constancia que la remisión, por parte del CR a la CC, se realizó en observancia de los mandatos contenidos en los artículos relacionados. Véase:

...al estimar que el proyecto había sido suficientemente discutido, aprobó el Acuerdo 5-2013, mediante el cual dispuso su remisión a la Corte de Constitucionalidad, a fin de que se emita el dictamen correspondiente, como requisito para aprobar reformas a las leyes calificadas como constitucionales, de conformidad con los artículos 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 123 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto 63-94.

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/825943.5352-2013.pdf>

¹⁶⁴ Salguero Salvador, Geovani, *El control de constitucionalidad de las normas jurídicas*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2010, p. 234. En el texto referido el tesista expuso por primera vez la definición transcrita; posteriormente, se replicó en trabajo homónimo publicado en: *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. II, 2011, p. 405.

constitucionalidad sobre instrumentos normativos internacionales o de proyectos de ley, este debe ser realizado de forma abstracta, o sea abstrayendo el objeto de control de situaciones fácticas y absteniéndose de valoraciones de conveniencia política. De esa manera, el examen tendría que realizarse al igual que con las solicitudes de inconstitucionalidad, pero con antelación. A juicio del tesista, ese es el mecanismo idóneo de control para esas fuentes normativas de Derecho Internacional Público.

La opinión consultiva está regulada en los siguientes artículos:

- a) el 272 de la CPRG, que establece como función de la CC: "...e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado; [...] h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad; i) [...] opinar [...] de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República"; y
- b) el 163 de la LAEPC, en cuyas literales e), h) e i) establece idénticas funciones a las que se hacen relación en el texto transcrito en la literal anterior; así también el artículo 171 de la ley mencionada dispone que la facultad de formular esas solicitudes corresponde a: "el Congreso de la República, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia"¹⁶⁵.

Derivado de la forma como está regulado el instrumento de control constitucional el autor del presente trabajo aporta la siguiente definición:

La opinión consultiva constituye un mecanismo facultativo y preventivo de control

¹⁶⁵ En la opinión consultiva de 24 de marzo de 2010 (Exp. 371-2010), pronunciada en ocasión de haberse examinado un veto presidencial, respecto del Decreto 38-2009 del CR, por el cual se pretendió reformar la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Turismo, Decreto 1701 del CR, se dejó constancia que el pronunciamiento se requería, en razón de lo establecido en los enunciados normativos citados. Véase:

Dentro de estas funciones, según lo establecido en los artículos 272, inciso h), de la Constitución y 163, inciso h), de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, está la de emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Organismo Ejecutivo alegando inconstitucionalidad.

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/808321.371-2010.pdf>

de constitucionalidad, por medio de la cual la Corte de Constitucionalidad emite pronunciamiento con respecto a constitucionalidad de determinados asuntos, sean de naturaleza normativa o fáctica, planteados por los órganos estatales específicamente facultados –el Congreso de la República, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia–¹⁶⁶.

5.5 Mecanismos de control de constitucionalidad que se activan durante la vigencia de la disposición objeto de examen

Primeramente se trae a cuenta que en el numeral 5.4 de este capítulo y sus respectivos subincisos se hizo relación de los mecanismos de revisión constitucional que operan previo a la vigencia de la disposición normativa objeto de examen; debe tenerse presente que aquellos son la excepción a la regla, dado que, en esencia, los modelos de control de constitucionalidad fueron diseñados para ser activados cuando la disposición estuviere vigente y, por ende, ya estuviere causando efectos por su observancia obligatoria.

Como mecanismos que se activan durante la vigencia de la disposición objeto de examen fueron reguladas las inconstitucionalidades, tanto la modalidad directa, como la indirecta¹⁶⁷, las cuales serán objeto de estudio en los siguientes incisos.

¹⁶⁶ Esta definición es propia del autor del presente trabajo y fue expuesta por primera vez en el texto *El control de constitucionalidad...*, *cit.*, p. 224; En el texto referido el tesista expuso por primera vez la definición transcrita; posteriormente, fue replicada en trabajo homónimo publicado en: *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. II, 2011, p. 400.

¹⁶⁷ El artículo 10 de la LAEPC establece la posibilidad de promover excepcionalmente solicitudes de amparo contra disposiciones normativas. Se dice esto en virtud que los contenidos en las literales b) y d) que respectivamente establecen que puede solicitarse amparo, “[p]ara que se declare en casos concretos que **una ley, un reglamento**, una resolución o acto de autoridad, no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por cualquiera otra ley” [el énfasis es añadido]; y “[c]uando la autoridad de cualquier jurisdicción **dicte reglamento**, acuerdo o resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales, o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio...” [el énfasis es añadido]. La CC ha aceptado escasamente para su trámite este tipo de amparos, sujetándolos a que la disposición que se objeta tenga alcances particulares o individualizados; ejemplo de ello es el fallo del 28 de agosto de 1996 (Exp. 892-95). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/790775.892-95.pdf>

5.5.1 La inconstitucionalidad indirecta

Esta modalidad de inconstitucionalidad es denominada, tanto en el magno texto como en la ley procesal constitucional, de una manera singular: *inconstitucionalidad de ley en caso concreto*. En el desarrollo del presente trabajo se hará uso indistinto de la denominación que intitula este inciso o la que usan los cuerpos normativos locales.

El relato realizado en el abordaje del origen y evolución de la judicatura de lo constitucional en Guatemala –inciso 5.1 de este capítulo– pone de manifiesto que la regulación de este mecanismo procesal en la Constitución de 1985 no es una novedad, ya que sus cimientos suelen ser encontrados en disposiciones que fueron emitidas en el siglo XIX. No obstante, sí es inédito que haya establecido en el artículo 266 que podrá ser promovida “en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, [así] las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley¹⁶⁸”.

Con la actual regulación, las partes de un proceso jurisdiccional de naturaleza ordinaria pueden plantear una excepción –mecanismo de defensa de la parte demandada– o un incidente –controversia paralela al asunto principal– motivada por la supuesta inconstitucionalidad de la disposición normativa con la cual tendría que decidirse el conflicto jurídico; igualmente, el planteamiento puede formularse como acción –o sea, sin que preexista un expediente judicial formado–. En estos casos, el juez ordinario asume extraordinariamente el carácter constitucional para realizar el examen pretendido y orientar la selección adecuada de la disposición normativa con la cual resolver el caso; ello deberá ser practicado antes de emitir la

¹⁶⁸ El artículo 116 de la LAEPC replica el contenido de ese precepto constitucional, al establecer:

En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.

decisión final o sentencia¹⁶⁹.

Es manifiesto, entonces, que la Constitución vigente deja bien definidos los conductos para motivar el examen de constitucionalidad, lo cual no tenía esa claridad en la regulación que le precedió.

De conformidad con las notas características de ese instituto jurídico procesal en el ordenamiento guatemalteco, el tesista propone definir a la inconstitucionalidad en caso concreto como **el mecanismo procesal por el cual cualquiera de las partes que interviene en un proceso jurisdiccional de naturaleza ordinaria puede motivar el examen de constitucionalidad de la disposición normativa con la que deducen que se resolverá el conflicto jurídico, a fin de que si no se encontrare ajustada a la Constitución, no se concrete su aplicación.**

Dado que el presente trabajo se ha focalizado en el estudio de los fallos atípicos emergidos en la modalidad concentrada de control de constitucionalidad, el abordaje de las inconstitucionales indirectas se ha realizado sin el objetivo de hacerse en forma exhaustiva, sino sobre la base de aspectos generales.

5.5.2 La inconstitucionalidad directa

El texto constitucional –artículo 267– denomina *inconstitucionalidad de las leyes de carácter general* al instituto jurídico procesal que es objeto de estudio en el presente capítulo; por su parte, la LAEPC se refiere a este como *inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general*.

¹⁶⁹ Lo referente a la selección adecuada de disposiciones normativas para resolver los casos concretos es uno de los elementos medulares de la siguiente definición. Véase:

Es un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto garantizar la adecuación de las leyes a la Constitución, mantener la preeminencia de ésta sobre toda otra norma, orientar la selección adecuada de normas aplicables a los casos concretos, impidiendo la aplicación de normas no concordes con los preceptos constitucionales.

Véase: Ordóñez Reyna, Aylín, “La Jurisdicción Constitucional en Guatemala”, *Revista Jurídica*, núm. III, 2001, p. 104.

Resulta claro que la denominación utilizada en esos cuerpos normativos atiende más que todo al tipo de disposiciones normativas que son objeto de examen: las que vinculan a la generalidad de personas.

También suele ser llamado *inconstitucionalidad directa o abstracta*; lo primero, porque el mecanismo es promovido directamente ante el tribunal constitucional –la CC, que es la única competente– y no precisa de la preexistencia de relación jurídica alguna entre quienes lo instan y el objeto de examen; así también, es directa por los efectos *erga omnes* que conlleva. El carácter abstracto obedece a que el control correspondiente debe ser realizado independientemente de cualquier circunstancia fáctica relativa a su aplicación; ello es así dado que lo que se atacan son vicios que residen en la propia disposición normativa.

La precisión de los puntos anteriores pone de manifiesto que es correcto denominar a la garantía constitucional con cualquiera de los sustantivos referidos; por ello, en el decurso del presente trabajo, se hará uso indistinto de estos¹⁷⁰.

Con el propósito de definir el mecanismo procesal, se evocan definiciones aportadas por juristas guatemaltecos, las cuales lo retratan sobre la base de las características de la regulación local. En ese sentido, la jurista guatemalteca Ordóñez Reyna define la inconstitucionalidad general como:

[G]arantía constitucional que permite a toda persona individual o jurídica denunciar la disconformidad existente entre la Constitución Política de la República y una norma de inferior jerarquía, solicitando en consecuencia la nulidad de esta última, a efecto de mantener la supremacía constitucional¹⁷¹.

¹⁷⁰ Intencionalmente se ha omitido hacer uso de la denominación *recurso de inconstitucionalidad*, en virtud que en el foro guatemalteco no es bien recibida esa designación, por no corresponder a su verdadera naturaleza, dado que su esencia no concierne a la de un medio de impugnación, porque no se genera ninguna actuación incidental dentro de proceso alguno instaurado.

¹⁷¹ Véase: Ordóñez Reyna, Aylín, *op. cit.*, p. 105. De forma coincidente, aunque de manera más extensa, Mejicanos Jiménez postula:

Con el propósito de ensayar una definición propia sobre lo que es la acción procesal constitucional de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, diremos que por medio de esta se materializa el derecho que le asiste a toda persona legitimada por la ley, de pretender que un

Para el tesista, la inconstitucionalidad directa, general o abstracta **es un mecanismo procesal de control constitucional, por el cual los sujetos a los que la ley procesal les reconoce capacidad para el efecto instan al tribunal constitucional la realización de examen de constitucionalidad de los enunciados normativos de alcance general, de cuya legitimidad constitucional dudan, a fin de que, si no se encontraren ajustados a la Constitución, se produzca su expulsión del ordenamiento jurídico –salvo que, por vía interpretativa, se ajuste su contenido al Supremo Texto–, y se restablezca la supremacía constitucional.**

El cotejo de la definición anterior y la aportada con relación a la inconstitucionalidad indirecta deja entrever las diferencias de las dos modalidades de control –el órgano encargado de realizarlo y los efectos de la declaratoria–.

5.5.2.1 Pretensión

De conformidad con el artículo 140 de la LAEPC, cuando se emita una sentencia estimatoria que declare la inconstitucionalidad de las disposiciones normativas examinadas, “éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional”.

Al entender que el objeto de la promoción de la garantía constitucional es lograr un fallo que resuelva con lugar el planteamiento, se afirma que la pretensión que la motiva es que la ley, reglamento o disposición de carácter general cuestionada –o bien la parte específicamente objetada– sea expulsada del ordenamiento jurídico, en razón de los vicios total o parcial, de formación o de fondo que presente. De

tribunal constitucional declare la existencia de inconstitucionalidad de preceptos normativos de alcance general, una vez advertido que en éstos concurre, de manera total o parcial, vicio de inconstitucionalidad, acaecido, bien en el procedimiento de formación de la normativa impugnada, o bien, en el contenido de la regulación que se pretende en esta última; y se proceda a la expulsión de la normativa exequible del ordenamiento jurídico nacional, en resguardo del principio de supremacía constitucional.

Mejicanos Jiménez, Manuel, *op. cit.*, p. 245.

esa manera, el efecto derogatorio repercutirá no solo en el interponente sino en toda la población del Estado.

No obstante lo anterior y en razón del tema central de esta investigación, es pertinente resaltar que el iusconstitucionalismo contemporáneo ha sido receptivo de modalidades especiales de fallos, que rebasan la clasificación tradicional que los divide en estimatorios y desestimatorios y que, muchas veces, son la consecuencia directa de solicitudes inusuales que pretenden interpretaciones del tribunal o de exhortaciones al órgano emisor de la disposición normativa. Por tal motivo, en el proceso de producción de sentencias debe guardarse especial cuidado a este tipo de peticiones para dar una respuesta debida a las necesidades expuestas.

5.5.2.2 Sujetos legitimados

Los sujetos a los que el artículo 134 de la LAEPC reconoce legitimación para plantear la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general son los siguientes¹⁷²:

- a) La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente;
- b) El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación [ahora Fiscal General de la República]¹⁷³;
- c) El Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o

¹⁷² Según Mejicanos, la legitimación para proponer un planeamiento de inconstitucionalidad abstracta, regulada en la ley procesal constitucional, es aquella que en doctrina procesal moderna se denomina *legitimación extraordinaria*, ya que en esta el pretensor no puede afirmar que sólo a él le asiste la titularidad del derecho. Véase: *Ibidem*, p. 24.

¹⁷³ Como consecuencia de la reforma constitucional producida en 1993, se creó el cargo de Fiscal General de la República –artículo 251 constitucional– y se estableció que a él le corresponde la calidad de Jefe del Ministerio Público. Al entrar en vigor la citada reforma, se suscitó confusión con relación a si la legitimidad señalada en el artículo 134, inciso b, de la LAEPC corresponde al Procurador General de la Nación o al referido Fiscal General; ello quedó clarificado en el ACC de 5 de marzo de 1997 (Exp. 53-97) –no disponible en línea–, en el que se precisó que la competencia le era reconocida al último.

disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia¹⁷⁴;

d) Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos¹⁷⁵.

El último inciso permite advertir del reconocimiento de acción popular para promover el control de constitucionalidad abstracto, lo que no es usual que ocurra¹⁷⁶, ya que en la mayoría de Estados lo normal es que la legitimación solo es reconocida a algunos órganos o funcionarios públicos, tal como en España, en la que el artículo 162.1, solo reconoce la facultad para interponer “recursos de inconstitucionalidad” al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a cincuenta diputados, o cincuenta senadores, los órganos ejecutivos colegiados – gobiernos– de las comunidades autónomas y, en su caso, las asambleas legislativas de estas.

Respecto de la conveniencia de reconocer legitimación a cualquier persona para promover inconstitucionalidades generales, tal como lo hace la ley procesal guatemalteca, ha de indicarse que conlleva una suerte de democratización del

¹⁷⁴ Debe tenerse presente que el Procurador de los Derechos Humanos se encuentra legitimado para promover inconstitucionalidades generales; sin embargo, debe acreditar un interés legítimo para instarlas, ya que la ley procesal constitucional establece que puede solicitar el examen de constitucionalidad para disposiciones jurídicas de carácter general que afecten intereses de su competencia. Es el único caso en el que existe obligación de una acreditación semejante.

¹⁷⁵ El requisito relativo al auxilio de tres abogados colegiados activos es generador de debates en el foro local; especialmente se ha discutido si lo pretendido es propiciar un planteamiento técnico que cumpla con todas las exigencias formas y de fondo o si, por el contrario, la pretensión es establecer un valladar que impida la promoción indiscriminada de la garantía constitucional. Lo cierto es que la posibilidad de que los particulares planteen acciones de inconstitucionalidad general es aparejada a legitimación popular, lo que no ocurre en otros sistemas.

¹⁷⁶ Al emitir la SCC de 5 de agosto de 2014 (Exp. 1052-2013), la CC hace referencia a que los límites a que están sujetos los planteamientos de inconstitucionalidades directas, los que, comparándolos con otros Estados, los considera mínimos. Véase lo expresado:

Es necesaria la comprensión de los límites impuestos por la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en el artículo 135, que exige en el planteamiento de una acción que pretenda la expulsión del ordenamiento político-jurídico de determinadas normas imperantes en el país, que la parte interesada cumpla con la condición –en realidad mínima– de expresar en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación. Se dice mínima, porque el sistema guatemalteco, comparado con los contralores de validez constitucional establecidos en otros países, es de suyo sumamente abierto, al permitir la acción popular (el postulante no necesita acreditar el interés propio del asunto), tampoco lo sujeta a plazo ni a prerrequisito de ninguna naturaleza, solamente pide el patrocinio de por lo menos tres abogados (cuestión que tiene relación con la obligación del razonamiento jurídico) y la multa a imponer, cuando procede, es de una cuantía que de ninguna manera reprime el uso de una acción de efectos trascendentes...

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/828054.1052-2013.pdf>

acceso a la garantía constitucional; no obstante, según Sierra González, ello supone peligros que deben ser evitados. Concretamente, refiere que la razón de limitar la legitimación ha radicado, fundamentalmente, en el “peligro que acompaña a la acción popular de la multiplicación de acciones temerarias que pudieran generar problemas graves para la seguridad jurídica, la estabilidad legislativa, y en general, la gobernabilidad de una nación”¹⁷⁷.

Si bien podrían ocurrir riesgos como los que refiere el profesor Sierra González, lo cierto es que en Guatemala la posibilidad de que los particulares promuevan inconstitucionalidades directas ha propiciado mayor dinamismo en la labor de control de constitucionalidad de las disposiciones normativas, pues de ese segmento proviene la gran mayoría de planteamientos.

5.5.2.3 Presupuestos procesales de viabilidad

Con el sustantivo que da título al presente apartado son conocidos los requisitos o condiciones cuyo cumplimiento es ineludible para viabilizar el examen de fondo respecto de la cuestión constitucional planteada. Para el caso de las inconstitucionalidades directas, tales presupuestos son tres: (a) el señalamiento puntual de la disposición normativa cuestionada, la cual debe gozar de generalidad y vigencia; (b) la indicación del precepto constitucional que se estima violado; y (c) la tesis argumentativa del promotor de la inconstitucionalidad.

Cada uno de estos requisitos será abordado en los incisos subsiguientes.

¹⁷⁷ Sierra González, José Arturo, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

5.2.2.3.1 Señalamiento de la disposición normativa infraconstitucional, general y vigente cuestionada

Al instar el control directo de constitucionalidad, el solicitante debe señalar puntualmente la ley ordinaria, reglamento o disposición de carácter general que cuestiona –o la parte correspondiente–, a fin de viabilizar la realización del examen requerido. En caso de no realizar la indicación o que el precepto no goce de las características de generalidad y vigencia, puede ser obviado el análisis de fondo pretendido –salvo que ocurra lo indicado en el párrafo tercero de este apartado–.

Lo expuesto en el párrafo precedente es congruente con lo regulado en el artículo 12, inciso d), del AC 1-2013 –que contiene disposiciones reglamentarias y complementarias a la ley procesal constitucional–, el cual dispone, como requisito de toda solicitud de inconstitucionalidad general, el señalamiento de la “[n]ormativa contra la que se promueve la denuncia de inconstitucionalidad”.

Resulta obvio que, como presupuesto de viabilidad de una inconstitucionalidad directa, se exija la indicación de una disposición normativa general y vigente para activar el mecanismo de control, ya que si no es así no se contaría con el objeto de examen. No obstante, el esquema varía cuando el cuestionamiento es dirigido contra alguna omisión absoluta contraventora de la CPRG, pues, en ese caso, operaría una excepción a la regla, porque habría imposibilidad de cumplir con ese requisito¹⁷⁸.

Las características que se exigen de una disposición normativa serán objeto de análisis, *grosso modo*, en las literales subsiguientes:

¹⁷⁸ La CC ha evolucionado en la exigencia estricta del cumplimiento de ese requisito, ya que, con anterioridad, se rechazaban planteamientos de inconstitucionalidad por omisión absoluta, en los que lógicamente se obviaba el señalamiento de la disposición normativa cuestionada. Ello ocurrió en el ACC de 2 de marzo de 2009 (Exp. 63-2009) –no disponible en línea–, en el que el promotor de la acción pretendía obtener, del Tribunal Constitucional, la declaratoria que obligara al órgano legislativo a emitir normativa omisa, cuya promulgación esté ordenada expresamente en el artículo 70 la Constitución Política de la República. Como será visto al abordar la inconstitucionalidad por omisión en el siguiente capítulo, ello ya ha sido superado.

a) **Infraconstitucionalidad.** Esta condición supone que la disposición contra la que puede ser dirigido un planteamiento de inconstitucionalidad directa debe ser de las que poseen una jerarquía inferior al cuerpo normativo fundamental; ello tiene sentido, dado que resultaría un oxímoron pretender que se declare inconstitucional lo que esencialmente es constitucional. Así las cosas, “[s]ólo pueden estimarse inválidas aquellas disposiciones que, siendo inferiores en la escala kelseniana, contradigan el texto constitucional”¹⁷⁹. Debe tenerse presente que en otros sistemas jurídicos han sido viables los planteamientos de inconstitucionalidad contra preceptos que forman parte del magno texto, ya sea por considerar que alguna restricción, establecida en un artículo, contradice un derecho preponderante, reconocido en otro o, bien, porque las disposiciones que son producto del trabajo del poder constituyente derivado sobrepasan los límites impuestos por el constituyente originario¹⁸⁰. A diferencia de otros Estados, en Guatemala ha quedado excluida la posibilidad de enjuiciar la constitucionalidad de parte alguna del cuerpo normativo constitucional, bien sean producto de reformas o no¹⁸¹. Consideración especial tienen las leyes de rango constitucional, respecto de las cuales sí se ha aceptado la

¹⁷⁹ Morales Bustamante, Alejandro, *op. cit.*, p. 195.

¹⁸⁰ En el sistema de guatemalteco quedan excluidas de examen de constitucionalidad los preceptos que forman parte de la CPRG, así se estableció en ACC de 24 de agosto de 2006 (Exp. 2269-2006) –no disponible en línea–. Véase un fragmento de ese pronunciamiento:

Pretender, y aun peor, declarar una inconstitucionalidad de lo constitucional implicaría una crítica tensión social por sostener una paradoja u oxímoron destructor de la seguridad jurídica que el concepto de supremacía implica. Contravendría la lógica de lo razonable la aceptación de que una norma constitucional estaría en capacidad de derogar otra de la misma naturaleza. En un supuesto como el planteado, se violarían los artículos 44, 175 y 204 de la CPRG. Orgánicamente ha quedado establecida la separación del poder constituyente del poder constituido, al punto que los principios de supremacía y rigidez que informan al sistema preservan la voluntad popular, democrática, expresada por medio de su legislador constitucional. Esta Corte –como parte del poder constituido– no tiene, como tampoco la tendría ningún otro Tribunal, jurisdicción para enjuiciar a la Constitución...

¹⁸¹ Tal el caso de Costa Rica, en el que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emitió la sentencia Res: 2003-02771, de 4 de abril de 2003 (Exp. 02-005494-0007-CO), en la que la procedencia del planteamiento derivó precisamente de estimar ilegítima una reforma constitucional que prohibía la reelección presidencial. Véase texto completo de la sentencia en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=236027&tem1=¶m7=&strTipM=T&IResultado=2

posibilidad de cuestionar por vía de inconstitucionalidad general las disposiciones que son producto de reformas¹⁸².

- b) **Generalidad.** Al respecto, debe tenerse presente que una de las características que debe gozar la disposición normativa objeto de examen abstracto de constitucionalidad es la *generalidad*, lo cual significa que el precepto que es cuestionado debe ser general o común a todos los que conforman el Estado, o a muchos de ellos¹⁸³. Con ello se excluyen las disposiciones dirigidas a un sujeto o segmento poblacional específico¹⁸⁴. Al recordar que la CPRG, en su artículo 267, refiere que las acciones de inconstitucionalidad pueden ser planteadas contra “leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general”¹⁸⁵, es preciso clarificar que en la práctica

¹⁸² Especial distinción merecen las leyes con rango constitucional, respecto de las cuales el tribunal constitucional se ha pronunciado en cuanto a que es improcedente instar el examen de constitucionalidad de una ley de rango constitucional si esta fue dictada por quienes ejercieron el poder constituyente (en ese sentido fue resuelto en sentencias de 12 de marzo de 2006 y de 22 de julio de 2009 [Exps. 300-95 y 1376-2009]); no obstante, si el precepto del cual se solicita examen es producto de una reforma legal acordada en el CR –poder constituido–, no habría obstáculo para realizar tal examen. Los textos de los fallos evocados se encuentran disponibles en: <http://138.94.255.164/Sentencias/791788.300-95.pdf> y <http://143.208.58.124/Sentencias/809692.1376-2009.pdf>

¹⁸³ Cuando la disposición tiene un destinatario determinado, otro es el conducto para objetar su constitucionalidad, tal como se indicó en la nota al pie de página que aparece en el apartado 5 del capítulo III. Ejemplo de ese tipo de disposiciones son los acuerdos gubernativos relacionados con contrataciones de servicios públicos que el Estado celebra con determinados sujetos.

¹⁸⁴ Maldonado Aguirre refiere que el hecho que las disposiciones cuestionadas deban ser generales constituye la primera fuente de preocupación del juez constitucional, por la incidencia del examen y, “en particular, porque la materia de la que se tiene que ocupar es aquella que, por su naturaleza, afecta a toda la comunidad a la que pertenece su jurisdicción”. El autor complementa el fragmento transcrito con lo siguiente:

Circunscritos solo a las impugnaciones de inconstitucionalidades de leyes, los asuntos que se conocen tienen relación con grandes sectores de la población, por no decir que en algunos casos afectan a la totalidad, como son los que se refieren al medio ambiente, la minería y la explotación de recursos hídricos, la educación sexual en las escuelas, la igualdad de género y de condición étnica, las negociaciones de paz, la legitimidad de lo negociado en convenciones internacionales, la integración económica en el marco de la globalización, las reformas a leyes orgánicas constitucionales y un largo etcétera.

Véase: Maldonado Aguirre, Alejandro, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸⁵ La posibilidad de cuestionar disposiciones normativas distintas a leyes fue concebida en el diseño kelseniano; ello se afirma, dado que el jurista austriaco propuso:

La competencia de la jurisdicción constitucional no debe limitarse al control de la constitucionalidad de las leyes. Debe extenderse, primeramente, a los reglamentos que tienen fuerza de ley, actos inmediatamente subordinados a la Constitución y cuya regularidad consiste exclusivamente, –la se ha indicado [sic]– en su constitucionalidad. Entre estos reglamentos se encuentran, principalmente, los reglamentos llamados “autónomos”...

no ha suscitado mayores dificultades determinar la generalidad de los dos primeros tipos de disposiciones mencionadas. No obstante, ha de afirmarse que sí se han presentado problemas prácticos para determinar qué es lo que se ajusta a la categoría *disposiciones de carácter general* y, por ende, si efectivamente un enunciado que se examina goza de generalidad. Quizá ello sea consecuencia de que no exista un modelo unívoco de estas. A manera de ejemplo, se trae a cuenta que el tribunal constitucional ha estimado que esa calidad ha sido atribuida a instrumentos tan disímiles como algunas resoluciones emitidas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica¹⁸⁶, formularios impositivos¹⁸⁷ o, inclusive, circulares que contienen instrucciones generales¹⁸⁸.

- c) **Vigencia.** Además de ser necesario que la disposición normativa contra la que se dirige el planteamiento de inconstitucionalidad sea general, se precisa que goce de vigencia. Ello encuentra sentido en el hecho que la pretensión del solicitante es que, al determinarse su ilegitimidad constitucional, sea expulsada del ordenamiento jurídico; en tal virtud, lógico es que la disposición objeto de examen deba estar vigente. En virtud de lo expuesto, se excluyen de examen de constitucionalidad abstracta a las disposiciones que no han adquirido vigencia –tal como las que aún se encuentran en período de *vacatio legis*–, así también las que estuvieren derogadas¹⁸⁹.

Véase: Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 494 y 495.

¹⁸⁶ Véase SCC de 9 de junio de 2004 (Exp. 2189-2003). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835913.2189-2003.pdf>

¹⁸⁷ Véase SCC de 12 de septiembre de 1988 (Exp. 192-88). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791672.192-88.pdf>

¹⁸⁸ Véase SCC de 19 de enero de 2011 (Exp. 3458-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815994.3458-2010.pdf>

¹⁸⁹ Un ejemplo de la inviabilidad de la inconstitucionalidad general contra disposiciones normativas no vigentes se constata en los cuestionamientos que fueron dirigidos al Código Procesal Penal durante su prolongado período de *vacatio legis*. Muestra de ello es el ACC de 27 de enero de 1993 (Exp. 3-93) –no disponible en línea–.

5.5.2.3.2 Indicación del precepto constitucional que se estima violado

Para viabilizar el examen jurisdiccional de constitucionalidad de una disposición normativa es preciso que se realice indicación puntual del precepto constitucional que se estima vulnerado, o de varios de estos si fuere el caso. Ello resulta necesario, porque si no se formula tal precisión no sería posible realizar la confrontación que ese examen conlleva¹⁹⁰.

El incumplimiento de este presupuesto procesal no es habitual, ya que por elemental lógica se entiende que la promoción de una inconstitucionalidad general deriva de creer violado un precepto normativo fundamental, lo cual suele ser plasmado en las respectivas solicitudes. No obstante, el hecho que se señale como lesionada alguna disposición que carece de esa fundamentalidad y que, por ende, no puede ser parámetro de constitucionalidad –como el caso de una ley ordinaria–, ha derivado en que el tribunal constitucional tenga por inobservado ese requisito¹⁹¹.

Durante mucho tiempo CC sostuvo reiteradamente que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tampoco podían ser parámetros de constitucionalidad, pese a que el artículo 46 del magno texto le reconoce preeminencia sobre el derecho interno¹⁹². Esto fue superado al acoger la doctrina sobre el bloque de constitucionalidad, lo cual es abordado en las líneas subsiguientes.

¹⁹⁰ La CC se ha abstenido de realizar el examen pretendido debido a la omisión de señalamiento de algún precepto constitucional que se estima violado; ejemplo de ello es la SCC de 18 de septiembre de 1995 (Exp. 167-95). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791767.167-95.pdf>

¹⁹¹ La CC se ha pronunciado sobre la inviabilidad del examen pretendido en una inconstitucionalidad general, al haberse denunciado la violación de una disposición ordinaria; ejemplo de ello es la SCC de 6 de septiembre de 2006 (Exp. 506-2006). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807730.506-2006.pdf>. En igual sentido se ha pronunciado cuando se ha señalado violación a una ley constitucional, tal como la LAEPC, la cual es ajena al texto constitucional, a pesar de ser creación del poder constituyente; ejemplo de ello es la SCC de 6 de febrero de 2002 (Exp. 74-2001). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/792003.74-2001.pdf>

¹⁹² Como ejemplo, véase la SCC de 18 de noviembre de 2002 (Exp. 1555-2001). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/792030.1555-2001.pdf>

5.5.2.3.2.1 El bloque de constitucionalidad

Como quedó apuntado anteriormente, durante los primeros años de su existencia, el tribunal constitucional guatemalteco sostuvo la inviabilidad del planteamiento que señalara como parámetro de constitucionalidad algún texto que no fuera parte del *corpus* constitucional. Esa posición ha variado con respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, respecto de los cuales se ha pronunciado en el sentido que, si bien no forman parte del texto constitucional, sí regulan asuntos propios de esa materia, por lo que se les considera parte del *bloque de constitucionalidad*.

El fallo hito respecto del acogimiento de la tesis del bloque de constitucionalidad es el dictado el 17 de julio de 2012, en el que con gran claridad se estableció:

[P]or vía de los artículos 44 y 46 citados, **se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad** como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. **El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno.** Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la

competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquél¹⁹³ [el énfasis es añadido].

Derivado de lo antes expuesto, se concluye que es presupuesto para viabilizar el control de constitucionalidad, por conducto de la inconstitucionalidad directa, el señalamiento del precepto fundamental que se estime violado o, en su caso, del instrumento jurídico internacional integrante del bloque de constitucionalidad. Téngase presente, lo sostenido en el numeral 3.3.1 de este capítulo, con relación a que examinar si una disposición normativa interna se ajusta a los cánones de un tratado internacional en materia de derechos humanos conlleva la realización del control mismo de constitucionalidad.

5.5.2.3.3 Tesis del promotor de la inconstitucionalidad

Este requisito de ineludible cumplimiento se refiere al razonamiento que el solicitante de la inconstitucionalidad debe aportar y sobre el cual el tribunal constitucionalidad deberá practicar el examen pretendido.

Esta exigencia encuentra respaldo en lo establecido en el artículo 135 de la LAEPC que refiere que la petición de inconstitucionalidad se hará: “expresando en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación”, así también en el artículo 12, literal f), del AC 1-2013, que dispone como requisito de toda solicitud de inconstitucionalidad general la expresión del “[f]undamento jurídico que invoca el solicitante como base de la inconstitucionalidad, en el que deberá expresar, en capítulo especial, en forma separada, razonada y clara, los motivos jurídicos en que descansa la denuncia”.

Al ser una herramienta central para el examen de constitucionalidad de disposiciones normativas, de la fortaleza y acierto de la tesis dependerá el sentido

¹⁹³ SCC de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>

del fallo que se emita; igualmente, la calidad del pronunciamiento será la consecuencia, en gran medida, del análisis que aporte el solicitante.

Con relación a cómo debe ser realizado el razonamiento, Pinto Acevedo expresa, en líneas muy generales, lo que debe contener “[e]l análisis para establecer la incompatibilidad entre la ley y la Constitución debe ser eminentemente jurídico, sin substituir el criterio del legislador sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones tomadas...”¹⁹⁴.

Como se vio en líneas anteriores, la generosa regulación procesal constitucional guatemalteca posibilita la promoción de acciones de inconstitucionalidad de parte de cualquier persona; esto da pie a que muchas veces la real motivación puede ser encontrada en intereses personales, luchas y pulsos de intereses económicos o políticos, mas no en el genuino interés por preservar el principio de supremacía constitucional; por tal razón, la exigencia de aportar una tesis confrontativa en la que se exprese en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa la impugnación encuentra sentido¹⁹⁵.

El contenido técnico jurídico del razonamiento en que se apoye el planteamiento de inconstitucionalidad dependerá del tipo de vicios que se señalen como razones para la invalidación de la disposición objeto de análisis. Sobre esto se hará referencia en los incisos subsiguientes.

¹⁹⁴ Pinto Acevedo, Mynor, *op. cit.*, p. 49. En sentido semejante a lo postulado por el citado jurista, Morales Bustamante postula:

El análisis confrontativo que esta figura demanda, a efecto de determinar si existe desavenencia entre la Constitución y la ley, reglamento o disposición de carácter general cuestionados, debe desarrollarse en un plano estrictamente técnico-jurídico, a partir de premisas argumentativas que razonablemente conduzcan a establecer de forma concluyente si aquellos se encuadran o no en el marco de la constitucionalidad. De tal suerte, no es dable que por esta vía se propicie la ponderación en términos de utilidad, bondad o beneficio real que conllevan las disposiciones objeto de examen.

Véase: Morales Bustamante, Alejandro, *op. cit.*, p. 192.

¹⁹⁵ Esto es abordado apropiadamente en: Sierra González, José Arturo, *op. cit.*, p. 195.

5.5.2.4 Vicios de inconstitucionalidad

Como se expresó líneas atrás, el planteamiento de una acción de inconstitucionalidad general debe apoyarse en una tesis que el solicitante ha de aportar; el contenido de esta dependerá de los vicios –o defectos– que se endilguen a la ley, reglamento o disposición de carácter general que sea objeto de examen. Justamente, como refiere el profesor Ezquiaga Ganuzas, de la vulneración que se reproche dependerán las consecuencias que ha de disponer en la sentencia que deba ser emitida, pudiendo dichos efectos afectar los documentos normativos, las disposiciones o las normas¹⁹⁶.

Los referidos vicios pueden ser clasificados en atención a sus alcances y a su naturaleza¹⁹⁷. Véase cada uno de estos en las siguientes literales.

a) **Clasificación de los vicios en atención a sus alcances.** Los artículos 267 de la CPRG y 133 de la LAEPC son coincidentes al referir que puede ser planteada una inconstitucionalidad directa contra leyes, reglamentos o disposiciones que contengan “vicio parcial o total de inconstitucionalidad”. Con base en la regulación mencionada, en el planteamiento se puede invocar la concurrencia de vicio **total** de inconstitucionalidad en un cuerpo normativo, si se estimare que, en su totalidad, vulnera la CPRG. Por el contrario, si el cuestionamiento es dirigido únicamente contra alguna parte de la ley, reglamento o disposición legal, el vicio es **parcial**, tal como ocurre cuando únicamente se objeta una o varias palabras, frases, oraciones, artículos, capítulos o títulos, sin constituir el todo.

b) **Clasificación de los vicios en atención a su naturaleza.** El defecto que

¹⁹⁶ Este tema lo aborda con propiedad el jurista citado en los capítulos cuarto y quinto de su obra: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 195 y ss. Es importante destacar que, sobre la base de la experiencia del TCE, refiere que las sentencias contentivas de declaraciones de invalidez pueden recaer en documentos, disposiciones y/o normas.

¹⁹⁷ La clasificación que se aborda fue propuesta por el tesista en *El control de constitucionalidad de las normas jurídicas*. Véase: Salguero Salvador, Geovani, *op. cit.*, pp. 168 y ss; posteriormente, fue replicada en t. II, 2011, pp. 362 a 364.

se le atribuya a la disposición normativa examinada determinará que el vicio puede ser considerado de tipo material o formal, o si se quiere: por fondo y por procedimiento. El **vicio material o por fondo** concurre en el contenido de algún precepto normativo si vulnera la esencia o espíritu de la Constitución. O sea que lo existe es una antinomia o contradicción de textos normativos –entre lo dispuesto en el magno texto y la disposición infraconstitucional–. Para determinar si efectivamente existe un defecto de ese tipo, habrá de apoyarse en el razonamiento confrontativo que aporte el solicitante, en el cual se realiza la operación parificadora entre la disposición infraconstitucional y el texto fundamental. El **vicio formal o de procedimiento** también es conocido como *interna corporis* –en el cuerpo–, y alude al defecto constitucional que se presenta cuando la contravención a la Constitución deriva de la inobservancia del procedimiento de formación de una disposición normativa, regulado en su texto –tal como el procedimiento legislativo regulado en los artículos 174 a 180–. Ha de tenerse presente que la tesis que ha de sustentar un planteamiento motivado por vicio de procedimiento deberá hacer la confrontación entre la forma de proceder observada en la creación de la disposición y lo regulado constitucionalmente para el efecto¹⁹⁸. A juicio del tesista, también se configura vicio formal ante la falta de competencias normativas de parte del creador del documento que contiene la disposición; en ese caso, la tesis deberá hacer relación de por qué la emisión de una disposición infraconstitucional por una autoridad determinada resulta violatoria de la

¹⁹⁸ Las definiciones aportadas, con relación a los tipos de vicios, pueden ser complementadas con las contenidas en el pronunciamiento de la CC, contenido en la SCC de 13 de junio de 2000 (Exp. 1094-99):

La inconstitucionalidad de fondo puede producirse por directo enfrentamiento de un precepto o disposición general de jerarquía inferior con otro u otros de rango constitucional cuyos valores, principios y normas garantizan la supremacía y rigidez de la Constitución. Igualmente puede incurrirse en ilegitimidad de manera indirecta, cuando, por la forma, se infrinja el orden constitucional, bien sea porque la autoridad de la que emana el precepto carezca de competencia o la produzca inobservando reglas fundamentales para su formación y sanción o cuando no exista la adecuada correspondencia jerárquica con una norma superior que la habilite.

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791910.1049-99.pdf>

preceptiva fundamental, en razón de que su emisor no cuenta con facultades para ello.

Sin conformarse en la simple distinción respecto a si los vicios de inconstitucionalidad son de fondo o de forma, el profesor Ezquiaga, basándose en la experiencia del TCE, formula una compleja, pero útil, clasificación respecto de la diversidad de vulneraciones que podrían producirse en la elaboración de documentos normativos y las disposiciones que contiene; igualmente, hace referencia a las posibles vulneraciones que podrían configurarse con las normas – o significados atribuidos– que pudieran emanar de aquellas disposiciones; ello pone de manifiesto el carácter completo del aporte.

Conforme lo anticipado, el jurista en mención refiere la necesidad de distinguir fundamentalmente entre la “vulneración de las normas jurídicas sobre la producción de fuentes del Derecho”, refiriéndose a los vicios que pueden producirse en la emisión de documentos y disposiciones normativas, y la “vulneración de las normas sobre la producción de normas”; estas últimas conciernen a los vicios en la atribución de significados a las disposiciones¹⁹⁹. Las manifestaciones de cada una se explicarán en las literales siguientes²⁰⁰.

A) **La vulneración de las normas jurídicas sobre la producción de fuentes del Derecho** podría darse en las siguientes situaciones: (a) por **vulneración de las normas sobre la producción de fuentes del Derecho que otorgan competencias normativas**, ya sea: (a.1) por “carecer el autor del documento de cualquier tipo de competencia normativa, bien porque ninguna norma sobre la producción de fuentes le concede competencias para elaborar el tipo de fuente al que pertenece el documento normativo producido”; o (a.2) porque “la autoridad normativa no ha sido elegida o

¹⁹⁹ Sobre la diferencia entre disposiciones y normas jurídicas se hará relación en el numeral 5 del capítulo II.

²⁰⁰ En las literales se hace una síntesis de la propuesta del jurista citado. Véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control...*, cit., pp 196 a 234.

nombrada de conformidad con las normas que regulan esos procesos, simplemente no será una autoridad con competencia para producir documentos pertenecientes a ese tipo de fuente del Derecho”; (b) por **vulneración de las normas sobre la producción de fuentes del Derecho que establecen el procedimiento de elaboración de cada tipo de fuente del Derecho**; al respecto, explica que “pueden darse vulneraciones de las normas que establecen el procedimiento de elaboración de cada fuente. Aunque no se discuta que el autor de un determinado tipo de fuente tenga competencia normativa para producirla, deben respetarse las normas sobre la producción de fuentes del Derecho que regulan el proceso de elaboración de todos los documentos pertenecientes a esa fuente en concreto. En el supuesto de no respetarse esas normas se incurriría en un *vicio procedimental*”²⁰¹; (c) por **vulneración de las normas sobre la producción de fuentes del Derecho relativas a la materia objeto de regulación**; según su parecer el problema podría surgir por “*lo que se regula, [...] cómo se regula y [...] el ámbito de lo que se regula*”; ante esos posibles escenarios, refiere que la violación constitucional se configuraría así: (c.1) por **vulneración de los límites materiales de la fuente del Derecho**, lo cual se daría cuando se considera violada “la atribución material que corresponda a una determinada fuente, [en ese caso] lo que se verá afectado por la declaración de invalidez serán las disposiciones del documento normativo que regulen materias no autorizadas, independientemente del contenido de la regulación”; (c.2) por **vulneración de los límites relativos al contenido normativo**; esto se daría ante dos situaciones posibles, a saber: (c.2.a) cuando el documento normativo regula una materia para la que es competente la fuente a la que pertenece; empero no incorpora “los contenidos impuestos será inválido”; (c.2.b) cuando se ha invadido un espacio para lo que existía prohibición de “dar un

²⁰¹ Esta modalidad coincide con la que la antes denominada por vicio formal o de procedimiento, según clasificación aportada por el tesista.

determinado contenido a la materia para que una fuente es competente”; (c.2.c) por vulneración de los límites territoriales, personales y temporales, lo que se produciría cuando se traspasan los límites de competencia material desde el punto de vista territorial, personal o temporal.

B) La vulneración de las normas sobre la producción de normas. Con esta modalidad, Ezquiaga Ganuzas se refiere a “las normas que regulan la producción de normas (la interpretación)”; como ejemplos, el autor evoca las contravenciones a los artículos siguientes: (a) 120.3 de la Constitución española, referente al deber de motivación las sentencias judiciales; (b) 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone el deber de los órganos jurisdiccionales de interpretar y aplicar las leyes y reglamentos, según principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TCE en todo tipo de procesos; (c) 10.2 de la Constitución española, que implica que 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; y (d) 3.1 del Código Civil, que establece las directivas interpretativas de las disposiciones normativas en general.

Ciertamente, de la exhaustiva clasificación que realiza el profesor Ezquiaga Ganuzas, sobre las vulneraciones que podrían dar pie al planteamiento de garantías constitucionales, ha de destacarse la amplia gama de razones para motivar los exámenes de constitucionalidad sobre documentos normativos, disposiciones y normas jurídicas.

5.5.2.5 Sucinta relación del trámite

En Guatemala, el trámite de la inconstitucionalidad general está regulado en la LAEPC –quinto y sexto capítulos del título cuatro–, la cual es complementada con

lo regulado en el AC 1-2013.

El planteamiento debe ser formulado ante el tribunal antes mencionado, por ser el único competente para conocer. Para el efecto, deben ser cumplidos los requisitos indicados en los artículos 135 de la citada ley y 12 del acuerdo relacionado. La omisión de estos faculta al tribunal constitucional a emitir orden al solicitante para que subsane el planteamiento dentro de tercero día; bajo apercibimiento de suspensión del trámite.

Al ser admitida una solicitud de inconstitucionalidad directa, la CC se integrará con cinco o siete magistrados, dependiendo de la disposición cuestionada, de modo que si aquella fue emitida por el Presidente o Vicepresidente de la República, el Congreso de la República o la Corte Suprema de Justicia, el tribunal se integra con siete miembros –los cinco titulares y dos suplentes seleccionados por sorteo–; para el resto de las disposiciones solo se integra con cinco.

Dentro de los ocho días siguientes de haberse realizado el planteamiento, el tribunal constitucional deberá decidir si suspende provisionalmente, o no, la disposición cuestionada, en atención a su posible notoria ilegitimidad constitucional o a la susceptibilidad de causar gravámenes irreparables²⁰². Si se declara la suspensión, esta tendrá efecto general y deberá ser publicada en el Diario Oficial, al día siguiente de haberse resuelto en ese sentido.

Posteriormente, deberá concederse audiencia por quince días comunes al Ministerio Público y a cualesquiera autoridades o entidades que el tribunal constitucional estime pertinente²⁰³.

²⁰² Así está regulado en el artículo 138 de la LAEPC. El profesor Flores Juárez estima erróneo que se hayan establecido dos requisitos como supuestos para que concurra la suspensión provisional, a saber: “la inconstitucionalidad fuere notoria y [que la disposición sea] susceptible de causar gravámenes irreparables”; según su criterio, la sola y perceptible vulneración constitucional resulta suficiente. Para mayor abundamiento, véase: Flores Juárez, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 243 y 244.

²⁰³ El tribunal constitucional no está obligado a conceder audiencia a toda institución o entidad que el solicitante le refiera, ya que la “pertinencia” a que alude el artículo 139 de la LAEPC supone la facultad de dar participación a quienes estimare que pueden aportar elementos de análisis al emitir

Transcurrido el plazo de la audiencia, se señalará día y hora para la vista, dentro del plazo de veinte días, la cual podrá celebrarse en forma pública –para formular alegatos oralmente–. Esta fase procesal tiene por objeto dar oportunidad a los que hayan intervenido en el trámite para que se expresen sobre la solicitud de la inconstitucionalidad y sobre los pronunciamientos efectuados por quienes hayan tenido intervención procesal.

La sentencia respectiva deberá ser dictada dentro de los veinte días siguientes a la concreción de la vista. Si se declarare la inconstitucionalidad total de la ley, reglamento o disposición de carácter general, estas quedarán sin vigencia; en cambio si se advirtiere únicamente la inconstitucionalidad parcial, quedará sin vigencia la parte que adoleciere del defecto constitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial; empero, si anteriormente se hubiere acordado la suspensión provisional, los efectos se retrotraerán a la fecha de la publicación de la suspensión²⁰⁴. Contra el fallo que se emita no es procedente medio de impugnación alguno, únicamente puede ser solicitada su aclaración o ampliación²⁰⁵.

sentencia; ello en atención a su especialización o a la relación que guarde con la disposición cuestionada. En esa lógica, es usual que dentro de las instituciones o entidades a las que se les da intervención se cuente al emisor de los preceptos objeto de examen.

²⁰⁴ Lo referido en el párrafo que se comenta deriva de lo regulado en los artículos 140 y 141 de la LAEPC. Especial atención merece lo relativo a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición, ya que normalmente estos tienen alcances *ex nunc*, por operar hacia el futuro; en cambio, como excepción a la regla, tales alcances pueden ser *ex tunc*, retrotrayéndose al pasado, específicamente a la fecha de publicación de la suspensión provisional en el Diario Oficial.

²⁰⁵ Por tal razón, en Guatemala las sentencias emitidas en inconstitucionalidades generales alcanzan autoridad de cosa juzgada formal, cuando son resueltas las solicitudes de aclaración o ampliación, si fuere agotado su planteamiento; o bien, cuando transcurre el plazo y no son incoadas solicitudes en ese sentido. En cambio, la sentencia solo alcanza autoridad de cosa juzgada material cuando la decisión del tribunal es estimatoria, dado que la materia se agota; pero ello no sucede cuando la inconstitucionalidad es desestimada, ya que en ese caso puede ser promovida una nueva acción constitucional con base en otros argumentos. De esto se hará un abordaje especial en el capítulo III.

5.5.2.5.1 La sentencia

Grosso modo, ha de indicarse, en primer término, que la sentencia es la fase por la cual, concluido el trámite del proceso, se toma la decisión respecto de declarar en definitiva si es conforme a la Constitución, o no, la disposición normativa cuestionada. En específico esté será el tema sobre el cual versará el capítulo III de este trabajo.

A decir de Nogueira Alcalá, la trascendencia de la sentencia rebasa la dimensión puramente procesal, ya que más que poner término a un conflicto jurídico, como ocurre con las resoluciones finales de los tribunales ordinarios de justicia, “es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho”²⁰⁶.

El examen de constitucionalidad en sentencia es realizado sobre la base de la tesis argumentativa en la que el accionante apoyó su planteamiento y de los pronunciamientos efectuados por las instituciones o entidades a las que se les dio intervención. Como quedó apuntado con antelación, el examen es viable solo si se han satisfecho los presupuestos de viabilidad respectivos.

Según la ley de la materia, la inconstitucionalidad debe ser resuelta como punto de derecho²⁰⁷. Ese mandato impone que la revisión de la disposición sea realizada en abstracto, prescindiéndose de motivaciones fácticas o, bien, de oportunidad o conveniencia, dado que el examen debe ser eminentemente jurídico, como bien lo apuntara Pinto Acevedo²⁰⁸. Pese a ello, ha de aceptarse que la labor del magistrado constitucional no deja de estar influida por las circunstancias propias de su entorno.

²⁰⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias...”, *cit.*, p. 114.

²⁰⁷ Artículo 143 de la LAEPC. En la SCC de 19 de julio de 2006 (Exps. Acums. 909-2006, 1008-2006 y 1151-2006) se explica lo que, a juicio del tribunal constitucional guatemalteco, es punto de derecho. Véase en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807729.909,%201008,%20y%201151-2006.pdf>

²⁰⁸ Pinto Acevedo, Mynor, *op. cit.*, p. 49.

Lo expuesto en el párrafo transcrito pone de relieve la relevancia de la materia constitucional y, por ende, de los fallos que emergen del ejercicio de la correspondiente jurisdicción especializada. Ciertamente, ese tipo de resoluciones tienen una incidencia general, por lo que, en su emisión, los jueces competentes deben conducirse con responsabilidad.

La posibilidad que el texto constitucional logre fuerza normativa por medio de las decisiones jurisdiccionales resultaría incierta si los tribunales circunscriben su función a la sola emisión de sentencias estimatorias o desestimatorias. Los variados temas, las situaciones especiales y los contenidos particulares de los enunciados normativos tornan necesario echar mano de modalidades de pronunciamientos no tradicionales, a fin de lograr la adecuada protección a los gobernados. Lo relativo a este tipo de fallos será abordado con detenimiento líneas adelante.

6. Reflexiones sobre la necesidad de la existencia de la jurisdicción constitucional y su correcto ejercicio

El desarrollo del presente capítulo ha permitido apreciar que la concepción contemporánea de Estado precisa de instrumentos de control de constitucionalidad sobre las disposiciones normativas y, en especial, que, pese a lo exitoso que pudieran resultar algunas experiencias no jurisdiccionales, lo deseable es que esa función esté a cargo de un órgano jurisdiccional, a fin de que, mediante el ejercicio de esa atribución, se dote de la máxima eficacia a los postulados del texto fundamental.

Si bien, como bien refirió Bayón, “la primacía de la constitución es conceptualmente independiente de la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucional de la legislación ordinaria”²⁰⁹, la experiencia ha

²⁰⁹ Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 65.

demostrado que ese tipo de control deviene en un instrumento necesario sin el cual aquella no tendría garantías efectivas, por lo que su coexistencia posibilita alcanzar un Estado constitucional de Derecho.

El paso histórico hacia sociedades en las que los órganos de gobierno están irremediablemente sujetos a límites dentro de los cuales enmarcan sus acciones y en las que es incuestionable que la función esencial del Estado es la consecución de la dignidad humana ha representado un salto evolutivo de inconmesurable relevancia, sobre todo jurídica. Como bien se refirió líneas atrás, en ese panorama la judicatura constitucional ha asumido un rol protagónico.

Ciertamente, la sola existencia de tribunales competentes para ejercer jurisdicción constitucional no garantiza la realización del magno texto, ya que se precisa que las atribuciones que le son encomendadas sean ejercidas con la responsabilidad que conlleva la emisión de decisiones de alta incidencia en la población de un Estado. Por ello, es imprescindible que, en la tarea de descubrir los significados del articulado constitucional y de las disposiciones normativas de diferente tipo, los tribunales se conduzcan respetando los límites propios de su labor, sin que ello deba ir en desmedro del objetivo que constituye lograr la máxima protección de los derechos fundamentales.

El ejercicio responsable de la jurisdicción constitucional, que se produciría al desplegar, de manera convincente, los argumentos que procedan para la solución de las controversias que se conocen, posibilitará que el valor justicia inmerso en el texto fundamental se haga realidad y, por consiguiente, que los encargados del desarrollo de esa función se prestigien ante la población y legitimen su función al honrar ese noble cometido. Ciertamente, se advierte que esa no es tarea del todo fácil, pues los titulares de aquella jurisdicción deben evaluar la necesidad de actuar de forma cautelosa o audaz, según lo ameriten los asuntos que conocen.

Dado que en este capítulo se hizo un abordaje muy panorámico de la jurisdicción constitucional guatemalteca, con relación a esta, vale indicar que ha pasado por

una afortunada evolución; si bien la transformación se produjo lentamente, es alentador advertir que los cambios más relevantes vinieron de la mano con la Constitución vigente, que propició un inusitado dinamismo en la labor controladora de observancia del magno texto. La regulación de variados mecanismos que pueden ser activados de forma previa o posterior a la vigencia de las disposiciones normativas, según sea el caso, ha posibilitado que localmente se cuente con instrumentos efectivos para lograr la no aprobación, inaplicación o anulación de los enunciados normativos inconstitucionales, dependiendo de las circunstancias.

Sin duda, en el caso guatemalteco, la instauración de un tribunal *ad hoc* con potestades para el conocimiento de conflictos constitucionales puede ser considerado como el legado más significativo de los constituyentes por dotar de fuerza normativa a la carta fundamental. Especial mención merece la facultad que le compete para resolver planteamientos de inconstitucionalidad abstracta, que, por su mostrada efectividad como mecanismo de control, amerita el estudio detenido que se concretará en el capítulo que sigue.

En efecto, en el siguiente capítulo se realizará un abordaje de cómo se desarrolla la interpretación dentro del marco del control constitucional y cómo su evolución ha posibilitado que los tribunales, creativamente, emitan pronunciamientos que posibilitan la constante realización y actualización constitucional.

Capítulo II

La interpretación jurídica en el control constitucional normativo

1. Importancia del tema

Precedentemente –en el apartado 4 del capítulo anterior– fue abordado lo relativo a las funciones que corresponden a los tribunales constitucionales; en este capítulo se hará hincapié en una, que es la que les corresponde por ser los supremos intérpretes de la Constitución. El ahínco que en este trabajo se pone en esa función obedece al hecho que su desarrollo ha posibilitado la emisión de fallos jurisdiccionales que rebasan los modelos tradicionales.

Ciertamente, para la comprensión de las sentencias atípicas, es de suma relevancia entender cómo se produce la interpretación de los preceptos fundamentales, dado que la eficacia vinculante que conllevan las sentencias de los tribunales constitucionales, no solo para el ciudadano sino también para los órganos del Estado, depende de que en los pronunciamientos se exprese, apoyándose en razones consistentes, el contenido del articulado constitucional y los alcances de las disposiciones normativas que son sometidas a examen²¹⁰.

En razón del contenido del trabajo de tesis, es fundamental determinar hasta dónde puede llegar un tribunal constitucional al desarrollar interpretaciones que, con enfoque progresista, permiten la actualización del contenido de los preceptos normativos fundamentales.

²¹⁰ Hesse refiere que el cometido del intérprete constitucional es hallar el resultado “constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable”. Al respecto, el tesista es del criterio que, aunque es loable esa pretensión, determinar si la asignación de sentidos interpretativos resulta “correcta” es difícil de establecer, pues dependerá de los parámetros de corrección del intérprete. Por ello, es preferible asumir que el intérprete debe apoyarse en “buenas razones” para justificar la asignación de aquellos sentidos. Para mayor abundamiento sobre la posición del jurista alemán, véase: Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2a. ed., trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 58.

La acción de interpretar el Derecho puede ser considerada como una de las tareas que presenta mayor dificultad en el mundo jurídico, lo cual es explicable si se toma en cuenta que no hay camino unívoco trazado previamente por el cual deba transitarse a efecto de encontrar el sentido que corresponde a cada expresión normativa; por ello mismo, de entrada, se asume que interpretar, más que una tarea de desentrañar, implica atribuir o asignar los significados correspondientes al objeto interpretado.

Advertida la dificultad que comporta la tarea jurisdiccional que se comenta, conviene establecer que la madurez conceptual alcanzada con relación a la interpretación no es producto de un proceso acabado de la noche a la mañana, ya que, durante siglos, connotados juristas y filósofos formularon importantes aportes sobre la temática, lo que condujo a que, con el tiempo, fueron creciendo, fortaleciendo y respaldándose las ideas respecto de los objetos, fines, límites y alcances de la actividad interpretativa.

2. Concepciones de interpretación jurídica

Definir la interpretación jurídica resulta una tarea complicada, sobre todo porque se corre el riesgo de que la definición que se construya no obtenga aceptación, en tanto que no existe una caracterización unitaria y sobre esta existen diversas concepciones, las que, en principio, tienen relación con la forma cómo es concebido el Derecho, bien sea simplemente como el conjunto de disposiciones normativas, o como la actuación misma de los operadores de justicia, o como una idealidad de justicia a la que se propende alcanzar²¹¹.

²¹¹ En ese mismo sentido, Lifante Vidal refiere que hay unanimidad en la afirmación de la necesidad e importancia de la interpretación del Derecho; empero, de esta han surgido múltiples discrepancias, de ahí que “sea prácticamente imposible ofrecer una caracterización unitaria del concepto de interpretación jurídica...”. Véase: Lifante Vidal, Isabel, “Interpretación jurídica”, *Enciclopedia Jurídica y Teoría del Derecho*, vol. 2, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 1349.

En el siglo XIX, uno de los grandes estudiosos de la interpretación y aportador de una metodología que incluye cuatro elementos para determinar el sentido y alcance de las disposiciones normativas jurídicas, Savigny, se refirió a la interpretación definiéndola como la “operación intelectual que tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad”; además, indicó que esta es indispensable para todos los casos de aplicación de la ley a la vida real y no se restringe a los casos accidentales de obscuridad de la ley, aunque habría de reconocerse que en estos últimos asuntos la actividad interpretativa tiene más importancia y mayores consecuencias²¹².

En su conocida obra *Teoría pura del Derecho*, Kelsen refirió la necesidad de saber distinguir entre la interpretación realizada en el ámbito científico jurídico, que es la “pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas”, mientras que la efectuada por los órganos jurídicos la concebía como “una producción del derecho”²¹³.

En tiempos más recientes se ha contado con aportes como los de Hesse, para quien interpretar consiste en concretizar, siendo preciso para ello comprender. Refiriéndose a la teoría tradicional de la interpretación, el jurista en mención también sostiene que esta persigue la revelación de la voluntad –objetiva– de los preceptos normativos o la voluntad –subjética– de su creador, mediante un análisis del texto, así como del proceso mismo de creación y de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes, así de su razón –la *ratio*– y su finalidad –el *telos*–²¹⁴. De conformidad con el citado jurista, para alcanzar el objetivo de determinar las voluntades inmersas en un enunciado normativo, el encargado de la interpretación puede hacer uso de los procedimientos y las herramientas que

²¹² El texto relacionado está contenido en un extracto del capítulo IV, intitulado: *Interpretación de las Leyes*, de la obra *Sistema de Derecho Romano Actual*, la cual es autoría del jurista alemán comentado. Cfr.: Savigny, Friedrich Karl von, “Sistema de Derecho Romano Actual”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 6, 2010, p. 402.

²¹³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 355.

²¹⁴ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 59.

posibiliten esa actividad.

Juristas contemporáneos, como Pérez Luño, alejándose de la idea de encontrar el sentido verdadero de un enunciado, sostienen que *interpretar* es atribuir un significado a manifestaciones de determinado lenguaje; de esa forma, el término *interpretación* corresponde al conjunto de procesos lógicos y prácticos por medio de los cuales se realiza esa atribución de significados; así también, atañe a la actividad encaminada a descifrar el sentido de los enunciados o manifestaciones de un lenguaje y el resultado obtenido por medio de dicha actividad. Tomando como base lo expresado, la *interpretación jurídica* equivale a “la atribución de significado a un determinado segmento de lenguaje jurídico, es decir, a una o varias normas”²¹⁵. Luego, añade que “[s]i se parte de la idea que una norma sin significado es un absurdo, hay que concluir que la norma no *tiene* un significado, sino que es un significado”²¹⁶. Líneas más adelante, el autor refiere que todo proceso interpretativo es una actividad necesaria para atribuir un sentido a las normas y siempre acompaña todo acto de aplicación y realización del derecho²¹⁷.

Riccardo Guastini refiere que el vocablo *interpretación* implica diversas connotaciones, al punto que, algunas veces, se utiliza para referirse a una actividad –o a un proceso– y otras a un resultado o al producto mismo de esa actividad²¹⁸. Cuando se hace alusión a la actividad interpretativa se hace referencia a un proceso mental; en cambio, si se habla del resultado se alude más bien a un discurso. Por su parte, el enunciado interpretativo sería el que asigna significado a un texto jurídico o a una formulación normativa; según su parecer, este será siempre de tipo adscriptivo y no descriptivo, pues supone la proposición de un significado determinado a cierta expresión lingüística; ello es así porque ninguno de esos textos, bien sea de tipo legislativo o constitucional, tiene un

²¹⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, 1984, p. 90.

²¹⁶ *Loc. cit.*

²¹⁷ *Ibidem*, p. 92.

²¹⁸ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 32.

significado unívoco, o sea un único uso actual o posible.

Díaz Revorio, quien ha sido un estudioso de las variedades de sentencias constitucionales, hace acopio de una definición aportada por Zagrebelsky, el que, al respecto, sostiene que la interpretación es “el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los significantes a los significados”²¹⁹. O sea que, mediante la labor interpretativa en el ámbito jurídico, se trata de establecer cuáles son los significados de las palabras contenidas en los enunciados normativos.

La relación de las notas características de las concepciones que se han tenido sobre la interpretación jurídica pone de manifiesto que con el tiempo se fue superando la idea de que la interpretación es simplemente una realidad dada de antemano a los jueces, cuyo trabajo se reduciría a su descripción y aplicación al caso que es conocido; al contrario, todo apunta a la prevalencia de las nociones que conciben ese quehacer, muchas veces creativo o constructivo, como la asignación de algún significado al enunciado normativo objeto de análisis²²⁰.

²¹⁹ Díaz Revorio, F. Javier, “La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional”, *Quid Iuris*, año 3, vol. 6, 2008, p. 8. La visión del autor mencionado autor se ve reflejada en el siguiente fragmento, contenido en la p. 9 de la obra citada:

Una cuestión muy relevante relativa al proceso de interpretación jurídica, señalada entre otros por WROBLESKI, es la de si éste viene encaminado a ‘descubrir’ la norma preexistente, derivada del enunciado normativo, o más bien ha de ‘atribuir a dicho enunciado un significado normativo. En definitiva, se trata de saber si el proceso interpretativo es o no creativo, lo que, en caso afirmativo, puede implicar el establecimiento de nuevo Derecho en la medida en que el propio Ordenamiento atribuya al intérprete la potestad de adoptar decisiones vinculantes para terceros. La cuestión reviste una gran complejidad, pero cabe apuntar que, salvo en los inusuales casos en los que el sentido del precepto jurídico aparece como único, evidente y claro, en todo proceso interpretativo hay una cierta labor creadora, que implicará creación de nuevo Derecho en el caso de que dicha interpretación venga realizada por los Tribunales, o al menos por aquellos que se sitúan en la cúspide del sistema judicial...

²²⁰ Vigo es elocuente al expresar cómo, según su parecer, se produce la transición de la visión interpretativa más formalista a una más creativa. A su criterio, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la cultura jurídica en la segunda mitad del siglo XX ve alterado notoriamente el panorama, con relación al escenario decimonónico. A su juicio, este presenta las características que intenta presentar de forma sintética y esquemática en los siguientes términos:

1. La Ley deja de ser igual al Derecho, e irrumpe el principialismo; 2. La Constitución (con sus principios y valores) se juridiza y se judicializa; 3. Los derechos humanos se toman operativos; 4. La supremacía de las Constituciones nacionales soberanas se quiebra; 5. El sistema jurídico entra en crisis; 6. Las sociedades incorporan un relevante pluralismo cultural y axiológicos; 7. La legitimación de la autoridad enfrenta fuertes cuestionamientos; 8. Las democracias dejan de ser meramente formales para convertirse en sustanciales, y 9. La rehabilitación de la razón práctica”. Además, con relación a las prácticas

El repaso del abordaje doctrinal que ha merecido la interpretación jurídica permite advertir la existencia de posiciones variadas sobre su concepción, en cuanto a si es un proceso de descubrimiento del sentido correcto de las disposiciones normativas o, más que eso, es un proceso o resultado encaminado a asignar sentidos interpretativos. Los enfoques contrapuestos han posibilitado que, como lugar común, se sistematicen esas concepciones, según el rol que se le otorga a los argumentos interpretativos en cuanto a decir o crear derecho²²¹.

Respecto de los criterios de sistematización, en su trabajo *Interpretar y argumentar*, Guastini hace un esfuerzo por definir lo que estima son las tres teorías –o más concretamente, como les llama: “*familias de teorías*”, dado que representan posiciones teóricas no del todo coincidentes– con las cuales, “según un punto de vista muy extendido”, se identifican los estudiosos de la interpretación. *Grosso modo* estas son:

- (1) Una teoría cognoscitivista, según la cual la interpretación es un acto de conocimiento,
- (2) Una teoría escéptica, según la cual la interpretación es un acto (no de conocimiento sino) de voluntad o de decisión,
- (3) Una teoría ecléctica o intermedia entre las dos anteriores, según la cual la interpretación es un acto a veces de conocimiento, otras veces de decisión, según las circunstancias²²².

Tomando como parámetro directivo la clasificación guastiniana, lo que no implica asumir que esta es compartida por la generalidad, puede establecerse que la

interpretativas que se dejan atrás, añade: “resultaría indigerible seguir sosteniendo una teoría de la interpretación jurídica formalista al modo de la originaria exégesis francesa o la perspectiva savigniana en la que los jueces repiten dogmáticamente la norma legal para el caso sin valoración ni creación alguna, o también resultaría difícil apelar al decisionismo irracionalista y voluntarista de Kelsen o Ross, en donde el juez crea su norma sin posibilidad de dar razones de esa elección meramente volitiva...”.

Véase: Vigo, Rodolfo, “Argumentación constitucional”, *Interpretación y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2011, p. 464.

²²¹ Lifante Vidal propone clasificar las concepciones de interpretación jurídica según su objeto –únicamente la ley o las distintas manifestaciones del Derecho– u ocasión –en concreto o en abstracto–, así como según el papel que se les concede a los diferentes argumentos interpretativos, siendo esta última la forma más amplia de sistematizar a las distintas concepciones y sobre las cuales se hará abordaje panorámico. *Cfr.*: Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, pp. 1373 a 1380.

²²² Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, p. 346.

primera familia de teorías en mención, que también es conocida como **cognitiva, cognoscitiva o formalista**, es con la cual se identifican los juristas desde la Ilustración, así como los exégetas del siglo XIX y connotados teóricos del siglo XX. Esta presupone la existencia, en los textos normativos completos y coherentes, con un sentido unívoco y susceptible de conocimiento, cuyo descubrimiento lleva a la interpretación verdadera²²³; así las cosas, los legisladores tendrían una voluntad única y reconocible, que no da lugar a la discrecionalidad judicial. No descubrir esa voluntad dará lugar a una interpretación falsa. En ese marco, el silogismo jurídico se presenta como el mecanismo natural para arribar a respuestas jurídicas correctas para la resolución de los conflictos jurídicos. La inobservancia de los pasos lógicos que conlleva el camino silogístico daría lugar a respuestas incorrectas.

Los postulados del cognoscitivismo interpretativo suelen ser atacados aduciéndose insuficiencia del lenguaje –el que, incluso, es variante según espacios y tiempos determinados– para reflejar la esencia de los objetos de la interpretación, así también que resulta ingenuo asumir que pueda ser encontrado un sentido inequívoco de la voluntad del órgano emisor del enunciado normativo, máxime cuando este último es colegiado.

Sobre la base de críticas como las antes relacionadas, emergieron los **escépticos** –opuestos a las familias de teorías cognoscitivistas–, quienes entienden la interpretación como un acto no de conocimiento, sino de elección y, por ello mismo, de voluntad del intérprete. De esa cuenta, según el escepticismo interpretativo, los textos normativos carecen de un sentido único o unívoco o, lo que es lo mismo, un significado objetivo preconstituido, pues, “la atribución de significado a los textos normativos es fruto de decisión discrecional de los intérpretes (en última instancia de los jueces)”²²⁴.

²²³ *Ibidem*, p. 348.

²²⁴ *Ibidem*, p. 350.

Según los escépticos, no tendría por qué haber coincidencia de significados entre el emisor de enunciado y el receptor, pues los diferentes intérpretes en juego pueden asignarle sentidos diversos. Además, el sistema normativo no tendría que concebirse necesariamente como completo y coherente, pues existe la posibilidad de que surjan lagunas o antinomias, posibilitando la creación de Derecho, mediante la actividad interpretativa.

La visión panorámica del desarrollo de las concepciones de la interpretación permite entrever que los aportes recientes, en especial cuando se está frente a casos de difícil resolución, se decantan por asumir posiciones interpretativas escépticas. No obstante, ha de remarcarse que son los representantes de las escuelas denominadas realistas²²⁵, en sus diferentes vertientes –norteamericano, escandinavo y genovés–, los que decididamente se han inclinado por el escepticismo interpretativo.

Las teorías escépticas presentan, como variantes, **una posición teórica moderada y otra extrema**, a saber: (i) la primera es con la que se identifica el autor en mención y en la que se pueden encasillar la mayoría de juristas contemporáneos comentados; entre otros aspectos fundamentales, esta postula que los textos normativos, por lo general, son equívocos; así también que toda norma es indeterminada, pudiendo presentarse supuestos de dudosa cualificación; igualmente, que todo texto normativo admite, generalmente, una pluralidad de interpretaciones –en abstracto– y la elección de una de ellas es discrecional²²⁶; y (ii) la segunda variante –la extrema– asume que los textos normativos no poseen

²²⁵ Las notas características son expuestas por Atienza en el siguiente párrafo:

El realismo jurídico viene a ser la contrafigura del formalismo. Tanto en su versión norteamericana como escandinava, el Derecho tiende a verse como una realidad *in fieri*, como una práctica que se desarrolla en el contexto de una sociedad en transformación; el Derecho es un instrumento para el cumplimiento de fines sociales, y no un fin en sí mismo. [...] el pragmatismo fue el trasfondo filosófico de ese movimiento) les lleva a rechazar la identificación del Derecho con «las reglas sobre el papel». Digamos que, para utilizar adecuadamente el Derecho (como factor de transformación social), hay que tomar en consideración no sólo las normas válidas, sino también las normas eficaces, al igual que los intereses, los fines, los valores sociales y muchos otros elementos que componen la «maquinaria del Derecho».

Véase: Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 25.

²²⁶ Para mayor abundamiento, véase: Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar...*, cit., p. 351.

ningún significado antes de la interpretación, ya que este no es preexistente a aquella, sino que es su resultado, por lo que quienes realizan la tarea interpretativa tienen la libertad de atribuir cualquier significado²²⁷. Lo expresado da cuenta que, dentro del mismo escepticismo, existen posiciones más radicales que otras; sin embargo, coinciden en cuanto a que la labor interpretativa se caracteriza por la atribución de significados.

Ciertamente, los aportes de los teóricos escépticos han supuesto un salto cualitativo significativo en la manera misma de entender el Derecho, en el sentido que este está en constante creación, teniendo los intérpretes un rol protagónico. No obstante, ha de aceptarse que dichas aportaciones no han estado exentas de críticas, ya que se suele cuestionar que la falta de complejidad de algunos casos, así como la semejanza con otros, hace previsible ciertas resoluciones judiciales. Uno de los aspectos que más suele ser criticado es la pretendida desconexión del intérprete con los textos de los enunciados normativos, respecto de los cuales, muchas veces, por su carente oscuridad, pueden alcanzarse asignación de significados coincidentes y previsible.

Por último, se evoca a la familia conformada por los **eclécticos, igualmente denominados intermedios**, con la que se identifican quienes tratan de conciliar las posiciones cognoscitivas y escépticas, sosteniendo en líneas generales que, en atención a las circunstancias, la interpretación, puede ser un acto de conocimiento y otras uno de voluntad. Mejor dicho: a veces interpretar consistirá en una actividad cognoscitiva, detectando el significado de una disposición –tal como sucede con los casos típicos–; en cambio, en otras, implicará una actividad decisoria o valorativa en la que el intérprete adjudica significados –casos atípicos o complejos–.

El eclecticismo interpretativo presenta dos variantes, a las que Guastini no les designa denominaciones específicas, pero las describe en los siguientes términos:

²²⁷ Como representante de esta posición teórica, Guastini cita al jurista francés Michel Troper. *Cfr.:* *Ibidem*, p. 352.

(a) la primera variante subraya la textura abierta de cualquier disposición normativa y distingue que, dentro de su significado, junto a un núcleo estable y aceptado coexiste la penumbra de incertidumbre; así las cosas, ante un caso claro, ubicado en el núcleo del significado aceptado de la disposición normativa, el intérprete puede limitarse a descubrir el significado objetivo; empero, si el caso fuere dudoso, no se puede hacer otra cosa que decidir discrecionalmente el significado; y (b) la segunda versión de la teoría distingue no entre casos fáciles y difíciles –como lo hace la primera–, sino que entre textos claros y unívocos y los que son equívocos y oscuros; de esa forma, la discrecionalidad del intérprete depende del lenguaje de la autoridad normativa, o sea de la manera como se realice la formulación del enunciado normativo²²⁸.

El esfuerzo por la sistematización de las teorías interpretativas no corresponde con exclusividad a Guastini, ya que, con otras denominaciones, pero con contenidos casi coincidentes, otros juristas han formulado sus propuestas de clasificación. En apoyo a esa aseveración, se evoca que Comanducci, aduciendo razones de simplicidad, postula una dualidad de posiciones sobre las concepciones de la interpretación, “tomando en cuenta solo dos casos paradigmáticos, pero sin olvidar que hay varias concepciones intermedias y muchos matices que realizar”²²⁹.

En aras de simplificar, como lo han hecho otros, la comprensión de la clasificación de las teorías de interpretación²³⁰, el tesista apuesta por identificar como

²²⁸ *Ibidem*, pp. 353 a 355.

²²⁹ En concreto, sintetiza la existencia de dos corrientes sobre la interpretación; a saber: (a) de interpretación cognitiva: con esta se concibe la interpretación como actividad de comprensión del significado o, bien, como actividad de descubrimiento del significado “correcto” de los documentos normativos. (b) de interpretación decisional: con esta se concibe la interpretación como actividad de decisión del significado –es la postura del escepticismo radical–, o bien de elección de uno de los significados posibles –es, entre otros, la postura de Kelsen–, o bien de elección discrecional del significado en caso de dudas o de discusión, cuando hace falta argumentar a favor de la elección que se realice –es la postura de Hart–. *Cfr.*: Comanducci, Paolo, *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 34.

²³⁰ A guisa de ejemplo, se evoca que Larrauri Torroella, refiere que Wróblewsky hace referencia a las directivas para interpretar, denominándolas “ideologías y normativas”, las cuales pueden ser

formalistas las posiciones teóricas que prevalecieron en el siglo XIX y tiempo atrás –y que aún persiste en estos tiempos–, las cuales han sostenido que la actividad interpretativa procura únicamente descubrir el sentido unívoco y susceptible de conocimiento que el enunciado normativo ya contenía; y como **antiformalistas** los que rebasan la concepción anterior, presentando la interpretación como un acto de voluntad del encargado de llevarla a cabo y que sostienen que los textos normativos no presentan sentidos inequívocos, por lo que pueden dar lugar a varios significados, debiéndose optar por asignar como tal a uno de estos. Lógicamente, la adscripción a elementos de ambas posiciones da lugar a teorías interpretativas **intermedias**, que suponen la combinación de las posiciones teóricas anteriores.

Llegado a este punto, es pertinente manifestar inclinación por alguna de las propuestas anteriores; dada esa necesidad, el tesista, asumiendo una posición intermedia, postula que, en efecto, existirán disposiciones normativas cuyos

agrupadas en “teorías estáticas y dinámicas”, así también Kaufmann las dividió en “subjetiva, objetiva y modificadas”. Para mayor abundamiento, véase: Larrauri Torroella, Ramón, “La sociología jurídica y sus relaciones posibles con la semiótica”, *Diálogos jurídicos España-México*, Castelló de la Plana (España), Publicacions de la Universitat Jaume I, 2007, p. 224. Líneas después –en la página 225 y ss–, el autor referido detalla los elementos que identifican esas familias de teorías; para el efecto expresa:

Dado que para estos autores [se refiere a Wróblewsky, Guastini y Kaufmann] cada posición teórica tiene algunas características, he identificado las que corresponden a cada caso y he visto que las teorías estáticas, cognitivas y subjetivas, por un lado, y las dinámicas, las escépticas y las objetivas, por otro, comparten muchos rasgos que las definen, sin embargo, la teoría intermedia o las modificaciones a las teorías de que habla Kaufmann, e incluso las «directivas comunes» de Wróblewsky, deben ser analizadas aparte, pues me parece que son fuente de controversias o problematizaciones específicas. Las teorías estáticas, cognitivas y subjetivas se caracterizan por sustentarse o buscar que se dé la seguridad jurídica, la certeza jurídica, por eso postulan la necesidad de la estabilidad jurídica, la división de poderes y la positividad de la ley, esencialmente son formalistas, pues el sentido que le asignan a la interpretación es el de verificar empíricamente el significado del texto normativo, para ellas las palabras tienen significados determinados e invariables. Estas teorías sustentan la tesis de que los sistemas jurídicos son coherentes y completos, y por lo tanto sin lagunas ni antinomias. [...] Las teorías dinámicas, escéptica y objetiva aceptan la posibilidad de sentidos variables en la comprensión de las normas, cambios relacionados por modificaciones en el contexto de la interpretación, el momento histórico o la posición geográfica, aun en el ámbito de la jurisdicción reconocida. Dan la posibilidad al juez de legislar para el caso de las lagunas o las antinomias, pues niegan la posibilidad de coherencia y completitud de los sistemas jurídicos; pero también admiten la posibilidad de una pluralidad interpretativa sustentada en la propia personalidad de los juzgadores, cuya acción propicie la «corrección» del derecho. [...] Intentando reducir las posiciones encontradas de estas teorías, Wróblewsky, Guastini y Kaufmann presentan la existencia de teorías [se refiere a las que Guastini denomina eclécticas] o posiciones prácticas en esa dirección, pero que desde mi punto de vista no logran su objetivo y más bien dejan planteadas nuevas problemáticas en el ámbito de la racionalidad de la justicia, la validez del derecho y la eficacia de las normas...

significados resultarán naturales, obvios o inequívocos; empero, hay otros que no presentan esa facilidad, por lo que el resultado de la actividad interpretativa es un acto de voluntad a efecto de asignar esos significados.

El enfoque creativo referido ha contribuido decididamente a la emergencia de los fallos que son objeto de estudio en el presente trabajo, en especial al surgimiento de las sentencias interpretativas, en las que se torna necesario precisar los sentidos de las disposiciones normativas examinadas, de manera que se ajusten a la Constitución, conforme lo considere el tribunal que conoce.

2.1 Reflexiones sobre el abordaje de la interpretación jurídica

Lo expuesto en el punto anterior da cuenta que, en un espacio relativamente corto de tiempo, se ha producido una afortunada evolución de la interpretación jurídica, la que, por lógica, ha permeado en el campo de lo constitucional. Para efectos de ilustrar los logros en la materia, es pertinente referir que las visiones contemporáneas han superado aquellas posiciones que sostenían que la interpretación se constreñía al descubrimiento de la intencionalidad del creador de las disposiciones normativas. Ciertamente, los estudios doctrinarios recientes se inclinan más por aceptar que la interpretación jurídica es una tarea compleja, principalmente en los casos de difícil resolución, en los que no puede asegurarse la existencia de una receta unívoca de cómo decidir.

El abordaje que hasta aquí se ha hecho de la interpretación permite asumir que esa actividad se halla presente en toda decisión jurisdiccional o administrativa de aplicación del Derecho, en cuanto supone la asignación de significados a los enunciados normativos que sirven de fundamento para lo que se decida.

Además, resulta insustentado sostener que los intérpretes simplemente detectan los significados preconstituidos de las disposiciones normativas, ya que, inclusive en los casos en que se estime aplicable el brocardo latín *in claris non fit*

interpretatio, opera la selección del significado que se estima que debe atribuirse al enunciado normativo, el cual, obviamente, será el sentido natural del texto; no obstante, se toma distancia de las posiciones que conciben a la interpretación como actividad mimética o repetitiva²³¹. Respecto a ese punto, elocuente resulta ese punto en el tema del control constitucional normativo, pues, según el profesor Ezquiaga Ganuzas, “hasta quien mantiene la existencia de casos claros, debería admitir que, por definición los casos recurridos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional no lo son ya que, precisamente, su remisión a este Tribunal implica un de acuerdo interpretativo”²³².

Para los efectos de aportar a la determinación de los elementos que respaldan la emisión de muchas expresiones de fallos atípicos dentro de los tribunales constitucionales –en especial los interpretativos–, es dable, desde ya, establecer que esos pronunciamientos son consecuencia de la búsqueda creativa de los significados que más se ajusten a la Constitución.

3. Tipos de interpretación jurídica

El criterio menos controvertido para determinar las clases de interpretación que existen es el que se apoya en la variedad de operadores en manos de quienes puede estar a cargo la tarea de la interpretación jurídica, existiendo multiplicidad

²³¹ Así lo expresa Tarello, al indicar:

«in claris non fit interpretatio» es la expresión de una directiva metodológica; y no ha de entenderse como la expresión de una denegación del hecho de que las actividades de interpretación (en sentido lato) son necesarias para el uso del discurso legislativo, sea cual fuere la claridad de su formulación...

Véase: Tarello, Giovanni, *La interpretación de la Ley*, trad. de Diego Del Vecchi, Lima, Palestra, 2013, p. 57. También Díaz Revorio tiene la misma concepción, al indicar: “No hay norma sin previa actividad interpretativa, ni disposición para referirse al resultado del proceso interpretativo”. Díaz Revorio, Francisco Javier, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *IUS*, año X, núm. 37, 2016, pp. 12 y 13. Lo expresado en el último fragmento transcrito será de mejor comprensión en el apartado 5 de este capítulo, cuando se aborde como las “normas” son producto del proceso interpretativo.

²³² Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 117.

de actores que pueden llevarla a cabo²³³. Dentro de ese marco conceptual, Guastini asume la existencia de los siguientes tipos de interpretación²³⁴: (a) **doctrinal**, que es la que llevan a cabo los juristas académicos y que plasman en estudios tales como monografías, manuales o ensayos; según su parecer, casi siempre esta se desarrolla en abstracto y tiene un sentido de recomendación para quienes están encargados de resolver controversias; (b) **judicial**, que es realizada por los jueces u operadores de justicia en el ejercicio de la función jurisdiccional; esta tiene la característica de poseer efectos jurídicos vinculantes para los sujetos procesales²³⁵; a la descripción aportada por Guastini, cabe agregar que Zagrebelsky considera que la actividad interpretativa de los jueces cumple una función intermedia o mediadora entre el caso real y la disposición normativa que debe regularlo; de esa forma, se coloca en una posición de intermediario entre la

²³³ Según estimación de Häberle:

El grupo de los que participan en la interpretación constitucional es también tan abierto como abierta es, material y metódicamente la interpretación constitucional. Pues se trata de la Constitución como proceso público. Frente a la objeción de que se pierde la unidad de la Constitución habría que remitirse a la existencia general –activa en el futuro– de reglas interpretativas, a “concierto” que mediante la colaboración de diversos intérpretes constitucionales resulta de su respectiva función propia, remitirse sobre todo al carácter abierto de la Constitución, cuyo “vestido” muchos “bordan”, ¡no solamente el jurista constitucional! La “unidad de la Constitución” si es que surge, lo hace a partir de la suma de los procedimientos y funciones de muchos intérpretes constitucionales; a este respecto tienen que incorporarse consideraciones de teoría constitucional, especialmente de teoría democrática.

Véase: Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 6, No. 11, 2008, pp. 44 y 45. Líneas más adelante –p. 46– el jurista evocado añade:

Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes estatales ‘gremiales’, acreditados funcional-jurídicamente, sería empobrecimiento o autoengaño. Especialmente una concepción más experimental de la ciencia del Derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y fuerza creadora de los intérpretes “no gremiales” en el proceso de la interpretación constitucional. La Constitución es, en este sentido, espejo de la publicidad y de la realidad...

²³⁴ Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar...*, cit., pp. 89 a 93.

²³⁵ Con relación al punto objeto de comentario, es pertinente aclarar que Guastini remarca la diferencia que existe con los ordenamientos jurídicos llamados de *common law*, en los que los precedentes jurisprudenciales, o sea las decisiones jurisdiccionales de casos anteriores, similares, en algún elemento esencial al caso sobre el que se decide, son vinculantes para otros jueces. Igualmente, refiere la importancia de tales precedentes en las decisiones que se emitan en el conocimiento de casaciones en sistemas jurisdiccionales como el italiano, que es ajeno al *common law*; en esos casos los fallos precedentes “ejercer sobre los jueces una eficacia «persuasiva»: en otras palabras, a menudo son de hecho seguidos, aunque no sean vinculantes”. *Ibidem*, p. 91. Respecto de ese punto también es conveniente diferenciar entre los efectos vinculantes *erga omnes* que caracterizan las interpretaciones producidas dentro del marco de la resolución de inconstitucionalidades directas, tal como sucede en la totalidad de los ordenamientos que tienen regulada esa garantía constitucional.

voluntad y la razón, entre el decisionismo de las mayorías y la racionalidad argumentativa en el caso; esto ha llevado a los jueces del Estado constitucional a situarse en una peculiar ubicación, a veces, incluso, por encima –o a pesar de– la legislación²³⁶; (c) **auténtica**, que, por antonomasia, es la llevada a cabo por el propio creador de la disposición normativa; es destacable que este tipo de interpretación se desarrolla en abstracto e irrefutablemente tiene efectos hacia todos los sujetos para quienes el enunciado normativo es de observancia obligatoria. Si bien a esta también se le suele denominar interpretación legislativa, se toma distancia de esa designación, por cuanto que esta no siempre va a provenir de un legislador o parlamentario en sentido estricto, pues la disposición interpretada puede ser distinta a lo que se conoce por ley²³⁷. En todo caso, cabe desatacar que la clasificación basada en la fuente subjetiva interpretativa es la que más se suele utilizar por su utilidad práctica²³⁸.

La tipología basada en el operador que realiza la interpretación es coincidente con la que propuesta por Tarello, con la salvedad que este jurista también hace alusión

²³⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, p. 133.

²³⁷ Especial atención merece lo postulado por Kelsen en cuanto a que la interpretación que realizan los juzgadores es auténtica, ya que esa denominación ha solido otorgarse a la interpretación que deriva del creador de la disposición normativa; no obstante, para comprender su posición tan particular, se evoca un fragmento de su célebre obra *Teoría pura del derecho*:

La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho. Por cierto que se habla solo de interpretación auténtica cuando a misma adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, teniendo carácter general, es decir, creando derecho no solo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una norma general. Pero también es auténtica, es decir, creadora del derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir cuando el órgano produce solo una norma individual o ejecuta una sanción...

Véase: Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., p. 354.

²³⁸ No debe causar asombro que se asuman diversidad de manifestaciones de interpretaciones, teniendo en cuenta los variados agentes que la realizan, ya que si bien muchos pueden desarrollar esa tarea, no todas tienen el mismo nivel de relevancia. Sobre este punto Häberle habría de pronunciarse, manifestando lo que se sintetiza líneas adelante en el cuerpo de la tesis; no obstante, el ilustre jurista mexicano García Máynez ya lo había advertido, en su momento, al exponer:

La interpretación no es labor exclusiva del juez; cualquier persona que inquiera el sentido de una disposición legal puede realizarla. Pero la calidad del intérprete no es indiferente, al menos desde el punto de vista práctico, porque no toda interpretación es obligatoria...

Véase: García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2002, p. 329.

a la “**oficial**”, que es la que realiza “un órgano –diverso e inferior respecto a aquel que ha producido el objeto de interpretación– del aparato del Estado en el ámbito del ejercicio de su propia función institucional”²³⁹; como ejemplo, hace referencia a la interpretación realizada por los órganos estatales consultivos. Así también, el connotado jurista, cuando aborda la interpretación judicial, a la que también llamada “**jurisprudencial**”, refiere que, en cierto modo, se trata de una subclase de la oficial, en tanto que la realizan los órganos judiciales del aparato estatal y su resultado reviste “particular autoridad de derecho”²⁴⁰.

La tipología interpretativa anterior pone de manifiesto la variedad de agentes que pueden asumir esta actividad. Al adherir a esa posibilidad, Häberle apuesta por apartarse de la idea de que la tarea solo corresponde al juez constitucional y, para el efecto, asume que se asiste a una *relativización* de la interpretación jurídica del magno texto, lo cual es exigido por los siguiente motivos²⁴¹: (i) ni el propio juez constitucional interpreta en solitario, ya que las formas de participación procedimental se han ampliado; (ii) en el “campo previo” de la interpretación del texto constitucional converge la participación de varias fuerzas pluralistas públicas; así las cosas, “[e]l Tribunal Constitucional ha de interpretar posteriormente en correspondencia actualizando la publicidad”; y (iii) algunos problemas de aplicación de la Constitución material no llegan al juez constitucional, ya sea por falta de competencia o por ausencia de recurso para acceder a este; en esos casos, “[l]a Constitución material ‘vive’ aquí igualmente: sin interpretación constitucional del juez (piénsese en los principios de los reglamentos internos

²³⁹ Tarello, Giovanni, *op. cit.*, p. 72.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 73.

²⁴¹ Häberle, Peter, *op. cit.*, p. 51. En otro trabajo, el mismo autor, refiriéndose a la interpretación que se produce en esa área jurídica, sentencia que en el Derecho Procesal Constitucional los tribunales constitucionales –para ello, hace especial referencia al Tribunal Constitucional Federal Alemán– son receptor de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”; con ello da a entender que esos órganos jurisdiccionales condensan o sintetizan los criterios interpretativos de diferentes sectores, transformándose en un “médium” sobre todo donde el Parlamento ha fallado. Para mayor abundamiento, véase: Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, trad. de Joaquín Brage Camazano, México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, t. I, p. 776.

parlamentarios). [...] El Derecho procesal constitucional no es el único acceso a los procedimientos de la interpretación constitucional”²⁴².

Como referente relevante en cuanto a otras modalidades de interpretación es útil referir que Guastini también sostiene que el propio vocablo *interpretación* supone varias ambigüedades, lo que significa la existencia de algunas clases distintivas, tal el caso de que es usado para referirse a la interpretación²⁴³: (i) **como proceso** –mental– o **como resultado o producto** de la actividad interpretativa; respecto de estas acepciones de la interpretación, en su momento, Tarello refirió que con ese vocablo puede hacerse referencia a: “la actividad designada por el verbo «interpretar», y se refiere primariamente a un fenómeno mental, como el atribuir un significado a un documento”²⁴⁴, así también puede referirse al “*producto* de la actividad designada por el vocablo interpretar [...] es sinónimo no tanto de «el haber interpretado» cuanto de «el resultado de haber interpretado»; tal resultado es, por el hecho mismo de ser conocido, incorporado en un documento...”²⁴⁵; (ii) **en abstracto** o **en concreto**; la primera está orientada a los textos y consiste en identificar el contenido normativo –la norma o normas existentes– dentro de un enunciado normativo o fuente de Derecho, sin que esta actividad se le vincule con caso concreto alguno; la segunda atañe a subsumir un caso concreto en el campo de aplicación de una disposición previamente identificada en abstracto; esto generalmente se realiza para la resolución de problemas; (iii) de tipo **cognitiva** o **decisoria**; la primera es la que identifica, en un texto normativo, los distintos significados posibles, teniendo en cuenta, para el efecto, las reglas de la lengua, las técnicas interpretativas en uso y las tesis dogmáticas existentes en la doctrina; la segunda, en cambio, conlleva enumerar los distintos significados que pueden ser atribuidos a un enunciado normativo; este tipo de interpretación –la decisoria– presupone la anterior –la cognitiva–, pudiendo distinguirse dos subtipos, a saber:

²⁴² Häberle, Peter, *op. cit.*, pp. 51 y 52.

²⁴³ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 31 a 50.

²⁴⁴ Tarello, Giovanni, *op. cit.*, p 61.

²⁴⁵ *Loc. cit.*

(iii.i) la **decisoria estándar**, consistente en la escogencia de un significado dentro del ámbito de los significados identificados por medio de la interpretación cognitiva; y (iii.ii) la **decisoria creadora**, que consiste en la atribución a un texto de un significado nuevo, no comprendido dentro de los identificados en la actividad interpretativa cognitiva; y (iv) **en sentido estricto**, que implica la atribución de significado a un texto; y **como construcción jurídica**, que incluye una serie de operaciones características de la doctrina, tales como la creación de normas axiológicas, la elaboración de normas no expresadas o latentes –reglas o principios–, la creación de jerarquías axiológicas, la ponderación entre principios en conflicto y la solución de antinomias. Este último tipo es identificable con la antes referida interpretación creadora, pues conlleva la construcción, a partir de normas explícitas, otras no expresadas o implícitas.

En su obra *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Wróblewski hace acopio de lo que, para él, representan las diversas concepciones existentes sobre la interpretación legal. Nótese que la clasificación formulada se sustenta primordialmente en el componente semiótico. De esa manera, según su parecer, la interpretación puede ser: (a) **sensu larguísimo**, que la define como la comprensión de un objeto en tanto fenómeno cultural que es y que conlleva adjudicar al objeto un sentido desde la perspectiva humana; (b) **sensu largo**, que atañe a la comprensión de cualquier signo lingüístico, al cual se le atribuye significado conforme a las reglas de sentido de un lenguaje dado; (c) **sensu stricto**, que conlleva la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando concurren dudas en un caso concreto de comunicación²⁴⁶. La elección de una concepción de interpretación, según el referido autor, está sujeta a los fines de la investigación. Además, hace referencia a tipologías de la interpretación construidas en razón de diversos criterios, tales como la fuente de interpretación, la validez de la decisión interpretativa, el tipo de texto interpretado y la cualificación de la interpretación. De manera concreta, con relación a la fuente o

²⁴⁶ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1988, pp. 21 a 26.

quien hace la función de intérprete, refiere que esa actividad puede ser: (a) **auténtica**, cuando la aportación del significado la formula el propio legislador; (b) **legal**, cuando la actividad la desarrolla un órgano específico del Estado con competencia interpretativa especial; (c) **operativa**, que es la que emana del órgano que aplica el Derecho con relación a las reglas que utiliza en el proceso de aplicación al caso concreto; o sea que es la que emana de los jueces y administradores; (d) **doctrinal**, que es la realizada dentro del ámbito de estudio de las ciencias jurídicas en general y de la dogmática jurídica en particular; y (e) por último, existe un tipo de interpretación que no es nominada expresamente y que, en términos concretos se describe como: “la interpretación **que surge de otras fuentes**: la interpretación de las partes y de sus representantes en el proceso jurídico, la cual a menudo estimula interpretación operativa; la interpretación hecha por la opinión pública”²⁴⁷ [el énfasis es añadido].

Las variedades de tipos de interpretación expuestas por los teóricos citados dan cuenta de una actividad en la que pueden participar diversidad de agentes y con formas de proceder y manifestaciones, igualmente, plurales. Ciertamente, el esfuerzo por abordar, de manera exhaustiva, las diversas tipologías o acepciones de interpretación permite advertir que este no es un tema acabado, pudiendo encontrarse variedad de adjetivos relacionados con el resultado de la actividad interpretativa o el enfoque de su operador, tales como: declarativa, extensiva, restrictiva, correctiva, creativa y abrogante, entre otros, suponiendo cada una resultados distintos y, por ende, particulares atribuciones de sentidos a los objetos normativos respectivos, prueba de ello es lo expresado en el siguiente párrafo:

[L]a atribución por parte del intérprete a un documento legislativo del sentido más inmediato e intuitivo, es llamada «**interpretación declarativa**». El canon metodológico «*in claris non fit interpretatio*», hoy prescribe atenerse –allí donde fue posible porque la letra de la ley no es oscura– a una interpretación declarativa. [...] Desde el tiempo de los comentaristas la «interpretación declarativa» era

²⁴⁷ La cita textual y la tipología referida puede ser encontrada en: Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, pp. 27 a 29.

contrapuesta a otros dos resultados de la actividad del intérprete, respectivamente designados como *interpretatio restrictiva* e *interpretatio extensiva*. En ocasiones estos dos modos de cualificar la interpretación respecto a su resultado eran reagrupados dentro de un género comprensivo, llamado «**interpretación correctiva**» (*interpretatio correctiva*). Se consideraba había ***interpretatio restrictiva*** cuando el intérprete excluía que una palabra del documento de ley tuviese en ella la plenitud de significado que tenía en el *communis usus loquendi*, y procedía a la exclusión de algunos significados suyos (*restrictio* o *remissio*). Se considera estar frente a ***interpretatio extensiva*** toda vez que el intérprete procedía a una *extensio* del significado del documento de ley, sea atribuyendo a una palabra un significado más lato que el común, sea extendiendo el alcance de la ley a la cobertura de casos análogos respecto al caso al que el alcance aparente de la ley refiere, sobre la base razones equitativas [...] Por «**interpretación creativa**» se entiende el resultado de la actividad del intérprete que consiste en la identificación de una norma, que no puede ser considerada uno de los significados atribuibles –según las reglas lingüístico-semánticas del contexto social, cultural y organizativo en el cual el intérprete opera– a un enunciado o a una combinación de enunciados del discurso legislativo; de tal modo, la interpretación creativa parece ser «interpretación» solo en el sentido más lato de este vocablo, y no se distingue de aquellas actividades que son llamadas «interpretación del derecho» y de «búsqueda del derecho», especialmente allí donde se profesa la ideología de la presencia de lagunas en las leyes. Por «**interpretación abrogante**» se entiende el resultado de la interpretación del intérprete que consiste en denegar que a un particular enunciado del discurso legislativo le sea atribuible un significado preceptivo, esto es, el resultado de la actividad del intérprete consiste en la aserción de que ese particular enunciado del discurso legislativo no expresa norma alguna...²⁴⁸ [el énfasis es añadido].

Especial atención merece la acepción de interpretación creativa, pues supone que el agente que realiza esa actividad suele ir más allá de los criterios que, usualmente, habían delineado cómo atribuir significados a las disposiciones normativas. Ciertamente, esa modalidad de interpretación no ha escapado de

²⁴⁸ Tarello, Giovanni, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

controversias, pues se le cuestiona que habilita crear Derecho, más allá de solo decirlo²⁴⁹. El análisis de algunos de los fallos atípicos que son objeto de estudio en el presente trabajo, en especial, los denominados fallos interpretativos, precisará tener presente esta variedad interpretativa.

4. Relación y diferencias conceptuales entre interpretación y argumentación

En primer término, resulta pertinente traer a cuenta lo expresado líneas atrás en cuanto a que las posiciones teóricas contemporáneas sobre la interpretación jurídica emergieron como una especie de crítica a las ideas tradicionales del Derecho, las cuales sostenían que el ordenamiento jurídico se caracterizaba por su coherencia, plenitud, unidad y certeza; así, la labor de los juzgadores era la de un trabajo mecánico que debía circunscribirse a desarrollar una tarea silogística, dejando al margen otros criterios posibles. Dentro de ese estado de cosas, la noción de interpretación era simplista y la argumentación jurídica era un concepto ligado al razonamiento lógico formal, que era el único posible, siendo este ajeno a aspectos ontológicos o axiológicos del Derecho.

En su trabajo *Cómo argumentar jurídicamente*, el jurista argentino Vigo refiere que aquel enfoque simplista ha cambiado y comienza el abordaje de esa temática con una afirmación categórica: “[l]a argumentación ha absorbido a la interpretación”. Esa aseveración deviene, por demás, sugestiva y su aceptación implicaría que el objeto de este segmento de tesis careciera de sentido; no obstante, como se verá

²⁴⁹ Especial reflexión merece lo expresado por Tarello, con relación a las modalidades creativa y abrogante de la interpretación. Véase:

A diferencia de las locuciones precedentemente consideradas, las locuciones, «interpretación creativa» e «interpretación abrogante», son frecuentemente usadas no solo descriptivamente, sino también con connotaciones despreciativas. Ello se debe a la difusión, dentro de la corporación de los juristas, de ideologías según las cuales (asumida la posibilidad de distinguir entre producción y aplicación del derecho) a los órganos diversos de los formalmente legislativos no les compete ni crear ni abrogar las así llamadas normas jurídicas, y son censurables aquellas prácticas y aquellas técnicas con que, bajo el ropaje de la interpretación se «crea» derecho.

Véase: *Ibidem*, p. 59.

líneas adelante, en este trabajo de tesis no se adscribe por completo a esa proposición por cuanto que sí se advierten distinciones conceptuales relevantes.

Al margen de lo expuesto precedentemente, es pertinente referir que Vigo formula su aserción sobre la base de que tanto los sustantivos argumentación como interpretación constituyen “rótulos [que] señalan la tarea específica del jurista cuando pretende brindar una respuesta jurídica frente al requerimiento de un usuario de sus servicios profesionales”²⁵⁰. Para ilustrar el porqué de lo que postula, añade que la interpretación jurídica “consistía [la formulación gramatical enfatiza el carácter pasado] en desentrañar o atribuir un significado jurídico a la ley por medio de los métodos interpretativos (básicamente el gramatical, el lógico y el sistemático) procurando ser fiel a la voluntad del legislador”²⁵¹; en tiempos recientes, en cambio, el Estado Constitucional de Derecho impone que la tarea del jurista sea más compleja e indeterminada, por lo siguiente:

[M]ás que atribuir un significado a una norma jurídica donde se subsumirá el caso que lo convoca, él debe identificar las respuestas jurídicas disponibles en el derecho vigente (compresivo de “normas” y “principios”), y escoger una de ellas brindando las razones o argumentos que la respaldan. Sin perjuicio de las precisiones y ampliaciones que siguen, queremos dejar constancia que en última instancia **la argumentación es en el EDC** [se refiere al Estado de Derecho Constitucional] **lo que la interpretación era al EDL** [Estado de Derecho Legal]. Ambas apuntan a la tarea del jurista que debe cumplir su función profesional respecto de un Derecho que ha cambiado, y que le exige capacidades y habilidades especiales que antes no se requerían²⁵².

Por último, respecto de la posición de Vigo, conviene referir que él considera decisivo para la argumentación jurídica contar con interrogantes jurídicas frente a los cuales no cabría una respuesta única o evidente, pues si bien recurrentemente se suscitan muchas cuestiones que resultan indiscutibles o que pueden resolverse

²⁵⁰ Vigo, Rodolfo, *Cómo argumentar...*, cit., p. 2.

²⁵¹ *Loc. cit.*

²⁵² *Ibidem*, p. 3.

pacíficamente, las hay, en mayor número, otras sobre las cuales es posible identificar racionalmente más de una respuesta²⁵³.

Según criterio del tesista, si se aceptara que el concepto de interpretación se identifica simplemente con el procedimiento mecánico de aplicación del Derecho en el que las pautas de solución de controversias estuvieran dadas de antemano – idea que estuvo en boga en el siglo XIX–, quizá pudiera compartirse que una nueva concepción a la que se le adjudica otro nombre –argumentación– se ha impuesto en tiempos recientes, desplazando a la anterior. No obstante, ha de apartarse de la proposición formulada por el respetable jurista argentino, sobre la base de adscribir a la propuesta de que la interpretación sea considerada como un proceso –o actividad–²⁵⁴ que se caracteriza por ser complejo y que no se constriñe a una tarea mecánica de aplicación por subsunción, sino que implica establecer y atribuir significados sustancialmente válidos a las fuentes del Derecho, a la luz de las exigencias actuales y a fin de que, con base en estos, se pueda dar solución a las controversias jurídicas que se presentan. En ese marco de cosas, la expresión de los argumentos sería una fase que presupone haber realizado aquella actividad.

Otra posición que advierte una correlación entre los dos conceptos –interpretación y argumentación– es la de MacCormick, quien sostiene:

La interpretación es, como todos acuerdan una actividad omnipresente en el Derecho. Pero ¿qué es interpretación? De acuerdo con el presente enfoque se trata de una forma particular de argumentación práctica en el Derecho, en la cual se arguye acerca de una comprensión de los textos o materiales autoritativos como una clase especial de razón (justificativa) de las decisiones judiciales. De ahí que la interpretación jurídica deba ser entendida dentro del marco de una

²⁵³ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

²⁵⁴ Esa acepción es aportada por Tarello y, luego, retomada y desarrollada por Guastini, para diferenciarla de la interpretación como resultado. De estas acepciones se hará relación cuando se aborde la tipología de interpretaciones –ver apartado 3 de este capítulo–. Para mayor abundamiento, véase: Tarello, Giovanni, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

explicación de la argumentación, en particular, de la argumentación práctica. En este marco, resulta que la interpretación únicamente puede ser una parte de la argumentación jurídica y sólo puede ser elucidada en el panorama más amplio de la normatividad constitucional y la teoría política, que a su vez pertenecen a la perspectiva más vasta de la argumentación práctica²⁵⁵.

Como se dejó entrever en párrafos precedentes, el autor del presente trabajo no adhiere a las posiciones que sostienen que los términos interpretación y argumentación atañen a una misma actividad o que –como los presenta Vigo– la primera expresión concierne a algo que es absorbido por la segunda; contrario a ello, se advierte que entre ambas formulaciones conceptuales existen diferencias, que se resumen en el hecho que la argumentación presupone haber llevado a cabo la actividad interpretativa. Respecto a que –como indica MacCormick– la interpretación es parte de la argumentación, se estima que la relación entre ambas acciones, más que formar parte una de la otra, supone complementación, pues la asignación de un sentido interpretativo se verá reflejada en un discurso argumentativo, así también argumentar implica haber interpretado previamente.

En este punto, Ezquiaga Ganuzas, destacando el carácter completo del modelo teórico de la aplicación judicial del Derecho elaborado por Jerzy Wróblewski y, en alguna medida, apoyándose en sus postulados, sostiene que la argumentación jurídica está presente o, al menos, debería estarlo desde la selección del enunciado normativo aplicable, determinación de su significado, prueba de los hechos, subsunción de los hechos en la norma y determinación de las consecuencias jurídicas de esos hechos para la norma elegida. Ello obedece a la exigencia de motivación de las decisiones judiciales, lo que solo se puede entender cumplido cuando el aplicador presupone razones –argumentos– que

²⁵⁵ MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010, p. 66.

justifiquen las decisiones adoptadas en el proceso de aplicación del derecho a un caso concreto²⁵⁶.

Lo expresado en cuanto a las diferencias conceptuales también encuentra apoyo en aportaciones doctrinarias como las que se hará referencia en este y los párrafos subsiguientes. En esa línea, se evoca a Guastini, quien, en su trabajo *Interpretar y argumentar*, postula que en “[e]l ámbito de las decisiones judiciales, la argumentación de la interpretación pertenece a la justificación externa de la decisión y es parte integrante de la motivación”²⁵⁷. En la misma línea, la magistrada constitucional Balaguer Callejón expresa que “[c]uando se pretende racionalizar una resolución judicial, la argumentación jurídica es la posibilidad que tienen los operadores jurídicos de justificar su decisión”²⁵⁸.

Los contenidos de las definiciones transcritas denotan que los autores en mención consideran a la argumentación, refiere que esta es sinónimo de razonamiento, en tanto discurso por el cual se justifica o se dan razones para sostener una conclusión o decisión²⁵⁹. Aunque la tesis de Guastini tal vez no sea la mejor

²⁵⁶ Cfr.: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1994, p. 69.

²⁵⁷ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar...*, cit., p. 261. Lo expresado en la cita textual se complementa con lo expresado en las primeras páginas de esa obra –p. 32–, en cuanto a que la interpretación, entendida como actividad, supone las siguientes operaciones: (a) el análisis textual; (b) la decisión sobre el significado; y (c) la argumentación. La primera de las operaciones referidas conlleva, a la vez, la identificación de: (a.1) la función gramatical de los vocablos empleados; (a.2) la función lógica de esos vocablos; y (a.3) la estructura sintáctica de la disposición. Con ello, el análisis textual permite, en última instancia, “por un lado, establecer *prima facie* qué norma o qué normas expresa la disposición; por otro lado, reconstruir de forma canónica la norma o las normas en cuestión...”.

²⁵⁸ Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 98

²⁵⁹ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar...*, cit., p. 225. Esa concepción es un tanto coincidente con el pensamiento de Toulmin, quien hizo una importante distinción terminológica, a saber:

...el término *argumentación* se usa para referirse “a la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas, etc.” (Toulmin-Rieke-Janik, 1984, p. 14). El término *razonamiento* se usa, con el sentido más restringido que el anterior, para referirse a “la actividad central de presentar las razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuera la pretensión” (*ibidem*). Por lo que se refiere a *argumento*, se diferencian dos sentidos de término. En un primer sentido, un argumento es un tramo de razonamiento (*a train of reasoning*), esto es, “la secuencia de pretensiones y razones encadenadas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de la proposición a favor de la que

manifestación de cómo se hace un deslinde conceptual de los sustantivos que dan título a este apartado, se aprecia el aporte de elementos que permiten visualizar tal distinción.

Por su parte, el profesor García Amado, quien sostiene que la interpretación jurídica implica un razonamiento compuesto de dos partes o pasos, ya que supone el establecimiento de las interpretaciones posibles sobre un enunciado normativo y su opción por una de ellas, encuentra en la argumentación la expresión discursiva de las razones asumidas. En esos términos se pronuncia, al indicar que cuando el juzgador “interpreta una norma, condicionando con ello el contenido final de su fallo para el caso, está realizando una elección que debe justificar mediante argumentos contenidos en la propia sentencia [ello amerita la formulación de la siguiente interrogante:] ¿De qué manera puede y debe hacerlo? [La respuesta es simple:] Mediante argumentos interpretativos”²⁶⁰. Con ello deja entrever la adscripción a la idea que inicialmente fue enarbolada en este apartado, en cuanto a que la interpretación hace las veces de continente y el argumento, las de contenido.

Un ejercicio de precisión conceptual lo realiza el profesor Romero Martínez, quien aduce que los vocablos “argumento”, “argumentación” o “argumentativo” son bastante utilizados en el lenguaje común. Ello obedece a que en todo mensaje emitido se procura un tipo de apoyo o reconocimiento por parte del receptor de este, para lo cual se utiliza la capacidad de dar razones a modo de generar algún tipo de aceptación sobre los mensajes emitidos. De esa manera, la argumentación

argumenta un determinado hablante’ (*ibidem*). En el segundo sentido, los argumentos o, mejor, las disputas argumentativas (en inglés *argument*, en una de sus acepciones, significa debate, discusión) son algo en que la gente se ve envuelta, esto es, son “interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten y/o se da vuelta a tales tramos de razonamiento” (*ibidem*, p. 15). Lo que le interesa a Toulmin principalmente son los argumentos en este segundo sentido. Finalmente, quien participa en un argumento manifiesta su racionalidad o su falta de racionalidad según se muestre abierto al argumento...

Véase: Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 83 y 84.

²⁶⁰ García Amado, Juan Antonio, “Interpretar, argumentar, decidir”, *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP/ Universidad de Friburgo, 2006, p. 52.

equivale a la manifestación del razonamiento, por lo que el instrumento lingüístico del que se echa mano al argumentar es el discurso, el que es dirigido a un auditorio con el ánimo de generar adhesión respecto del pensamiento que se tiene, recurriendo a la justificación con la pretensión de crear una aceptación razonada²⁶¹. Esa posición es coincidente con la del profesor Ezquiaga Ganuzas, cuando hace referencia a la argumentación judicial, indicando que es la que realizan los jueces a efecto de cumplir así con la obligación de motivar las decisiones judiciales y precisa que la argumentación interpretativa es el instrumento de justificación de la atribución de significados a los enunciados elegidos para resolver el caso²⁶².

Se puede asumir que, mediante el proceso de interpretación, se disponen los alcances de los enunciados normativos, los cuales son expuestos mediante discursos argumentativos. Si bien estos últimos pueden contener elementos narrativos y descriptivos, esos no son sus componentes característicos, pues esos discursos se construyen esencialmente con razones justificativas de la decisión que en torno a lo interpretado se asume.

Las argumentaciones jurisdiccionales sustentadas conllevarán que la emisión de los fallos alcance legitimidad, así como la posibilidad de mayor aceptación por parte de todas las personas a quienes atañe lo decidido. Esa posición es compartida por la magistrada Balaguer Callejón cuando indica que “[c]onstituye por tanto la argumentación jurídica un factor muy importante de la legitimación de las resoluciones judiciales, en cuanto permite al juez dar a conocer las razones en que se ha basado”²⁶³; empero, más relevante para determinar su relación con la interpretación es lo que expresa la magistrada en mención, en cuanto a que “[l]a interpretación de las normas busca así legitimación por la vía del convencimiento y

²⁶¹ Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Base para la toma de decisiones judiciales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 66.

²⁶² Cfr.: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado”..., *cit.*, p. 72.

²⁶³ Balaguer Callejón, María Luisa, *op. cit.*, p. 98.

de la argumentación”²⁶⁴.

Llegado a este punto, es pertinente traer a cuenta que la argumentación jurídica ha merecido la atención de doctrinarios que centraron sus esfuerzos en construir una teoría argumentativa que permitiera superar el escepticismo que había cobrado auge en contraposición del formalismo, proponiendo elementos de racionalidad aplicables para la toma de decisiones y, por ende, para la actividad de interpretación. Respecto de ello se hará relación en el subinciso siguiente.

4.1 La construcción de una teoría integradora de la argumentación jurídica

Refiere el jurista García Amado que de la teoría de la argumentación en general comienza a hablarse en, el sentido que actualmente se usa, a fines de los años cincuenta, gracias a dos obras cuya influencia se deja sentir hasta hoy, a saber: *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique –Tratado de la argumentación. La nueva retórica–*, de Chaïm Perelman y L. Olbrechts-Tyteca y *The Uses of Argument –Los usos de la argumentación–*, de Stephen Toulmin²⁶⁵

El título de este segmento pudiera sugerir que los connotados teóricos a quienes se atribuye esa construcción han recorrido un territorio inexplorado, descubriendo un nuevo campo de estudio, como si se tratara de una temática de la que antes ni si quiera se hubiera reparado. No obstante, entenderlo así implicaría dar la espalda a la honda tradición de la teoría del razonamiento jurídico, que no es algo ajeno o radicalmente diferente a lo que ahora se pretende abordar. Ha de tenerse presente que la intención de efectuar un estudio detenido sobre aquella teoría obedece a la necesidad de reconocer los logros que pueden atribuírsele, los cuales han consistido principalmente en lo siguiente:

²⁶⁴ *Loc. cit.*

²⁶⁵ García Amado, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de filosofía del derecho*, no. 3, 1986, p. 154.

[P]or un lado, en hallar fructíferas vías medias para muchas de las artificiosas y engañosas dicotomías en que se movía la teoría de la aplicación del derecho y, por otro lado, en sentar un nuevo modelo de racionalidad con la que medir críticamente las decisiones...²⁶⁶

Sobre la base de que existen referentes previos a la teoría objeto de análisis, resulta útil recordar que, en el siglo XIX, las doctrinas metodológicas de aplicación del Derecho que eran dominantes eran la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania, y la Escuela de la Exégesis, en Francia. Ambas coincidían en su postura formalista de abordaje de las controversias jurídicas, en el sentido que los juzgadores debían limitar su función a realizar una labor deductiva silogística, de meras subsunciones de los casos a disposiciones normativas provenientes de un sistema jurídico completo y coherente –sin lagunas ni antinomias–, no dejando espacio para la valoración y la creación²⁶⁷.

El abordaje de este tema hace necesario traer a cuenta lo expresado respecto de las distintas concepciones sobre la interpretación jurídica, en especial es preciso recordar que, como respuesta a las posiciones interpretativas formalistas extremas, se produjo el advenimiento de las escuelas escépticas, representadas principalmente por los realistas –en sus diferentes vertientes–; sin embargo, en estas últimas no se produjo una teoría de la argumentación jurídica. Ello obedeció, principalmente, a lo siguiente: (a) si bien los escépticos subrayaron la relevancia de los juicios de valor, asumieron imposible construir un razonamiento propiamente justificativo, decantándose por uno más bien persuasivo y retórico;

²⁶⁶ García Amado, Juan Antonio, “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *Derechos Humanos*, Rosario (Argentina), *Juris*, 2001, p. 174. Respecto de circunstancias que justifican la emergencia de una teoría de la argumentación jurídica, Iturralde sostiene lo siguiente:

...no es de hecho posible ningún procedimiento de producción estatal del Derecho que pueda brindar en todo momento a los sometidos al Derecho y a los encargados de aplicarlo, reglas capaces de resolver cada cuestión jurídica, de modo que a partir de tales reglas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión. **La existencia de casos en los que, conforme a un mismo material normativo, caben distintas interpretaciones, justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica**, apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica... [el énfasis es añadido].

Véase: Iturralde, Victoria, “Sobre el silogismo judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VIII, 1991, p. 240.

²⁶⁷ García Amado, Juan Antonio, “La teoría de la argumentación jurídica...”, *cit.*, p. 173.

(b) su interés por la retórica se limitaba al hecho que el enfoque realista es, esencialmente, conductista, o sea: dirigido a predecir o explicar el comportamiento de los operaciones jurídicos, más que a proveer su justificación racional; y (c) su tesis de la indeterminación –más o menos radical– del Derecho implicaba que las decisiones judiciales no están determinadas por la existencia de normativa previamente establecida, sino que constituyen el fruto de una serie de elementos políticos, sociológicos, ideológicos e idiosincráticos; ello “lleva también a que no se pueda hablar propiamente ni de argumentación jurídica ni de método jurídico”²⁶⁸.

Las motivaciones por construir lo que actualmente se denomina teoría de la argumentación jurídica radicarón en el deseo de superar las posiciones extremas relacionadas, asumiendo puntos intermedios en cuanto a cómo justificar la elección de una decisión entre las alternativas posibles. Esto se cristalizó con el establecimiento de criterios o condiciones de racionalidad práctica o de corrección de los discursos argumentativos, tales como notas de carácter dialógico, consensualista y procedimental, a fin de que una decisión valorativa pudiera ser considerada como racional²⁶⁹. Así las cosas, las buenas decisiones quedarían sujetas al seguimiento de aquellos criterios y condiciones, que permitan argumentativamente demostrar su conveniencia.

Ciertamente, la emergencia de una teoría de la argumentación jurídica supuso encontrar un punto medio que significara la superación del modelo rígido formalista y el escepticismo que implicaba la apertura a la solución de casos sin la observancia de criterios preestablecidos. Ante ese panorama, las bondades de aquella teoría se pusieron de manifiesto mayormente en la resolución de casos que guardan semejanzas entre sí y que habría de ser encarados con base en un mismo material normativo. Así, la sola existencia de la teoría se ve justificada ante la posibilidad de desautorizar la generación de respuestas diversas y contradictorias para problemas similares.

²⁶⁸ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, pp. 25 y 26.

²⁶⁹ García Amado, Juan Antonio, “La teoría de la argumentación jurídica...”, *cit.*, pp. 181 y 182.

4.1.1 Aportes para la construcción de una teoría integradora de la argumentación jurídica

Según el jurista español García Amado, es posible trazar una línea evolutiva de la teoría de la argumentación, desde lo que denomina “labor precursora”, que se habría producido en la década de los cincuenta representada por los aportes de Perelman, Viehweg o Recaséns²⁷⁰, pasando por el que llama “hito cuasi-fundacional”, que es la publicación en 1978 de la obra *Theorie der juristischen Argumentation –Teoría de la argumentación jurídica–* de Alexy y que siguen con “toda la elaboración posterior a la que contribuyen autores como MacCormick, Aarnio, Peczenick, Atienza, etc.”²⁷¹.

Pese a que en el párrafo anterior no se hace mención de **Herbert Adolphus Hart**, el repaso de los aportantes a la construcción de la teoría de la argumentación jurídica empieza con él, debido a que a su legado le es reconocido ser la base del enfoque teórico de Neil MacCormick, identificado como uno de los iusfilósofos que, dentro del marco de aquella teoría, han efectuado propuestas más depuradas²⁷².

En su obra *The concept of law –El concepto del Derecho–*, Hart –quien se identifica como positivista– formula sus propuestas dentro del marco de lo que se denominaría la corriente del Derecho Analítico, la cual habría tenido sus orígenes

²⁷⁰ Sobre esta tríada de precursores, Atienza refiere que les caracterizó enarbolar la tesis de que el razonamiento jurídico no podía verse como un tipo de razonamiento deductivo. Al respecto, explica:

Recaséns Siches (inspirándose en Ortega) defendió la idea de un *logos de lo razonable* (adecuado para campos como el Derecho) que contrapuso al *logos de lo racional*. Viehweg sostuvo que lo peculiar del razonamiento jurídico se encuentra en la noción tradicional de tópica; y la tópica no sería un *ars iudicandi*, una técnica referida al paso de las premisas a la conclusión, sino un *ars inveniendi*, volcado al descubrimiento de las premisas y centrado en la noción de problema (y no en la de sistema). Perelman, por su lado, contrapuso los argumentos lógico deductivos o demostrativos a los de carácter retórico; estos últimos no tratarían de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión y tendrían como finalidad fundamental persuadir...

Véase: Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 30.

²⁷¹ García Amado, Juan Antonio, “La teoría de la argumentación jurídica...”, cit., p. 173.

²⁷² Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 24.

en la propuesta científica de Austin. Dentro de ese contexto, sostuvo:

En todos los campos de la experiencia, no solo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cientos casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. [...] Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquella se aplica o no [y continúa indicando:] Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que solo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras²⁷³.

Entendiendo a Hart, puede referirse que su posición se apoya de manera determinante en el análisis del lenguaje, ya que, según su parecer, toda disposición normativa tiene un núcleo de aplicación que abarca casos cuya inclusión es indubitable; estos son los casos fáciles, que se resuelven mediante subsunción al precepto normativo; empero, también hay casos que definitivamente no pueden considerarse incluidos en la regulación normativa en cuestión, los cuales estarían excluidos; para la resolución de estos, el juzgador contaría con cierta discrecionalidad, pudiendo acudir a los principios de la hermenéutica jurídica y a los instrumentos de interpretación que el propio sistema posibilita; esto último supone que la resolución discrecional no tiene por qué implicar arbitrariedad²⁷⁴.

Como precursor de la teoría que se aborda, obligado es evocar a **Theodor**

²⁷³ Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, p. 158.

²⁷⁴ Atienza sintetiza los rasgos distintivos de la propuesta de Hart en los siguientes términos: “su pretensión de elaborar una teoría descriptiva y general del Derecho, y su manera de entender la discrecionalidad judicial (que supone que, en los casos difíciles, los jueces tienen que acudir a criterios extrajudiciales, aunque no por ello arbitrarios”. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación... cit.*, p. 24. Líneas adelante –p. 64–, el autor califica a Hart como el más importante positivista jurídico de los últimos tiempos y refiere sobre el iusfilósofo evocado que:

...no se limita a mostrar que los positivistas no propugnan una aplicación mecánica, logicista, de las normas y que, por lo tanto, no son formalistas en el sentido más o menos usual de la expresión. Sostiene también que ser consciente de la existencia de casos de penumbra, esto es, de casos que no pueden resolverse simplemente mediante procedimientos deductivos, lógicos, sino acudiendo a ciertos objetivos o propósitos sociales, no supone prescindir de la separación entre el Derecho y la moral. En los casos de la penumbra se necesita, efectivamente, algún criterio acerca de lo que el Derecho «debe ser», pero ese criterio, en su opinión, no tiene por qué implicar un juicio moral...

Viehweg, quien, en 1953, publicó la primera edición de su trabajo *Topik und Jurisprudenz – Tópica y Jurisprudencia–*, que, como idea fundamental, postulaba la reivindicación de la tónica y la retórica para la teoría y práctica jurídicas²⁷⁵.

En su intento por definir la noción de tónica de Viehweg, García Amado refiere que el iusfilósofo mezcla tres elementos heterogéneos entre sí, tales como: (a) el objeto o factor que desencadena ese proceso, que sería procurar una técnica para afrontar el pensamiento problemático; (b) el instrumento con que se opera: los *topoi*, o sea: los lugares donde se hallan los argumentos; y (c) el tipo de actividad en que se manifiesta: que es la búsqueda y examen de premisas que permitan la discusión de problemas²⁷⁶. Pese a la visión multicomprendiva de la tónica, lo cierto es que las diferentes dimensiones de comprensión del concepto son coincidentes en cuanto a la necesidad de encontrar en las posibilidades de argumentos la mejor forma de afrontar problemas jurídicos.

Conforme lo expuesto, la tónica constituye una parte de la retórica, en tanto disciplina que tuvo una gran importancia en la Roma antigua y en la Edad Media, épocas en las que fue relevante la jurisprudencia tónica. Viehweg sostuvo que el jurista romano se basó en el planteamiento de un problema para encontrar argumentos; así, por ejemplo, el principal objetivo del *ius civile* eran las colecciones de reglas, o sea de: tónicos que se legitimaban al ser aceptados por hombres notables, dotados de prestigio. En la Edad Media, al estudio del Derecho le precedía la retórica, de ahí que muchos juristas fueron maestros en ese arte antes que de Derecho. A partir de la época moderna, se optó por el abandono de la tónica y su sustitución por el método axiomático deductivo, que implicaría partir de una serie de principios o axiomas, que debieran presentar propiedades de plenitud, compatibilidad e independencia²⁷⁷. A su juicio, deviene imposible la

²⁷⁵ Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., p. 29.

²⁷⁶ El autor se refiere a Viehweg como “borroso”, en tanto que utiliza tres elementos diversos para definir la tónica. García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tónica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 90.

²⁷⁷ Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., pp. 35 y 36.

axiomatización del Derecho, el establecimiento de la prohibición de interpretar las normas, permitiendo el *non liquet* –falta de claridad–, una intervención continuada del legislador y el establecimiento de preceptos de interpretación de los hechos orientados exclusivamente hacia el sistema jurídico; por ello, la alternativa a considerar sería “no modificar la esencia de la técnica jurídica –esto es, su carácter tópico–, sino concebirla como una forma de aparición de la incesante búsqueda de lo justo de la que emana el derecho positivo y que se continúa de la mano del derecho positivo...”²⁷⁸. En ese contexto, la jurisprudencia “aparece, pues, como una técnica que opera –tópicamente– desde dentro del sistema jurídico y que se opone al pensar investigador llevado a cabo por disciplinas no dogmáticas como la historia del derecho o la sociología del derecho”²⁷⁹.

Ciertamente, el aporte de Viehweg es significativo para la posterior construcción de una teoría integradora de la argumentación; empero, a decir de Atienza, ha de aceptarse que la tónica no proporciona, por sí sola, una explicación satisfactoria de la argumentación jurídica; de hecho, no permite advertir la relevancia que en todo razonamiento jurídico cumplen la ley, la dogmática y el precedente, quedándose “en la estructura superficial de los argumentos estándar, pero no analiza su estructura profunda, sino que permanece en un nivel de generalidad, aleado del nivel de la aplicación como tal del derecho”²⁸⁰. Se limita a sugerir un catálogo de tópicos o premisas utilizables en la argumentación, pero no da criterios para establecer una jerarquía entre ellos, ni proporciona una respuesta a la cuestión central de la metodología jurídica, que no es otra que la de la racionalidad de la decisión jurídica.

También se suele identificar como precursor a **Chaïm Perelman**, que constituye la figura más relevante respecto del rescate de la retórica como instrumento de renovación de la argumentación jurídica. Su propuesta interpretativa parte del

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 36.

²⁷⁹ *Loc. cit.*

²⁸⁰ Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, pp. 40 y 41.

concepto clásico de retórica –concebido como el arte de hablar en público de manera persuasiva–, adaptándola a las necesidades argumentativas actuales. De esa forma, el criterio de lo que es justo o bueno no tendría que radicar en la mera reflexión individual o lo que es lo mismo en el diálogo de cada sujeto con su conciencia moral; por el contrario, ello podría ser hallado por la vía del debate intersubjetivo, o sea: el intercambio de puntos de vista, de argumentos, de razones, entre los sujetos²⁸¹.

Su concepto de la *nueva retórica* –abordado en la obra *Tratado de la argumentación: La nueva retórica* [en colaboración con L. Olbrechts-Tyteca] y cuyo contenido quedaría precisado en *La lógica jurídica y la nueva retórica*– constituye el núcleo de su teoría y, con este, el iusfilósofo muestra cómo, por medio de las argumentaciones, se intenta convencer a otros sobre la aceptabilidad de sus opiniones; además, cuestiona el criterio lógico de validez formal, postulando que la solidez argumentativa depende de si el discurso es aceptado por la audiencia a la que se dirige y para esto se sirve de una serie de técnicas de la argumentación –técnicas de unión y de disuasión, por ejemplo–.

El planteamiento de la teoría de Perelman surge a partir de la objeción que hace respecto de la imposibilidad de evaluar racionalmente los juicios de valor, lo que identifica con la lógica formal. En términos generales, su propuesta se basa en la persuasión de los oyentes o quienes reciben el discurso; ello se afirma en el siguiente fragmento sobre su trabajo:

En la argumentación, [...] nada hay que demostrar como no sea el carácter razonable de una propuesta o la verosimilitud de un hecho que, a partir de lo que el auditorio ya de antemano admite, expuestas las tesis por el orador, reciben la fuerte adhesión y la aprobación invariable de sus oyentes²⁸².

Lo relevante de Perelman es que redescubre la retórica argumentativa como

²⁸¹ García Amado, Juan Antonio, “La teoría de la argumentación jurídica...”, *cit.*, p. 183.

²⁸² López Eire, A., “Retórica antigua y retórica moderna”, *Humanitas*, vol. XLVII, 1995, p. 889.

medio discursivo de persuasión; a ello se agrega que describe dos categorías de puntos de partida de la argumentación, los que, según se vinculen con la realidad, los clasifica en: (a) relacionados con **lo real**, los que identifica con los hechos y las verdades –observados o establecidos convencionalmente– no sujetos a discusión y que son aceptados por los seres humanos que se suponen racionales; y (b) los que tienen que ver con **lo preferible**, que se integran con los valores, las jerarquías de valor y los lugares comunes relacionados con las preferencias de la audiencia particular²⁸³. Por ello, si bien con la demostración y las inferencias formales de tipo lógico arrojan resultados correctos o incorrectos, con los argumentos solo se logra que la intensidad de la adhesión sea mayor o menor.

Perelman también asume un enfoque que sostiene la relevancia de los valores y principios; con relación a estos últimos, destaca su utilidad principalmente para la solución de los casos difíciles, para los cuales sería obligado reinterpretar los principios, los que, en caso de entrar en conflicto, deberían motivar a que se opte por un razonamiento de tipo práctico y, por lo tanto, social; dicho de otro modo, se debe “apostar por una legitimación de la decisión judicial, lo que se estima adecuado, pues en el caso extremo de que se tenga que limitar un principio en aras de proteger otro, se debe hacer con base en una justificación contextual”²⁸⁴. No es suficiente tener a los principios como punto de partida al momento en que se realice la actividad argumentativa, pues se precisa efectuar una selección de estos de manera que la resolución del caso con su uso sea admitida por el auditorio respectivo, no bastaría tener los principios como punto de partida en la argumentación, sino más bien hay que elegirlos de manera tal que sean admitidos por el auditorio respectivo, presentándolos e interpretándolos de modo que puedan ser adaptados al caso correspondiente²⁸⁵.

Al final, ha de aceptarse que el rescate de la retórica que propone Perelman viene

²⁸³ Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, 5a. ed., trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989, p. 120.

²⁸⁴ Romero Martínez, Juan Manuel, *Op. cit.*, p. 75.

²⁸⁵ *Loc. cit.*

a abonar a los esfuerzos por dotar de elementos eficaces para la argumentación jurídica a quien está encargado de esa función; no obstante, se le suele criticar que “no ofrece ningún esquema que permita un análisis adecuado a los argumentos jurídicos –de los diversos tipos de argumentos jurídicos– ni del proceso de la argumentación, aunque desde luego, en su obra aparecen sugerencias de indudable interés”²⁸⁶. También se le critica que sus aportes son de cuño conservador y parecen diseñados para satisfacer las necesidades de quienes se aproximan al Derecho y sociedad desde esa perspectiva, pero no para quienes parten de una concepción crítica y conflictualista de esos fenómenos²⁸⁷.

Por su parte **Stephen Toulmin**, al igual que Viehweg y Perelman, parte de la idea de insuficiencia de la lógica formal deductiva; empero, su concepción crítica es más radical. A diferencia de la propuesta basada en la tópica, la teoría de Toulmin está dotada de un notable aparato analítico, ofreciendo una guía para el ejercicio práctico de la argumentación; así también, distinto a la propuesta que se apoya en la retórica, el filósofo referido no se preocupa tanto en analizar la estructura de cada uno de los tipos o técnicas argumentativas, sino de los argumentos en general, mostrando el carácter dialógico de la argumentación²⁸⁸.

Para Toulmin, una de las expresiones del comportamiento humano es la práctica de razonar, o sea: dar razones a otros a favor de lo que se hace, piensa o dice. Asumió la existencia de una gran variedad de usos del lenguaje, pudiendo distinguirse entre un uso instrumental y otro argumentativo. La primera forma de

²⁸⁶ Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 78.

²⁸⁷ *Loc. cit.*

²⁸⁸ Tomar en cuenta que Toulmin refirió que al término argumento se le pueden atribuir dos sentidos, a saber:

En un primer sentido, un argumento es un tramo de razonamiento (*a train of reasoning*), esto es, “la secuencia de pretensiones y razones encadenadas que, entre ellas, establecen el contenido y la fuerza de la proposición a favor de la que argumenta un determinado hablante” [...] En el segundo sentido, los argumentos o, mejor, las disputas argumentativas (en inglés *argument*, en una de sus acepciones, significa debate, discusión) son algo en que la gente se ve envuelta, esto es, son “interacciones humanas a través de las cuales se formulan, debaten y/o se da vuelta a tales tramos de razonamiento”...

Según Atienza, Toulmin mostró inclinación principalmente por el segundo sentido. Véase: *Ibidem*, p. 84.

uso tendría lugar cuando las emisiones lingüísticas consiguen directamente sus propósitos sin precisar de razones adicionales; por ejemplo: cuando se ordena o pide algo. En cambio, el uso argumentativo del lenguaje supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas²⁸⁹.

El filósofo mencionado criticó el modelo tradicional de la lógica, al considerarlo excesivamente simple, porque: (a) parte de un tipo de argumento infrecuente en la práctica, exhibiendo una estructura más simple que la de los argumentos usados en las diversas esferas de la argumentación; y (b) la lógica solo hace distinción entre premisas –mayor y menor en el sistema silogístico– y conclusión; sin embargo, debe hacerse diferencia entre seis tipos de proposiciones o elementos de los argumentos, los cuales cumplen funciones distintas, tales como: la garantía –*warrant*–, respaldo –*backing*–, datos –*grounds*–, pretensiones –*claims*–, cualificadores modales –*qualifiers* o *modality*– y refutaciones o restricciones –*rebuttals*–²⁹⁰. Toulmin, a diferencia de los defensores de la lógica formal, que consideran a los argumentos como una secuencia de proposiciones, los toma como interacciones humanas, o sea: como un tipo de acción; ello implica ampliar de manera considerable el campo de análisis e interesarse por establecer criterios de corrección material de los argumentos con aspectos ajenos a la lógica en sentido estricto²⁹¹.

Los elementos relacionados en el párrafo precedente estarían conectados entre sí, existiendo ente estos una fuerte dependencia, siendo preciso para que sea posible la argumentación –y adquieran fuerza los argumentos– que concurren puntos de partida común, que son los que caracterizan cada una de las empresas racionales

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 83.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 99.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 102. Líneas adelante, Atienza estima relevante que Habermas consideró que el planteamiento de Toulmin conllevaba una gran ventaja, esto es: “argumentar significa aquí esforzarse por apoyar una pretensión con buenas razones, pudiendo consistir la pretensión –como hemos visto– en la defensa de un derecho, la adopción de una estrategia comercial, el apoyo a un candidato para un puesto, etc...”.

en cuyo seno ha de argumentarse; así en el área judicial, los argumentos serán fuertes en la medida en que sirven para los fines más profundos del proceso jurídico²⁹².

Por último, ha de indicarse que Toulmin hace referencia a distintos tipos de argumentos, pero es enfático entre la distinción de los analíticos y sustanciales – *analytic arguments* y *substantial arguments*–, en los cuales es fundamental la diferencia entre garantía y respaldo. Así, en los analíticos, el respaldo para la garantía que autoriza incluye explícita o implícitamente la información expresada en la conclusión; en cambio, cuando el respaldo para la garantía no contiene la información expresada en la conclusión, el argumento será de tipo sustancial –o sea: no formal–²⁹³.

No puede obviarse la evocación de **Ronald Dworkin**, quien pese a que se le suele identificar como postpositivista también es considerado como reivindicador del iusnaturalismo, por haber formulado una propuesta basada en la integración del Derecho y la moral; con ello revivió el debate con los positivistas en cuanto a los elementos y límites del ordenamiento jurídico.

Además de que, por los elementos característicos de su propuesta, se le equipara a un reivindicador de posiciones iusnaturalistas, Dworkin también puede ser considerado fuerte crítico a las doctrinas positivistas, pero, a la vez, el continuador de elementos básicos de uno de sus más grandes exponentes –Hart–²⁹⁴, los que

²⁹² La conexión relacionada se pone de manifiesto en el producto argumentativo logrado. Véase:

Las tesis implicadas en los argumentos de la vida real están, por lo tanto bien fundamentadas sólo si pueden ser ofrecidas para apoyarlas suficientes razones de una clase apropiada y pertinente. Estas razones deben estar conectadas con las tesis mediante garantías aplicables y dignas de confianza, capaces, a su vez, de ser justificadas por un respaldo suficiente y relevante...

Véase: Miranda Alonso, Tomás, *Argumentos*, Valencia, Ed. Marte/Universitat de València, 2002, pp. 30 y 31.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 89 y 99.

²⁹⁴ Respecto de la paradójica posición de Dworkin como crítico del positivismo y, a la vez, continuador de los postulados de Hart, conviene tener presente lo expresado por Romero Martínez:

Se debe comenzar por señalar que Ronald Dworkin critica las doctrinas positivistas que han venido controlando el pensamiento jurídico. La principal razón en que se sustenta su crítica es que las concepciones del derecho formalistas desconocen la práctica jurídica, en la cual no existe una separación

utiliza de manera mejorada. Una aseveración semejante es realizada porque si bien Hart hizo hincapié en la clasificación de casos fáciles y difíciles, el alcance de su propuesta de solución de estos últimos no se sustenta en dar preponderancia a los principios²⁹⁵, lo que sí hace Dworkin, quien asumió que estos proporcionan una suerte de integridad o plenitud que permite al juzgador hallar una solución correcta para todos los casos sin necesidad de hacer uso de la discreción en el sentido fuerte de ese vocablo²⁹⁶.

Lo expresado en el párrafo que precede es de mejor comprensión si se tiene en cuenta que, según Dworkin, el Derecho no solo está integrado de reglas, sino también de principios; igualmente, lo integran las directrices políticas, que constituyen objetivos colectivos. Así, para la solución de los casos fáciles, ha de hacerse uso de reglas, mientras que en los casos difíciles “han de resolverse por la aplicación de los principios y en tal ámbito la subsunción no constituye un instrumento suficiente para obtener la solución de esos casos y que solo será posible mediante la interpretación”²⁹⁷.

absoluta entre el derecho y la moral. De hecho, las críticas de Dworkin toman como referencia los postulados del positivismo jurídico asumido por Hart.

Véase: Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 42.

²⁹⁵ Respecto de la importancia de los principios en el proceso interpretativo y de la innecesariedad de su reconocimiento oficial como condición para su existencia, Vigo, al comentar a Dworkin, sostiene:

El reconocimiento de los principios supone ampliar notablemente el ámbito de las fuentes a donde los juristas recurren cuando deben esclarecer los derechos de las partes, con la particularidad, insistimos, de que aquellos principios dworkinianos “no deben su *status* de derecho a ninguna forma de incorporación o a ninguna decisión normativa, ni práctica judicial o a ningún consenso. De forma que son derecho incluso si no están identificados como tal por referencia a las fuentes sociales del derecho”.

Véase: Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 48. En apoyo a su afirmación, Vigo evoca lo comentado por su compatriota Nino, quien de forma coincidente hace comentarios sobre Dworkin, resaltando aspectos que lo destacan como recio crítico del positivismo:

Los principios a los que Dworkin se refiere son, como él mismo lo dice explícitamente, principios morales y es precisamente una característica de los principios morales el que ellos no son reconocidos o aceptados por el hecho de derivar de una fuente fáctica oficial.

Véase: Nino, Carlos S., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 153.

²⁹⁶ Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 457.

²⁹⁷ Sierra Gutiérrez, Abdón, “Reflexiones acerca de la evolución de la teoría de la interpretación: trayectoria de Savigny a Dworkin”, *Legem*, vol. 2, núm. 2, 2015, p. 122. Disponible en línea:

Por su parte, **Jerzy Wróblewski** aportó un modelo teórico de la aplicación judicial del Derecho, que es considerado como una contribución significativa dentro del marco de los estudios de la interpretación. A decir de connotados académicos, como el profesor Ezquiaga Ganuzas, su obra constituye la construcción teórica más completa en la materia²⁹⁸; además, según Atienza, presenta un modelo que une los mejores aportes de los enfoques lógico, retórico y ético de la actividad interpretativa; esto porque “en el proceso que va de las fuentes a las normas, siempre podemos encontrar pasos que pueden ser sometidos a control lógico, el uso de argumentos retóricos y la apelación a valores político-morales”²⁹⁹.

Como parte de su propuesta teórica, el iusfilósofo polaco en mención destaca la distinción entre los conceptos justificación interna y externa de una decisión, adaptándolos al ámbito de la argumentación, lo cual desarrolla en su obra *Sentido y hecho en el Derecho*, específicamente en el capítulo II titulado: *Justificación de las decisiones jurídicas*, respecto del cual se hará relación en los siguientes párrafos.

Pues bien, Wróblewski refiere que la noción de justificación concierne a los diferentes tipos de decisiones que conllevan discursos jurídicos, a saber: legislativas, interpretativas o aplicativas³⁰⁰. Efectuar decisiones justificadas constituye una parte del discurso jurídico, concepto que se refiere a cualquier “razonamiento verbalizado conectado con problemas jurídicos que, en nuestra cultura jurídica, se espera sean tratados de una manera racional”³⁰¹. La existencia de justificación conlleva que las decisiones en cuestión no son evidentes ni arbitrarias. Ese concepto –el de justificación– está relacionado con el de racionalidad, teniéndose por “racional” aquella proposición, norma o valoración

<http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/legin/article/view/1307>. Consultado el 17 de agosto de 2017.

²⁹⁸ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado”..., *cit.*, p. 69.

²⁹⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 132.

³⁰⁰ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho*, México, Fontamara, 2001, p. 45.

³⁰¹ *Loc. cit.*

justificable mediante una argumentación apropiada, teniendo racionalidad interna cuando es inferida apropiadamente de sus premisas, y externa cuando tales premisas son aceptadas correctamente³⁰².

En la línea de lo anterior, Wróblewsky refiere la existencia de cuatro tipos de justificaciones relevantes; las primeras dos son la consecuencia entre la necesidad de racionalidad interna y externas; y las otras dos, con la oposición entre la lógica formal y no formal. Véase las notas características de cada una a continuación.

La **justificación interna** está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica; así, esta estaría justificada si es inferida de sus premisas, según las reglas de inferencia aceptadas –ejemplo sería la justificación de tipo silogística–. De esa forma, es condición de la justificación la existencia de una regla con la cual poder verificar la racionalidad interna de la decisión. Por su parte, la **justificación externa** se produce cuando las premisas son calificadas como buenas, de acuerdo a los estándares utilizados por quien realiza la calificación respectiva. Así una decisión podría presentar justificación interna, pero no externa si las valoraciones utilizadas por el que toma la decisión son rechazadas por el agente encargado del análisis de la decisión³⁰³.

Por otro lado, la **justificación formal** es la que se verifica con el auxilio de alguna lógica formal –del tipo que sea–, en el entendido que, en efecto, existe una para tal tarea verificadora. Para ese efecto “adecuación” significa que hay un cálculo lógico formal, cuyos teoremas pueden ser interpretados por las expresiones lingüísticas usadas por quien toma la decisión. La **justificación no formal** es opuesta a la anterior, ya que no está determinada por cálculos lógico-formales aplicables para la toma de decisiones jurídicas. En ese contexto, este tipo de justificación estaría relacionada con formulaciones teóricas de la argumentación jurídica, tal como la tónica de Viehweg o la retórica de Perelman³⁰⁴.

³⁰² *Ibidem*, p. 46.

³⁰³ *Ibidem*, p. 52.

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

Definida la aportación significativa de Wróblewski, conviene hacer relación de la contribución del iusfilósofo escocés **Neil MacCormick**, creador de una teoría integradora de la interpretación que es de las que mayor interés ha suscitado en tiempos recientes; esta tiene la virtud de evitar posiciones extremas, procurando un término medio, pues plantea que la emisión de las decisiones judiciales se base tanto la racionalidad como la afectividad³⁰⁵.

Los rasgos fundamentales de la tesis de MacCormick son desarrollados en su obra *Legal Reasoning and Legal Theory –Razonamiento jurídico y teoría del Derecho–*, los que son sintetizados por Atienza de la siguiente manera:

[T]rata, en cierto modo, de armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, como de los no deductivos, de los aspectos formales y de los materiales; y que se sitúe, en definitiva, a mitad de camino –y son términos utilizados por el propio MacCormick (1978, p. 265)– entre una teoría del derecho ultrarracionalista (como la de Dworkin, con su tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso) y una irracionalista (como la de Ross: las decisiones jurídicas son esencialmente arbitrarias, esto es, son un producto de voluntad, no de la razón)...³⁰⁶.

Para MacCormick, todo tipo de argumentación práctica cumple una función de justificación, por lo que los argumentos deben estar justificados incluso cuando persigan una finalidad persuasiva, pues solo puede persuadirse con argumentos debidamente justificados. En el caso de la argumentación jurídica, ello se logra si los argumentos se justifican conforme a los hechos establecidos y las disposiciones normativas vigentes. Dentro de ese marco, justificar una decisión jurídica implica dar razones que muestren que las resoluciones aseguran “la

³⁰⁵ Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 80.

³⁰⁶ Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 107.

*justicia de acuerdo con el derecho*³⁰⁷. Ha de remarcarse que la teoría del referido jurista no trata únicamente de mostrar bajo qué condiciones una decisión jurídica puede tenerse como justificada, sino que pretende, además, que las decisiones jurídicas, de hecho, se justifiquen de acuerdo con el modelo propuesto.

La atribución de carácter integrador a la teoría de MacCormick obedece al carácter simbiótico del modelo argumentativo propuesto. Esto, porque asume que, al menos, en algunos casos, las justificaciones que realizan los jueces son de carácter estrictamente deductivo; no obstante, asume que lo que la lógica determina es la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez en cuanto tal³⁰⁸.

La justificación deductiva presenta los siguientes presupuestos: (a) que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del Derecho válido; (b) que el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, lo cual conlleva aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces. Además, presenta límites que se pueden encontrar en los casos difíciles, según concurren problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación; los dos primeros afectan las precisas normativas y los dos últimos a las premisas fácticas³⁰⁹.

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 107 y 108.

³⁰⁸ *Ibidem*, pp. 110 y 111. En la última página citada, Atienza refiere que la expresión *lógica* es utilizada por MacCormick en, al menos, dos sentidos; a saber:

En un sentido técnico (el de la lógica deductiva) el predicado lógico se emplea básicamente en relación con los argumentos, con las inferencias; [así] las premisas sólo serían ilógicas si fueren contradictorias. Pero hay otro sentido en el que la lógica viene a equivaler a *justa*.

Luego, tomando prestados términos usados por otros teóricos, explica:

[A]unque MacCormick no emplee esta terminología, lo que quiere decirse con todo lo anterior es que una decisión jurídica cuando menos tiene que estar justificada internamente, y que la justificación interna es independientemente de la justificación externa en el sentido de que la primera es condición necesaria, pero no suficiente, para la segunda.

³⁰⁹ Un **problema de interpretación** se suscita "cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable [...], pero la norma en cuestión admite más de una lectura..."; un **problema de relevancia** se produce "no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma..."; un **problema de prueba** se refiere "al establecimiento de la premisa menor"; y un **problema de calificación o de hechos secundarios** aparece "cuando no existen dudas sobre la existencia de hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto hecho de la norma...". Para mayor abundamiento, véase: *Ibidem*, pp. 112 y 113.

Sobre la base de lo anterior, puede afirmarse que MacCormick precisó que existen casos de fácil solución –dada la concurrencia de reglas claras en su aplicación– en los cuales se puede echar mano de una justificación deductiva; por el contrario, para los casos difíciles, las decisiones judiciales no pueden justificarse de esa manera, ya que lo decidido implica, en primer término, cumplir con el requisito de universalidad y, en segundo, que tenga sentido en relación con el sistema –lo que significa que debe cumplir con las exigencias de consistencia y coherencia– y con el mundo –lo que significa que el argumento decisivo es consecuencialista³¹⁰. A lo primeramente referido– el requisito de universalidad o sustento en alguna norma general–, MacCormick le llama “justificación de primer nivel”, la cual es coincidente con lo que otros autores han denominado justificación interna o formal; a lo posterior –los argumentos consecuencialista y de prueba de los fallos; esto es, su consistencia y coherencia con el sistema jurídico– le denomina: “justificación de segundo nivel”, que coincide con la justificación externa implica³¹¹.

Ciertamente, la aportación de MacCormick es de suma significación dentro de los esfuerzos por construir una teoría argumentativa jurídica integradora. Para dar cuenta del reconocimiento que en ese sentido ha merecido, es obligado referir que su concepción, juntamente con la de **Robert Alexy**, que se abordará en los párrafos subsiguientes, es identificada como teoría estándar de la argumentación jurídica y ha motivado posteriores trabajos doctrinarios que han desarrollado sus ideas.

Pues bien, la propuesta de Alexy respecto de la argumentación jurídica es

³¹⁰ Explicado con otras palabras, según el profesor Romero Martínez:

...para MacCormick la argumentación jurídica surgiría en los casos difíciles; es decir en donde la justificación deductiva no tenga cabida. Dicho de otra forma, la tesis básica de MacCormick es que justificar o argumentar una decisión judicial en tales casos representa cumplir con el requisito de universalidad, y también que la decisión guarde sentido en relación con el sistema jurídico; es decir, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia, y en relación con el mundo; esto es, que el argumento decisivo sea consecuencialista [o sea:] primero la justificación de la decisión puede ser alcanzada por la simple deducción del establecimiento de reglas claras; segundo, desde que nos encontramos con problemas de interpretación, clasificación o relevancia tenemos que tener el recurso del segundo orden de justificación...

Véase: Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 82.

³¹¹ *Ibidem*, pp. 115 a 117.

desarrollada principalmente en su obra *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* –o *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*–; si bien esta fue objeto de posterior desarrollo y precisión, la esencia de la teoría no fue modificada.

Ha de indicarse que Alexy tuvo influencias de fuentes muy variadas; de hecho, en la obra antes relacionada evoca varios los aportes de distintas teorías del discurso práctico, previo a exponer su propia propuesta teórica; no obstante, es fundamental la incidencia de los criterios que conformaron la teoría de Jürgen Habermas³¹².

Para Alexy, el concepto *discurso* tiene un significado particular, en tanto son “conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones”³¹³. A estos podrá agregársele el adjetivo “prácticos”, si tratan de la corrección de las proposiciones normativas, tal como se verá más adelante con los discursos jurídicos.

Respecto de las teorías sobre discursos posibles, el iusfilósofo en mención refiere que estas pueden ser empíricas –cuando tratan de describir y explicar la

³¹² Según uno de sus comentaristas más autorizados de Habermas –Thomas McCarthy, citado textualmente por Atienza–, este postulaba lo siguiente:

Su posición es que las innegables diferencias entre la lógica de la argumentación teórica y la de la argumentación práctica no son tales como para desterrar a esta última del ámbito de la racionalidad; que las cuestiones práctico-morales pueden ser decididas “mediante razón”, mediante la fuerza del mejor argumento; que el resultado del discurso práctico puede ser un resultado “racionalmente motivado”, la expresión de una “voluntad racional”, un consenso justificado, garantizado o fundado; y que, en consecuencia, las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en un sentido lato de este término.

En suma, sostuvo que las pretensiones de validez vinculadas con los actos de habla pueden aceptarse de manera, más o menos, ingenua; empero, esas pretensiones pueden ser problematizadas, de modo que cuando lo problematizado son las pretensiones de verdad o de corrección se produce el pago de la acción comunicativa al discurso. Ello implica que el hablante tiene que proporcionar razones para fundamentar que sus aserciones son verdaderas –discurso teórico– o que determinada acción o norma de acción es correcta –discurso práctico–. En congruencia con otros autores, en especial con Toulmin y Perelman, Habermas no consideró la argumentación como una serie de proposiciones, sino como actos del habla, un tipo de interacción o comunicación. *Cfr.: Ibidem*, pp. 151 a 153.

³¹³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 177.

correlación entre los grupos de hablantes y sus argumentos—, analíticas y/o normativas—, analíticas –si tratan de la estructura lógica de los argumentos utilizados y posibles– y normativas –cuando se establecen y fundamentos criterios de racionalidad de los discursos—. Su propuesta teórica va encaminada a establecer criterios para determinar la racionalidad de los discursos jurídicos; sin embargo, también incluye un análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones, por lo que puede asumirse que es analítico-normativa³¹⁴.

La teoría alexiana se desarrolla con base en un procedimiento discursivo fundamentado en argumentos sujetos a reglas; de esa forma, ha de entenderse que “[u]n enunciado normativo será correcto o, en su caso, verdadero, sólo cuando pueda ser el resultado de dicho procedimiento discursivo”³¹⁵.

Las reglas a que está sujeto el proceso discursivo racional son las siguientes: (i) fundamentales³¹⁶; (ii) de razón³¹⁷; (iii) sobre la carga de la argumentación³¹⁸; (iv)

³¹⁴ El propio Alexy reconoce ese extremo en la introducción de su célebre obra, al indicar: “La postura en este trabajo puede denominarse «analítico-normativa», ya que la elaboración de tales criterios [de racionalidad] incluye un análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones...”. *Ibidem*, p. 35. La intención de efectuar una propuesta armónica entre las posturas analíticas y normativas conlleva, según el profesor López Sánchez, que sus postulados giren en torno a la idea de un “Derecho justo, razonable y motivado, hasta tanto sea posible, pretendiendo combinar la complejidad de las interacciones humanas y los derechos con el máximo rigor procedimental”. López Sánchez, Rogelio, *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Nuevos modelos hermenéuticos y argumentativos*, México, Porrúa, 2013, p. 33.

³¹⁵ Rojas Amandi, Víctor Manuel, “La teoría de la argumentación. La versión de Alexy”, *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 29, 2003, p. 163.

³¹⁶ Son **fundamentales** las reglas cuya validez es “condición para cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o de la corrección”, o sea que aplica para los discursos teóricos o prácticos y tienen relación con los principios conocidos de no contradicción, de sinceridad, de universalidad y de uso común del lenguaje, que conciernen a condiciones mínimas de racionalidad. A estos, Alexy los presenta de la siguiente manera: (a) ningún hablante puede contradecirse; (b) todo hablante debe afirmar solo aquello que él mismo cree; (c) cada hablante que utilice un predicado “F” para cierto objeto “A” debe estar dispuesto a utilizarlo nuevamente para otro objeto que sea igual a “A” en todas las cuestiones relevantes; (c.i) todo hablante solo debe sostener aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría en todas aquellas situaciones que entre sí resultan iguales en todos los aspectos relevantes; y (d) distintos hablantes no pueden utilizar la misma expresión con distintos significados. Cfr.: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 185 a 187 y 283.

³¹⁷ Un segundo grupo de reglas concierne a la justificación de la aserción de enunciados normativos. A estas, Alexy las llama “**reglas de razón**” y son las siguientes: (i) la regla general consistirá en que todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma frente a

de las formas de los argumentos³¹⁹; (v) de fundamento³²⁰; y (vi) de transferencia³²¹. Según García Amado, las reglas que Alexy formula para el

cualquier persona, salvo que pueda proporcionar razones que justifiquen negar una fundamentación –esta puede ser denominada como la “regla general de fundamentación”–. Además, están las subreglas concernientes a la idealidad del diálogo, son: (i.i) cualquier persona puede tomar participación en el discurso; de esto deriva lo siguiente: (i.ii) cualquier persona puede problematizar, introducir en el diálogo nuevas aseveraciones y expresar sus opiniones, deseos y necesidades; (i.iii) a ningún interlocutor debe impedírsele ejercer sus derechos en los subincisos anteriores, mediante coerción interna o externa. *Cfr.: Ibidem*, pp. 187 a 192 y 283.

³¹⁸ Las **reglas sobre la carga de la argumentación** son de carácter técnico y su sentido es el de facilitar la argumentación. Alexy identifica como tales a las siguientes: (a) el que pretenda tratar a una persona de manera distinta que a otra está obligado a fundamentarlo; (b) el que ataca una proposición o disposición que no es objeto de la discusión debe proporcionar la razón de ello; (c) quien argumenta solo está obligado a proporcionar más argumentos cuando existan contraargumentos; y (d) el que toma parte en el discurso aportando una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa aportación. *Cfr.: Ibidem*, pp. 191 a 193 y 284.

³¹⁹ El cuarto grupo de reglas está relacionado con **las formas de los argumentos**, habiéndose identificado seis combinaciones posibles de formas de argumentos característicos, las que tienen que ver con la estructura de estos. Las diferentes formas de los argumentos pueden ser analizadas en: *Ibidem*, pp. 193 a 197 y 284. El jurista mexicano Rojas Amandi, sintetiza dichas formas, presentándolas como concernientes a: (i) la fundamentación de afirmaciones singulares con base en reglas formales; (ii) la fundamentación de reglas mediante sus consecuencias; (iii) la fundamentación de reglas mediante reglas; (iv) la fundamentación de reglas de preferencia absolutas; (v) la fundamentación de reglas condicionadas; y (vi) la fundamentación de reglas de preferencia entre reglas y principios. Para mayor abundamiento, *Cfr.: Rojas Amandi, Víctor Manuel, op. cit.*, p. 166.

³²⁰ El quinto grupo corresponde a las **reglas de fundamentación**, referidas a las características de la argumentación práctica y tienen que ver con la forma de llevar a cabo la fundamentación. Para el efecto, Alexy propone un subgrupo referente a las variantes de los principios de universalidad: (i.i) el que sostiene una proposición normativa que supone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe aceptar sus consecuencias, incluso para el caso hipotético de que él pudiera encontrarse en la situación de aquellas; (i.ii) las consecuencias de cada regla que tenga por objeto la satisfacción de los intereses de cada uno tienen que ser aceptadas por todos; (i.iii) toda regla debe formularse de forma abierta y general. Un segundo subgrupo se dirige a garantizar la racionalidad de las reglas, tomando en cuenta su génesis histórico-social e individual, véase: (ii.i) las reglas morales que son base a las concepciones morales del interlocutor deben poder ser sometidas a examen de su génesis histórico-crítica; para el efecto, debe tenerse presente que una regla moral no pasaría esa prueba: (ii.i.i) si originariamente pudo ser justificada racionalmente; empero, con el paso del tiempo, ha perdido su justificación; (ii.i.ii) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y tampoco se pueden aducir razones para justificar; (ii.ii) las reglas morales que fundamentan las convicciones morales del interlocutor tienen que poder pasar el examen de su formación histórica individual; en ese sentido, no pasaría esa prueba si se hubiere establecido sobre la base de condiciones de socialización no justificables. El último subgrupo corresponde a una única subregla: (ii.iii) se deben respetar los límites de realizabilidad dados de hecho. *Cfr.: Alexy, Robert, op. cit.*, pp. 197 a 200 y 284 a 285.

³²¹ El sexto grupo consiste en las **reglas de transición**, las que se fundamentan en el hecho que en el discurso práctico se suscitan problemas que obligan a que se recurra a otras formas de discurso, por lo que se da lugar a lo siguiente: (a) cualquier interlocutor puede pasar a un discurso

discurso práctico general se pueden reconducir a seis principios: consistencia, racionalidad finalística, revisibilidad, coherencia, generalidad y sinceridad³²².

El iusfilósofo que se comenta construyó su propuesta sobre la base de considerar que la argumentación jurídica es una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como el proceso y la discusión científico-jurídica. Esa actividad, a la que puede designarse “discurso”, trata de la corrección de enunciados normativos, por lo que, en razón de esa nota característica, puede ser considerado un tipo de “discurso práctico”; de ahí que afirmó que el discurso jurídico es un “caso especial” del discurso práctico general³²³. Esa afirmación encierra uno de los postulados centrales de la teoría alexiana e implica que las reglas anteriormente relacionadas son aplicables en la argumentación jurídica, aunque con los matices propios marcados por los límites³²⁴; ello es así, ya que “el discurso jurídico se diferencia del discurso práctico general en que su libertad está limitada, en pocas palabras, por la ley, el precedente, la dogmática, y –en el caso del proceso–, por las leyes procedimentales³²⁵”.

Queda claro, entonces, que el núcleo de la tesis de caso especial radica en que la pretensión de corrección del discurso práctico también se plantea en el discurso jurídico, con la diferencia de que esta no se apoya en el hecho “que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente

teórico; (b) cualquier interlocutor puede, en cualquier momento, pasar a la realización de un análisis del lenguaje; y (c) para cualquier interlocutor es posible, en cualquier momento, pasar a un discurso de teoría del discurso. *Cfr.: Ibidem*, pp. 200 a 201 y 285.

³²² *Cfr.:* García Amado, Juan Antonio, “Del método jurídico...”, *cit.*, pp. 179 y 180.

³²³ La afirmación efectuada conlleva uno de los postulados centrales de la teoría alexiana. Para mayor abundamiento, véase: *Ibidem*, pp. 34, 38, 205 y ss.

³²⁴ Las reglas y formas propias del discurso jurídico son sintetizadas por Alex en el trabajo *Ibidem*, pp. 285 a 287.

³²⁵ *Ibidem*, p. 38. Según Atienza, la relación y diferencias relacionadas comporta que se rija por reglas generales y por las específicas del discurso jurídico. Según su entender, estas últimas pueden concernir a la justificación interna o a la externa. *Cfr.:* Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 383.

fundamentadas”³²⁶. Según Atienza, el respeto de las reglas y los límites propios del discurso jurídico conlleva que se alcance una solución racional, aunque no necesariamente en un sentido único³²⁷.

Dentro del marco de las particularidades del discurso jurídico y su justificación, el enfoque de corrección alexiano hace distinción entre la llamada “justificación interna” y la “justificación externa” de las decisiones judiciales –con esto da seguimiento a la línea trazada por Wróblewski–.

La primera de esas justificaciones –la interna– es de carácter meramente lógico-deductivo y concierne al paso de las premisas a la conclusión³²⁸; al respecto, asume que ese esquema de fundamentación es insuficiente en todos los casos complicados³²⁹. Por su parte, la justificación externa tiene por objeto la fundamentación de las premisas utilizadas en la justificación interna. “Dichas

³²⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 213. El jurista mexicano Rojas Amandi facilita el entendimiento de ese pasaje de la obra alexiana, al indicar:

En el discurso jurídico no se pregunta cuál resulta ser la solución más racional, sino cuál, con base en un sistema jurídico dado, es la solución más racional. [Así] La solución más razonable dentro de un sistema jurídico es la que mejor se pueda fundamentar con base en las normas de derecho vigente, considerando los criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica.

Véase: Rojas Amandi, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 173.

³²⁷ Al respecto, Atienza sostiene:

...al igual que ocurriría en el discurso práctico general, el discurso jurídico delimita también, junto con las esferas de lo discursivamente necesario y lo discursivamente imposible, una tercera de lo discursivamente posible: frente a un mismo caso, las reglas del discurso jurídico permiten que varios participantes en el mismo lleguen a soluciones incompatibles entre sí, pero racionales (esto es, fundamentadas discursivamente)...

Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 172.

³²⁸ En el apéndice de su trabajo, Alexy sintetiza las siguientes reglas para la justificación interna: (i) para fundamentar una decisión debe aducirse por lo menos una norma universal; (ii) la decisión jurídica debe seguirse lógicamente, al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones; (iii) cuando exista duda sobre “si a es un T o un M”, hay que aducir una regla que decida la cuestión; (iv) son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible; y (v) debe articularse el mayor número posible de pasos de desarrollo. *Cfr.*: Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 285 a 286.

³²⁹ Esto ocurriría, por ejemplo:

(1) cuando una norma [...] contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensiva, (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

Véase: *Ibidem*, p. 216. El abordaje de la justificación interna es desarrollado en extenso en las pp. 214 a 222.

premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se pueden distinguir (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo³³⁰. Ello implica que la fundamentación externa no es excluyente de la lógica; empero, requiere algo más en el establecimiento de las premisas.

Es meritorio hacer hincapié en el hecho que Alexy trata de resolver el problema de si es posible justificar racionalmente las decisiones jurídicas, particularmente en los casos difíciles en los cuales las resoluciones no son la consecuencia directa de la aplicación de la ley a los hechos del caso. Según su parecer, un fallo judicial no consiste únicamente en una simple operación mecánica lógica de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios y la necesidad de ponderación de los valores en conflicto³³¹.

Como bien se indicó con antelación, la teoría de la argumentación de Alexy se ve complementada con los trabajos que posteriormente publicara; dentro de estos, es obligado hacer relación de la obra *Theorie der Grundrechte –Teoría de los derechos fundamentales–*, en la que motiva el uso de la racionalidad argumentativa para la resolución de los problemas jurídicos, particularmente por medio de las sentencias judiciales. Para ello, el iusfilósofo en mención, propone una distinción entre reglas y principios, categorías conceptuales entre las que existe una diferencia cualitativa, no de grado. En su esquema conceptual, ambas – las reglas y los principios– son normas, en tanto que expresan “lo que debe ser”, y ambas contienen expresiones de permisión y prohibición; no obstante, los segundos implican algo que debe ser realizado en la mayor medida posible, en atención a las posibilidades físicas y jurídicas; específicamente estos son

³³⁰ *Ibidem*, p. 222. El abordaje de la justificación externa es desarrollado extensamente en las pp. 222 a 272; además, se sintetizan en las pp. 286 a 287.

³³¹ Alexy refiere que es imperiosa la ponderación, por cuatro razones; a saber: (a) la vaguedad del lenguaje jurídico; (b) la posibilidad de conflicto de enunciados normativos; (c) la posibilidad de casos que necesitan de una regulación jurídica y sobre la cual no existe una disposición normativa vigente; y (d) el hecho que sea posible decidir, incluso, contra el tenor literal de una disposición. *Cfr.: Ibidem*, pp. 23 y 24.

mandatos de optimización y su rasgo definitorio es que pueden cumplirse en diferente grado. Por su parte, las reglas son normas que o bien son cumplidas o no; de esa manera, si es válida, debe cumplirse y si no lo es, no es necesario cumplirla³³².

En la obra evocada, Alexy refiere que, en algunos casos, los juzgadores deben sopesar principios que, de manera abstracta, tienen la misma jerarquía, pero inclinarse por uno no implica que la decisión deba ser irracional. Ello es así, ya que los principios, a diferencia de las reglas, no contienen mandatos definitivos, sino *prima facie*. Cuando concurre un conflicto de reglas o, mejor dicho, cuando en un caso no pueden cumplirse, una es válida y la otra es inválida, a menos que la primera incluya una cláusula según la cual la segunda es una excepción a su cumplimiento. Por el contrario, cuando dos principios colisionan, uno debe ceder ante el otro, pero ello no significa que el que no fundamenta la decisión sea inválido, ya que el peso de estos varía de acuerdo con las circunstancias³³³. En esa línea, las colisiones de principios no se solucionan determinando la prioridad absoluta de uno ellos sobre los otros, sino que efectuando ponderación en función de los intereses en el conflicto. Para ese propósito, propone la utilización de lo que denomina *principio de proporcionalidad*, el cual, a su vez, incluye tres subprincipios, a saber: de *idoneidad*, de *necesidad* y de *proporcionalidad en sentido estricto*³³⁴.

La aplicación práctica del principio antes referido se da por medio de un test que conlleva la realización de una operación con base en los subprincipios relacionados y opera con el objeto de reducir los márgenes de discrecionalidad de los juzgadores en su tarea de delimitar el contenido de los derechos fundamentales, los cuales, en atención a la explicación contenida líneas atrás, tienen el carácter de mandatos de optimización y pueden entrar en conflicto o

³³² Cfr.: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 67 y 68.

³³³ *Ibidem*, p. 69.

³³⁴ *Ibidem*, p. 91.

verse limitados en situaciones concretas.

Sin duda, el aporte alexiano a la hermenéutica jurídica es muy valioso y ha influido de manera determinante en el quehacer de muchos órganos jurisdiccionales en el mundo, particularmente en Europa y América Latina. Su fórmula de ponderación es frecuentemente utilizada en los ámbitos tribunales, en especial dentro de la jurisdicción constitucional, aunque vale decir que muchas veces se exagera su uso, acudiéndose a esta en ocasiones en que los casos bien pudieran ser abordados sin la necesidad de echar mano de la fórmula ponderativa que se propone³³⁵.

En su obra *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, **Manuel Atienza** realiza un significativo esfuerzo de síntesis que permite la mejor comprensión de las propuestas teóricas de la argumentación jurídica; no obstante,

³³⁵ De manera concreta, Atienza invita a no complicarse la vida inútilmente, recurriendo a la fórmula alexiana de ponderación cuando ello sea completamente innecesario. Por tal razón, según su parecer, el test no debe ser concebido como un algoritmo; esa necesidad la advierte por la siguiente apreciación y experiencia:

Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos, digamos, más sobrios llevan ahora a algunos tribunales a extensísimas motivaciones dirigidas probablemente a transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias respectivas. Como ejemplo podría servir una decisión (por lo demás, una buena decisión) del Tribunal Constitucional de Ecuador (Sentencia-0005-2008-AN), de la que he tenido hace poca ocasión de ocuparme. El Procurador General del Estado había declarado “inadmisible” la posibilidad de una exención tributaria en relación con la importación de vehículos usados, establecida por una determinada ley en beneficio de los discapacitados. El Tribunal Constitucional entendió que la ponderación efectuada por el Procurador entre el derecho a la atención prioritaria de los discapacitados frente a los derechos del medio ambiente y del consumidor había sido equivocada, o sea, que debía prevalecer el primer derecho y considerar, en consecuencia, que la exención era constitucional. Pero para eso empleó un número elevadísimo de páginas en las que se explicaba con todo detalle la teoría de Alexy y su fórmula de la ponderación, se señalaba que el elemento del “peso abstracto” no podía hacerse jugar, pues según la Constitución ecuatoriana todos los principios y derechos son de igual jerarquía, y se pasaba luego a examinar con minuciosidad el resto de los elementos de la fórmula: afectación de tal derecho, satisfacción del otro, seguridad de las conexiones empíricas (entre importación de vehículos usados y daño al medio ambiente), etc. ¿Pero no hubiese bastado simplemente con decir que es absurdo pensar que esa medida pudiese tener un efecto negativo en el medio ambiente o en los consumidores, cuando resulta que el parque automovilístico del país mayoritariamente superaba los tres años de antigüedad y que no había ninguna razón para pensar que la importación de un auto usado atentara contra los derechos de los consumidores? ¿Se necesitaba semejante esfuerzo teórico para llegar a una conclusión prácticamente de sentido común? A riesgo de ser malinterpretado, yo diría que, en no pocas ocasiones, la mejor teoría es la que no se nota. El mejor teórico del Derecho es el que hace fácil lo difícil y no difícil lo fácil...

Véase: Atienza, Manuel, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2010, pp. 171 y 172. La crítica realizada por el jurista español puede encontrar respaldo no solo en el ejemplo que utiliza, sino en variadas expresiones jurisprudenciales que han hecho de la técnica una herramienta de apoyo para proyectar el alto nivel a que hace referencia Atienza.

ha de destacarse el carácter crítico de ese trabajo, al calificarlas de deficitarias en cuanto a las tres dimensiones que deben integrar una teoría, que serían: el objeto, el método a utilizar y su función. Particularmente cuestiona las teorías de MacCormick y Alexy, considerándolas insuficientes en cuanto que:

...descuidan o no tratan en absoluto aspectos muy importantes del razonamiento jurídico; no ofrecen un método que permita, por un lado, analizar adecuadamente los procesos de argumentación jurídica y, por otro lado, evaluar los resultados de los mismos; y tienen un interés limitado para el teórico y el práctico del derecho, al tiempo que resultan insuficientemente críticas en relación con el derecho positivo, considerado tanto estática como dinámicamente...³³⁶.

Respecto de lo que se ha denominado teoría estándar de la argumentación jurídica, Atienza reconoce como meritorio su contribución al establecimiento de criterios de corrección, los que se presentan como elementos mínimos que permiten descartar como irracionales determinadas decisiones; de esa manera es preferible que ese test no sea tomado como un cálculo a efectuar, sino como una serie de condiciones a satisfacer, formulándose, para el efecto, cuestionantes tales como si la medida es necesaria, es idónea y si supone una afectación grave de otro bien o derecho. Según su parecer, el problema de uso de esos criterios radica en el hecho que en la solución de casos difíciles suele pasar que las resoluciones asumidas superan la utilización del test de racionalidad, por lo que es necesario “extender la noción de racionalidad practica [...] para abarcar una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad que ofreciera algún tipo de criterio con que operar en los casos difíciles”³³⁷.

Merece la pena destacar que la posición crítica de Atienza se centra, en alguna medida, en la refutación que dirige a la simple distinción que se hace entre casos claros o fáciles de los difíciles, pues, con esa clasificación, se olvidan unos casos especialísimos, que, por su particularidad de dificultosa solución, denomina casos

³³⁶ Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., p. 203.

³³⁷ *Ibidem*, pp. 215 y 216.

trágicos, los cuales diferencia de los anteriores en los siguientes términos:

En la teoría estándar de la argumentación jurídica se parte de la distinción entre casos claros o fáciles y casos difíciles: en relación con los primeros, el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no se discute; los segundos, por el contrario, se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes que permite el derecho positivo. Pero lo que parece quedar excluido con este planteamiento es la posibilidad de una tercera categoría la de los casos trágicos. Un caso puede considerarse trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral [...] La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema³³⁸.

Con relación al dilema que presenta enfrentarse a un caso trágico, Atienza advierte que, dentro de las posibles soluciones que puedan darse en el marco del control racional, se puede optar, ante la diversidad de respuestas, por el mal menor; igualmente, sugiere que si el Derecho, por sí mismo, no provee alguna solución correcta, existiendo criterios extrajurídicos de carácter formal que sí pudieran ofrecerla, “no queda otra alternativa que acudir a esos otros ámbitos de la razón práctica”. Se concluye, entonces, que, ante ese tipo de casos, el citado jurista invita a que, dentro del marco de posibles soluciones racionales, se haga selección de la más adecuada sin limitarse a que la respuesta deba provenir forzosamente del Derecho preexistente³³⁹.

Ciertamente, los esfuerzos por desarrollar una teoría estandarizadora de criterios a tomar en cuenta para alcanzar una argumentación racional no acaban en los iusfilósofos comentados, pues ha continuado la producción de aportaciones y algunos teóricos no pudieron ser citados; por ello, es oportuno aclarar que no se

³³⁸ *Ibidem*, p. 219.

³³⁹ Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997, pp. 25 y 26.

ha tenido el afán de que el realizar un abordaje exhaustivo. No obstante lo dicho, ha de indicarse que se ha tratado de evocar algunos de los aportes significativos, haciendo hincapié en Alexy y a MacCormick, a quienes se les reconoce como los máximos exponentes de esos esfuerzos. Lo destacable, ante todo, es que el análisis efectuado párrafos atrás da cuenta de la existencia de criterios que permiten distinguir la argumentación racional de la que no puede ser considerada como tal. Eso logro de por sí es plausible.

Para efectos del presente trabajo, es de suma relevancia el lugar común encontrado en la recurrente distinción de casos fáciles y difíciles; los primeros de estos permitirían la solución de las controversias mediante el seguimiento de procedimientos lógicos, en tanto que los segundos requerirían de algo más, de instrumentos argumentativos que rebasan los límites de la lógica. En ese contexto, ha de indicarse que la mayor parte de las sentencias que se pretende estudiar en esta tesis –las constitucionales atípicas–, en especial las interpretativas, son consecuencia de enfrentar este segundo tipo de casos –los difíciles–, los que requieren de un abordaje que va más allá de la literalidad de las expresiones normativas objeto de análisis.

5. La norma como producto del proceso de interpretación

La expresión lingüística *norma* suele ser utilizada por los juristas para referirse a los enunciados normativos o a los propios significados. No obstante, en el ambiente doctrinario jurídico contemporáneo, se ha producida una inclinación por hacer diferencia entre ambas connotaciones, decantándose por utilizar como denominaciones distintivas las siguientes³⁴⁰: (a) **norma**, con la cual designan el contenido del significado de un enunciado normativo; de ese modo, esta es consecuencia de “la operación intelectual que conduce del enunciado al significado, –o si se prefiere la operación de identificación del significado– [lo que]

³⁴⁰ Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar...*, cit., pp. 77 y 78.

no es otra cosa que la interpretación³⁴¹; en ese sentido, “[n]o puede haber norma sin previa actividad interpretativa; ni puede hablarse ya de disposición (sino de norma) para referirse al resultado de dicha actividad o proceso³⁴²; y (b) **disposición**, que es “cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo...”³⁴³. El profesor Saiz Arnaiz facilita la precisión conceptual al referir que el primero de los conceptos concierne al fruto de la interpretación, en tanto que el segundo es el objeto de la actividad interpretativa³⁴⁴. La diferenciación relacionada deja entrever funciones distintas, pero complementarias, de ambos conceptos innegablemente relacionados de manera estrecha³⁴⁵.

Díaz Revorio apuesta por la necesidad de comprender las diferencias

³⁴¹ *Ibidem*, p. 78. Se sugiere tener en cuenta también lo expresado por Lifante Vidal, quien refiere que la interpretación es una actividad necesaria, pues “antes de ella no habría normas” y explica esa afirmación en los siguientes términos: “...la interpretación no consiste en conocer normas, sino en producirlas; las normas serían, entonces, variables dependientes de la interpretación y la interpretación sería una actividad productiva de Derecho”. Véase: Lifante Vidal, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica, Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2018, p. 36. En la siguiente página –la 37–, la autora en mención precisa que “La disposición sería entonces el enunciado y la norma el significado”.

³⁴² Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, México, Porrúa, 2011, p. 2.

³⁴³ *Loc. cit.*

³⁴⁴ Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 226

³⁴⁵ Lo expresado en el párrafo hace acopio de las ideas de Guastini, las cuales, en términos generales, son coincidentes con lo expresado por Alexy, quien se refiere a la distinción conceptual existente entre norma y enunciado normativo, con el siguiente ejemplo:

Un ejemplo de enunciado normativo es el siguiente: (1) Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero (artículo 16 párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental alemana). Este enunciado expresa la norma según la cual está prohibida la extradición de un alemán al extranjero. El enunciado “Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero” significa que está prohibida la extradición de un alemán al extranjero. Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo...

Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *cit.*, pp. 34 y 35. Además, respecto de las diferencias conceptuales comentadas, expresa gran claridad el siguiente fragmento:

...podemos llamar “disposición” (o texto) a todo enunciado que sea parte de un documento normativo, o sea, toda expresión lingüística completa (enunciado) que sea parte del discurso de las fuentes. Reservaremos el nombre de “norma” (o contenido normativo) para designar el enunciado que constituya el sentido o significado adscrito a una disposición, o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones. Dicho de otra forma, **la disposición es una fórmula lingüística significante; la norma es el significado que se da al enunciado a través de la interpretación...** [el énfasis es añadido].

Véase: Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011, p. 6.

conceptuales de los términos referidos, a fin de determinar cuál es realmente el objeto del control de constitucional. De manera especial, advierte esa necesidad dentro del estudio de las sentencias interpretativas, ya que ello posibilitará el análisis de legitimidad de este tipo de fallos³⁴⁶, lo cual es uno de los objetos centrales de este trabajo de investigación.

Por su parte, Guastini refiere que es preciso distinguir los conceptos norma y disposición, o, lo que es lo mismo, significado y enunciado, sobre la base de que entre estos no siempre existe una relación de correspondencia biunívoca, siendo falso que se esboce que “a toda disposición corresponda una, y solo una, norma; como es falso que a toda norma corresponda una, y solo una, disposición³⁴⁷, aunque lo que sí se debe tener presente es que los significados carecen de existencia independiente de los enunciados que los expresan, o, dicho de otra manera, la norma no es algo ontológicamente distinto de la disposición, ya que, de hecho, es la disposición interpretada³⁴⁸.

El connotado jurista italiano Pizzorusso le otorga el carácter de “clave” a la operación de distinguir los conceptos “disposiciones” y “normas”, para efectos de determinar cuándo se produce la “manipulación” de los textos legislativos, lo que se produce al “extraer” normas de las disposiciones, a fin de seleccionar las compatibles con los principios constitucionales y las que resulten merecedoras de un pronunciamiento de inconstitucionalidad³⁴⁹.

El profesor Ezquiaga comparte la necesidad de efectuar las distinciones conceptuales referidas y, sobre esa base, formula la siguiente precisión:

³⁴⁶ Díaz Revorio, F. Javier, Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico. 1. Páginas después –p. 25–, el citado autor toma posición refiriendo que el objeto del control de constitucionalidad es el *complejo normativo*, concepto que supone la suma entre la disposición y la norma o normas que derivan de aquellas o, mejor dicho, por el texto y su interpretación. Indica que, por la simple necesidad de buscar un término diferente, al concepto en mención le denominará *precepto*.

³⁴⁷ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar...*, cit., p. 78.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 81.

³⁴⁹ Pizzorusso, Alessandro, “Las sentencias ‘manipulativas’ del tribunal constitucional italiano”, *El tribunal constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. 1, 1981, p. 287.

[L]as disposiciones son enunciados, es decir, expresiones lingüísticas gramaticalmente completas. Pues bien, lo que distingue a una disposición de cualquier otro enunciado (incluso en función prescriptiva) es precisamente el formar parte de un documento normativo perteneciente a una fuente del Derecho. Gracias a ello, la interpretación de ese enunciado que denominamos disposición normativa puede dar como resultado la producción de una norma jurídica. Es posible afirmar, en consecuencia, que la disposición lo es por estar contenida en un documento normativo perteneciente a una de las categorías de fuente del Derecho y, al mismo tiempo, que el tipo de fuente de que se trate determina el régimen jurídico de las normas que de la interpretación de sus disposiciones se obtengan, sean éstas las que sean. Como es conocido, las disputas interpretativas son frecuentes en la comunidad jurídica. Reformulando esta afirmación con la terminología propuesta, podría decirse que es frecuente que de la interpretación de una disposición distintos intérpretes (o incluso el mismo en momentos sucesivos) obtengan diferentes normas³⁵⁰.

Además de aportar elementos que permiten advertir con claridad las dimensiones conceptuales de lo que es una norma y una disposición, Ezquiaga Ganuzas hace hincapié en que ambos se corresponden entre sí y que el único modo como se ponen de manifiesto aquellas, es por medio de la utilización del lenguaje, haciendo uso específico de los enunciados³⁵¹. Para evitar la confusión que puede provocarse con los enunciados normativos o –disposiciones– con el resultado del proceso interpretativo, a estos últimos habría de denominar *enunciados interpretativos*. Es más, el jurista en cuestión propone distinguir como elementos jurídico-normativos en juego dentro del proceso de producción, a saber: (i) el **documento creado por una autoridad normativa**; (ii) la “categoría utilizada por esa autoridad para la introducción del documento en el sistema jurídico”, a la que propone denominar **fuentes del derecho**; (iii) los enunciados que conforman el documento referido en el primer inciso, a la que propone llamar **disposiciones**

³⁵⁰ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica...*, cit., pp. 43 y 44.

³⁵¹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 36.

normativas; y (iv) lo expresado por las disposiciones, o sea el significado que se le atribuye a estas luego de desarrollado el proceso interpretativo, a la que denomina **normas jurídicas**³⁵².

La distinción entre normas y disposiciones jurídicas se facilita con una modalidad especial de resolución constitucional: las sentencias interpretativas, sobre las cuales se hará un abordaje especial capítulos más adelante. En congruencia con esa afirmación, se evoca el siguiente fragmento:

La disociación entre disposiciones y normas se presenta con toda claridad si se mira las decisiones «interpretativas» del juez constitucional. Una decisión interpretativa es una sentencia en la que el juez constitucional se pronuncia no ya sobre una disposición, sino sobre una *interpretación* de una disposición, es decir, sobre una *norma*³⁵³.

En atención a la esencia del problema cuya solución motiva el desarrollo del presente trabajo, se estima útil evocar una sentencia constitucional interpretativa guatemalteca que da cuenta de cómo la distinción conceptual entre norma y disposición es determinante para resolver un planteamiento de inconstitucionalidad directa. Nótese el contenido del fallo dictado por la CC el 1 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 5327-2012 y 5331-2012), en el que se expresó lo siguiente:

³⁵² *Loc. cit.* Además de la propuesta de Ezquiaga, se estima útil tener en cuenta la distinción de elementos jurídico-normativos que aporta el jurista italiano Battista Ratti:

Antes de nada, es necesario distinguir claramente entre disposición y norma. Aunque esta distinción es un elemento ya consolidado de la teoría jurídica contemporánea, las confusiones que aparecen en el debate que estamos examinando sugieren la necesidad de recordarla brevemente y de utilizarla como un instrumento analítico fundamental en la explicación del fenómeno de las lagunas (normativas o no) y de la discrecionalidad judicial. Por «disposición» entiendo un enunciado cualquiera de las fuentes formales del derecho. Por «norma explícita» un precepto cualquiera configurable como el contenido de significado de una disposición. Por «norma implícita» designo un precepto, que no es el significado de una disposición, sino el producto de operaciones inferenciales (deductivas, inductivas, analógicas, etc.) que versan sobre normas explícitas.

Véase: Battista Ratti, Giovanni, “La interpretación como solución del problema de las lagunas”, *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*, Actas del XII seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2007, p. 98.

³⁵³ *Ibidem*, p. 84.

Las acciones de inconstitucionalidad bajo estudio están orientadas contra el artículo 92 del referido cuerpo legal: “*Cuarto Transitorio. Sustitución de la Cédula de Vecindad. La sustitución de la Cédula de Vecindad deberá efectuarse a más tardar el dos (2) de enero de dos mil trece (2013), por el Documento Personal de Identificación –DPI–. En consecuencia, las cédulas de vecindad que fueron emitidas al amparo del Decreto Número 1735 Ley de Cédulas de Vecindad, perderán su vigencia y validez a partir del dos de enero de dos mil trece; a partir de esa fecha, toda autoridad pública o privada deberá exigir, como único documento de identificación personal, la presentación del Documento Personal de Identificación –DPI–.* Ahora bien, es menester acotar que **del enunciado legal antes citado se desprenden las siguientes normas:** i) El Documento Personal de Identificación sustituirá a la Cédula de Vecindad. ii) La culminación del proceso de sustitución de un documento por otro tendría lugar, como máximo, el dos de enero de dos mil trece. iii) El dos de enero de dos mil trece la Cédula de Vecindad perdería toda eficacia jurídica como instrumento de identificación personal. iv) El único documento de identificación personal que a partir de esa fecha deberían aceptar las autoridades públicas y privadas es el Documento Personal de Identificación. En cada una de las normas antes delineadas se aprecia un carácter distinto: En la individualizada en el numeral i se define un propósito general; la que alude el numeral ii ordena que se consiga un estado de cosas, precisando un plazo para ello; la relacionada en el numeral iii es una norma constitutiva, es decir, prescribe un determinado *status* jurídico –para los documentos en referencia–; y por último, en el numeral iv se expresa un mandato institucional que es consecuencia lógica de ii y iii³⁵⁴ [el énfasis es añadido].

El fragmento transcrito es un claro ejemplo de cómo las normas –producto de la interpretación de la disposición normativa– son el objeto central de las sentencias constitucionales interpretativas, en sus distintas variedades, por lo que ese concepto debe ser tenido en cuenta en el desarrollo de este trabajo, en especial en el capítulo IV, en el que se abordará ese tipo de pronunciamientos jurisdiccionales.

³⁵⁴ SCC de 1 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 5327-2012 y 5331-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822839.5327-2012%20y%205331-2012.pdf>

6. El control de constitucionalidad y la interpretación jurídica

En las líneas finales del capítulo anterior se comentó respecto de las funciones que corresponden a los tribunales constitucionales, refiriendo que estas han variado desde la instauración de los primeros de esos órganos de control. En este apartado se hará un abordaje de una función que le es inherente a dichos tribunales, precisamente por tener la encomienda de asignar los sentidos del articulado constitucional. El ahínco en esta función –la interpretativa– también obedece al hecho que su desarrollo es lo que ha posibilitado la emisión de fallos que rebasan los modelos típicos.

Al igual que en otros ámbitos jurídicos, la labor de interpretación que realizan los tribunales constitucionales implica el desarrollo de un proceso intelectual por el cual, partiendo de un significante, el que puede consistir en cualquiera de las fuentes formales del Derecho Constitucional, se obtienen los significados o las normas, que puedan extraerse de aquellas fuentes con el propósito de concretizar su aplicación práctica. Así, los principios y reglas consagrados en el magno texto adquieren vida por medio de la praxis jurisdiccional, en especial por conducto de la interpretación, que es la más clara expresión de la fuerza vital de la Constitución y de su evolución.

Más allá de lo enarbolado por los formalistas decimonónicos, que sostenían que el Derecho es simplemente una realidad dada de antemano a los jueces, cuyo trabajo se reduciría a su aplicación mecánica al caso que es conocido, en el Derecho Procesal Constitucional contemporáneo –tal como se refirió en el apartado 2 de este capítulo– se ve a la interpretación como el proceso de comprensión de significados de los enunciados jurídicos y el resultado de ello es lo que hace emerger verdaderas normas, que quedan plasmadas en la

argumentación de las decisiones jurisdiccionales³⁵⁵.

Hesse remarca el carácter creativo de la interpretación constitucional y sostiene que “el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación”³⁵⁶. Conforme la concepción del connotado jurista alemán, la actividad interpretativa en el ámbito del control constitucional reviste una relevancia especial al dar contenido a los enunciados normativos objeto de análisis.

Con relación a los matices característicos de la interpretación en el ámbito constitucional, Díaz Revorio refiere que “los elementos y criterios propios de la interpretación jurídica son aplicables a la interpretación constitucional, si bien con algunos matices; no obstante, estos resultan en sí mismos insuficientes y deben ser completados con otros criterios propios”³⁵⁷.

³⁵⁵ En congruencia con lo afirmado en el párrafo, es pertinente traer a cuenta lo postulado por Ezquiaga: “no es exagerado afirmar que el control de constitucionalidad se realiza, no comparando los enunciados legales con los constitucionales, sino las normas que, tras interpretarlos, han sido atribuidas a esos enunciados”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 117. En ese mismo sentido, el jurista panameño Hoyos refiere:

La actividad del intérprete judicial no es meramente pasiva, por el contrario, es en gran medida creativa; del texto debe extraer la norma aplicable al caso concreto que ha de resolver. Debe tenerse presente que texto y norma constitucionales no siempre coinciden: un texto (un artículo de la Constitución) puede contener varias normas y una norma puede encontrarse dispersa en varios textos.

Véase: Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Temis, 1998, p. 4.

³⁵⁶ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 63.

³⁵⁷ Díaz Revorio, F. Javier, *La interpretación constitucional...*, *cit.*, p. 10. En esa misma línea y con espíritu didáctico, el jurista panameño Hoyos se pronuncia sobre las notas diferenciadoras del tipo de interpretación que ocupa la atención en este trabajo, tomando como base las características su entorno nacional. Véase:

La interpretación constitucional es una especie de la interpretación jurídica, pero que se diferencia de esta por: 1) su objeto (textos de valor constitucional); 2) sus finalidades (actuación de la Constitución, integración del ordenamiento constitucional, control formal y material de las leyes y otros actos de autoridad, elegir la solución constitucional más correcta y defensa de la Constitución, como lo predica el art. 203 de la misma); 3) por su actor: el Pleno de la Corte Suprema de Justicia como tribunal constitucional que en Panamá tiene el monopolio del control de constitucionalidad sobre las leyes, proyectos de leyes y proyectos de reformas constitucionales (estos revisables solo por vicios de forma); 4) por una serie de principios especiales que la animan; y 5) por su matiz político, no en el sentido de política partidista (este tipo de interpretación político-partidista le estaría vedada al juez constitucional porque el art. 209 de la Constitución señala que los cargos del órgano judicial son incompatibles con toda participación en la política), sino porque mediante ella se condicionan y controlan las actuaciones de los órganos políticos del Estado, y mediante la interpretación constitucional se les da en ocasiones una solución jurídica a conflictos políticos.

Véase: Hoyos, Arturo, *op. cit.*, p. 5.

Lo expresado precedentemente pone de manifiesto que la interpretación en el ámbito constitucional presenta matices especiales y ello obedece a las características de forma y de fondo que distinguen a los cuerpos normativos constitucionales con relación a otros. Al respecto, debe tenerse presente que el articulado constitucional, a diferencia de las normativas ordinarias y reglamentarias, no suele integrarse de un supuesto y una consecuencia, sino que, más bien, tienen una peculiar estructura a modo de plasmar los cauces, marcos o límites de la actuación de los poderes públicos en su relación con los particulares. Además, su contenido se caracteriza por estar informado de elementos políticos, teleológicos y axiológicos.

Al proceder a realizar la labor interpretativa constitucional, es necesario asumir una actitud de apertura hacia todas las posibilidades interpretativas, a efecto de maximizar los alcances posibles de los derechos y principios que consagra la Constitución, para asegurar la mayor protección posible de las personas sobre la base de las exigencias actuales. De esa cuenta, como bien refirió Pérez Luño, “[e]l intérprete de la Constitución actúa como mediador entre su texto normativo promulgado en el pasado y las exigencias de una situación presente”³⁵⁸.

Si bien no se tiene el interés de detenerse en el estudio de criterios específicos para proceder a la interpretación, es conveniente precisar lo siguiente:

[L]as peculiaridades del objeto de la interpretación constitucional penetran de forma inevitable en el método de la misma. Pero ello no significa que no sean útiles, en la interpretación constitucional los elementos o argumentos tradicionalmente empleados en la interpretación jurídica. De hecho todos ellos han sido utilizados por el Tribunal Constitucional, si bien ha de advertirse que los mismos presentan sus propias peculiaridades cuando se utilizan para interpretar la Norma fundamental, de manera que no actúan en este caso de forma a como lo hacen en general en la interpretación de normas infraconstitucionales. Pero, por otro lado, se muestran insuficientes para esa labor, de manera que han de ser

³⁵⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 104.

completados con otros criterios o elementos propios de la interpretación constitucional. La conjunción de ellos configura lo que en sentido amplio puede denominarse “método de la interpretación constitucional”³⁵⁹.

Lo antes indicado revela que, para efectuar una interpretación constitucional que produzca como resultado elementos técnicos que permitan asignar un sentido razonable a las disposiciones normativas, a la luz de los valores y fines propios del magno texto; ello es así, ya que sería desacertado aseverar la existencia de un orden metodológico preestablecido que conduzca a una respuesta correcta. Lo que sí resulta acertado es afirmar que ese tipo de interpretación debe privilegiar elementos propios de la materia, tal como los principios *pro homine* –o *pro persona*– y *pro libertatis*, que informan todo el ordenamiento normativo supremo³⁶⁰. Ese esfuerzo es necesario ya que de nada servirían exhaustivas y declamativas declaraciones de derechos, si no se logran hacer efectivos sus alcances.

En definitiva, en el campo de lo constitucional, la interpretación es una tarea de capital importancia, pues de esta depende cómo el texto constitucional responde a las exigencias que en la sociedad se van suscitando. Esa percepción es

³⁵⁹ Díaz Revorio, F. Javier, *La interpretación constitucional...*, *cit.*, pp. 13 y 14. En una línea coincidente con lo expresado en el pasaje transcrito, Ezquiaga invita a hacer uso no solo de una herramienta interpretativa al argumentar:

...ante una duda interpretativa para elegir uno de los significados posibles o ante una discrepancia para justificar el significado elegido, el intérprete debe emplear siempre reglas o instrumentos de interpretación de los tres tipos, sometiendo el significado propuesto a un triple control o test lingüístico, sistémico y funcional. Al menos por tres razones: a) porque, en caso de duda interpretativa, ése es el único modo de confirmar (o no) la idoneidad del significado sugerido por uno de los tipos de reglas de interpretación; b) porque, en caso de controversia interpretativa, sólo así puede determinarse si los argumentos a favor de otro de los posibles significados son o no más convincentes o persuasivos que los empleados para justificar el significado seleccionado; y c) porque con carácter general debe siempre justificarse por qué a un enunciado no se le asigna un significado lingüístico o el que corresponda con la voluntad del legislador histórico que lo promulgó, justificaciones que exigen necesariamente el manejo de reglas de interpretación lingüísticas, sistémicas y funcionales.

Véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “La Interpretación de los derechos humanos...”, *cit.*, p. 203.

³⁶⁰ Con relación a los argumentos propios de la interpretación en el ámbito constitucional, es útil evocar a Sagüés, quien refiere la necesidad de hacer acopio de elementos no solo de tipo jurídico, pues la interpretación judicial de la Constitución requiere una amalgama de elementos jurídicos y políticos; según su parecer: “En rigor de verdad, no parece factible realizar una interpretación ‘jurídica-apolítica’, u otra ‘política-ajurídica’ de la ley suprema...”. *Cfr.*: Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2006, p. 6.

congruente con lo expresado por Sagüés, al indicar: “La importancia de la interpretación constitucional parece obvia: el valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes-operadores”³⁶¹.

6.1 Objeto de la interpretación constitucional

Pareciera una obviedad la respuesta respecto de cuál es el objeto de la interpretación constitucional, dado que en líneas precedentes ya quedaron plasmados los rasgos especiales que se presentan en la tarea de determinar los sentidos del articulado constitucional. No obstante, es pertinente reconocer que, cuando se desarrolla esa actividad en los procesos concernientes al control constitucional normativo, inevitablemente se realiza interpretación no solo de la Constitución, que sirve de parámetro para el examen, sino también de aquello que el promotor de la garantía procesal estima que contraviene el magno texto. Debe tenerse en cuenta que, para determinar la legitimidad constitucional de un instrumento normativo, indefectiblemente, este tiene que ser objeto de interpretación, a efecto de establecer sus alcances.

De lo anterior, se concluye que, en los procesos en los que se ventila un cuestionamiento constitucional contra un enunciado normativo, el operador de justicia determina los sentidos interpretativos tanto de la Constitución como de los complejos normativos infraconstitucionales contra los que se dirige la acción jurisdiccional. Estos extremos serán objeto de mayor análisis en los incisos subsiguientes.

³⁶¹ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, cit. p. 1

6.1.1 La Constitución

La Constitución, vista como cuerpo normativo, a diferencia de los enunciados infraconstitucionales, presenta singularidades que la hacen única, en especial por su superioridad y su carácter fundamental. Si bien, ya en el primero de los capítulos del presente trabajo, se hizo relación de esos aspectos, esta es una ocasión especial para resaltarlos. Para ese propósito, en primer término, se evoca lo expresado por el juez Byron White, de la Suprema Corte estadounidense, quien, al emitir voto disidente en el caso Thornburgh contra el Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos, sostuvo, respecto de la Constitución, lo siguiente:

No es un escrito que establezca las medidas y límites precisos de un asunto en particular; en realidad, es un documento que anuncia los principios fundamentales en términos cargados de valor que dejen un amplio margen para el ejercicio del juicio normativo de aquellos que tienen por función interpretarla y aplicarla³⁶².

El connotado jurista español García de Enterría también hace énfasis en la especial singularidad del magno texto y su relevancia dentro del sistema de fuentes, dado su carácter fundacional de todo el sistema normativo. En términos concretos, expresó:

[L]a Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las «normas de producción», la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de

³⁶² El texto en el idioma original de lo parafraseado es el siguiente:

Is not a deed setting forth the precise metes and bounds of its subject matter; rather, it is a document announcing fundamental principles in value-laden terms that leave ample scope for the exercise of normative judgment by those charged with interpreting and applying it.

Véase: Tribe, Lawrence, *On Reading the Constitution*, Cambridge, Massachusetts (EE.UU.), Harvard University Press, 1991, pp. 11 y 12.

una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia...³⁶³.

En la misma línea, Rubio Llorente, un versado en la temática, refiere:

Los preceptos materiales de la Constitución, a diferencia de los precepto legales, no pretenden disciplinar conductas o habilitar para concretar actuaciones de ejecución, sino garantizar el respeto a determinados valores, o asegurar a los ciudadanos unos derechos que tanto si actúan simplemente como límites frente a la ley (derechos de libertad), como si requieren de ésta para su ejercicio (derechos de participación y de prestación o, en general, derechos de configuración legal), pero sobre todo en este segundo caso, han de ser necesariamente definidos en términos que hagan posibles diversas políticas, estos es, diversas interpretaciones...³⁶⁴.

Ciertamente, interpretar los artículos de la Constitución supone una labor complicada, dado el carácter general y abierto de los enunciados que la conforman, pudiendo, incluso, tener un contenido “incompleto”, como refiere Hesse³⁶⁵, lo cual torna necesaria una tarea para “concretizarla” o “rellenarla”, como bien lo refiere el profesor Saiz Arnaiz, al postular:

El Tribunal Constitucional no es poder constituyente: no redacta disposiciones (aunque sí expresa normas), no escribe la Constitución. Pero como se acaba de

³⁶³ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *cit.*, pp. 49 y 50.

³⁶⁴ Rubio Llorente, Francisco, “Prólogo”, en Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. XXI, 1984.

³⁶⁵ Hesse se refiere al carácter “incompleto” de la Constitución, indicando, para el efecto, que ello puede deberse a que se estime que para algunos tópicos “no sea necesaria una norma constitucional”, esto es así porque el texto fundamental no codifica sino únicamente regula, las más de las veces, de manera puntual y a grandes rasgos, aquello que parece importante y que precisaría determinación; lo demás “se da por supuesto tácitamente, o bien se confía al resto del ordenamiento jurídico su conformación y concretización”. *Cfr.*: Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 45. Más adelante –p. 47–, el citado autor refiere:

...el Derecho constitucional crea reglas de actuación y decisión políticas; proporciona a la política directrices y puntos de orientación, pero sin que pueda sustituirla. Por ello la Constitución deja espacio para la actuación de las fuerzas políticas. Cuando la Constitución no regula numerosas cuestiones de la vida política, o lo hace sólo a grandes rasgos, no hay que ver en ello solamente una renuncia a su regulación o una remisión de la misma al proceso de actualización y concretización, sino que, además de ello, hay que ver con frecuencia también en dicha actitud una garantía constitucional de la libre discusión y de la libre decisión de estas cuestiones...

afirmar, la concretiza o rellena cada vez que, por ejemplo de la (casi siempre) lacónica formulación de un derecho fundamental extrae un conjunto de facultades en las que éste se despliega³⁶⁶.

Aunado a lo anterior, debe tenerse presente que la aprobación de la ley fundamental suele ser influida por los tiempos históricos que las definen, en virtud de constituir verdaderos “cartabones ideológicos”³⁶⁷; igualmente, concediéndole la razón a Häberle, se asume también que se caracterizan por ser “no solo texto jurídico o sistema normativo de regulación, sino expresión de un estado de desarrollo cultural, instrumento para la autorepresentación cultural de un pueblo, reflejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”³⁶⁸. Por tales razones, resulta un reto de carácter superlativo que, por medio de la interpretación, se logre una suerte de desarrollo y actualización de su contenido, conforme a las exigencias de los momentos en que esa actividad se realiza³⁶⁹.

Si bien los legisladores constituyentes pudieron tener la intención de crear textos para que pudieran ser comprendidos de modo armónico, uniforme y con contenidos que permanecieran en el tiempo, esos propósitos se ven comprometidos ante la concurrencia de expresiones lingüísticas o situaciones

³⁶⁶ Saiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, pp. 230 y 231. Además, es importante traer a cuenta que, en líneas precedentes –p. 227–, el citado jurista refiere que no puede dudarse que los enunciados constitucionales y, en particular, los que conciernen a derechos fundamentales “poseen casi siempre unas características de apertura e indeterminación que los diferencian de las propias de la ley”. Lo concerniente a la acción de rellenar o concretizar el magno texto cuando concurra indeterminación también es abordado por el citado autor en el siguiente trabajo: “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos”, *HENDU, Revista latinoamericana de derechos humanos*, vol. 2, núm. 1, 2011, p. 36.

³⁶⁷ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 100.

³⁶⁸ Häberle, Peter, “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, p. 384.

³⁶⁹ Con relación al punto comentado, pertinente resulta tener presente que:

La tradicional configuración de diversos derechos se produjo en un contexto que poco o nada tiene que ver con el actual. Ello exige un proceso de adaptación y actualización con el objeto de no hacerles perder eficacia. Un proceso que, al mismo tiempo, debe respetar a continuidad dogmática de estos derechos para asegurar que se reciban los grandes logros que supusieron en el periplo de la Historia de la humanidad.

Véase: Fernández Rodríguez, José Julio, *Los Fundamentos del Derecho Constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 140.

diversas que provocan interpretaciones disímiles³⁷⁰; en tal virtud y por la relevancia del texto fundamental, la exigencia de prudencia en la tarea interpretativa debe ser mayor que con cualquier otro enunciado. Por ello, se hace propio el comentario que Gozaíni realiza sobre Loewenstein, en cuanto a que la aspiración puesta en que los textos constitucionales se caracterizaran por su legibilidad y por su alto nivel de comprensión por parte de la mayoría, ha quedado justamente en una esperanza romántica³⁷¹.

La interpretación de la Constitución que responda a las necesidades actuales impone, además de pensarla como un cuerpo normativo que no goza de autosuficiencia, también “pensarla hacia adelante”, ya que, como dice Sagüés, no es aconsejable “rendirse ante los constituyentes y las generaciones pasadas”³⁷²; ello es así, ya que, de lo contrario, el propio texto fundamental puede ser visto como un marco regulatorio estático que no responde a los distintos problemas sociales que se suscitan en el presente y que pueden desarrollarse en el futuro.

En su momento, el propio *chief justice* Marshall advirtió la necesidad de interpretar la carta fundamental con una mirada prospectiva a efecto de que perdure en el tiempo; muestra de ello es el siguiente fragmento contenido en el fallo dictado dentro del caso McCulloch contra el Estado de Maryland, en el cual expresó: “No debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando, una Constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos”³⁷³.

³⁷⁰ Refiere Goig Martínez que la Constitución permite ser interpretada de maneras distintas, por lo que rechaza la idea de que pueda existir una intelección con carácter único y excluyente de su texto; ello, a la vez, posibilita cierto margen de maniobra para los intérpretes, al poder optar por una entre varias rutas de exegesis. Cfr.: Goig Martínez, Juan Manuel, “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013, p. 280.

³⁷¹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, p. 101.

³⁷² *Ibidem*, p. 118.

³⁷³ El texto original contenido en el fallo es el siguiente: “*We must never forget it is a Constitution we are expounding [...] intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs*”. Véase: sentencia de 5 de marzo de 1819, emitida en el caso

Actualmente se asiste a un escenario en el que determinar el sentido de la preceptiva constitucional resulta una tarea de suma relevancia por muchas razones, dentro de las cuales se destacan los siguientes: (a) el texto fundamental constituye un cuerpo normativo con innegable fuerza y operatividad práctica, cuya aplicación concreta puede ser exigida por los gobernados; ello se produce especialmente al instar las garantías constitucionales³⁷⁴; (b) “la Constitución se «concreta» a través de la interpretación, el parámetro constitucional será «objetivado» en la medida en que esa «concreción» lo sea, es decir, en la medida en que quepa sostener que existen criterios objetivos de interpretación”³⁷⁵; (c) descubrir los sentidos de los enunciados infraconstitucionales está inescindiblemente vinculado a la interpretación que se haga del articulado constitucional en la que se precisen sus alcances; esto tiene su razón de ser en el carácter de *norma normarum*, que es propio de la ley fundamental; y (d) la interpretación constitucional también deviene una tarea útil a fin de armonizar su preceptiva con los sentidos de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, a fin de viabilizar su aplicación en el territorio nacional.

Para cerrar el abordaje de este subtema, ha de indicarse que la responsabilidad que conlleva hacer prevalecer la supremacía constitucional, definir los alcances de la ley fundamental y concretizarla impone la necesidad de que el magistrado constitucional proceda con la prudencia que implica tener la responsabilidad de ser la voz autorizada para precisar lo que el más alto texto normativo establece. En esa línea se pronuncia Nogueira Alcalá, al sostener:

McCulloch contra Maryland. Extractos del fallo disponibles en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>.

³⁷⁴ Respecto de lo concerniente a la fuerza normativa de la Constitución, Vigo refiere que el título de una de las obras de García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, no hace referencia a una obviedad en cuanto a que el magno texto tenga ese carácter, sino que subraya una especie de descubrimiento para el mundo jurídico español después de 1978, pues en el modelo dogmático –que imperó antes de esa fecha– se concebía que el Derecho comenzaba y terminaba en la ley, y ésta no estaba sujeta al control de constitucionalidad. Añade que la juridización de la Constitución, y su consiguiente operatividad, implica no solo reconocerla como el *higher law*, sino como criterio último de validez jurídica sustancial. Cfr.: Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica...*, cit., p. 240.

³⁷⁵ Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución...”, cit., p. 110.

Al [sic] juez de la Constitución es un juez previsor, a este no le es ajeno ni indiferente las consecuencias de sus decisiones jurisdiccionales. El juez constitucional nunca puede aplicar automáticamente y como silogismo puramente lógico los enunciados normativos de la Constitución, él debe tener presente que es un operador de la Constitución como «instrumento de gobierno» que le obliga a ponderar adecuadamente los resultados o productos interpretativos y las consecuencias de ellos para el caso y para la sociedad en su conjunto³⁷⁶.

6.1.2 Los enunciados normativos infraconstitucionales

Es innegable que la tarea interpretativa en el control constitucional normativo supone descubrir los sentidos de los preceptos fundamentales; sin embargo, dado que lo que se pretende es verificar si las disposiciones infraconstitucionales son conformes al magno texto, es dable aseverar que estas están sujetas a la interpretación constitucional cuando se realiza su examen en esa jurisdicción; ello es así porque, para determinar su legitimidad a la luz del contenido de la ley fundamental, es preciso entender su contenido y alcances, lo que está condicionado a los límites que impone el magno texto. En apoyo a lo expresado, conviene evocar lo dicho por el jurista español Díaz Revorio, quien postula lo siguiente:

Todo proceso constitucional implica inevitablemente además de la interpretación de la Constitución, una interpretación de la disposición legal impugnada. [...] Así sucede en los recursos directos, en los que si la disposición es impugnada, es porque se considera que la misma es contraria a la Constitución; y para llegar a esa conclusión es preciso realizar una interpretación...³⁷⁷.

Esta posición tiene respaldo en lo indicado por la magistrada Balaguer Callejón,

³⁷⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, “La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, 2008, p. 316.

³⁷⁷ Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *cit.*, p. 4.

quien postula:

[L]a doctrina del TC no se agota en la interpretación de la Constitución sino que, en la medida en que «las leyes y reglamentos» han de ser interpretados según los preceptos y los principios constitucionales, y según la interpretación que de ellos haga el TC, parece razonable que finalmente, toda norma se ha de interpretar, no ya «conforme a la Constitución», sino más bien *conforme a la interpretación del TC*³⁷⁸.

Por su parte, Pérez Luño alude a la necesidad de efectuar una interpretación “«de» y «desde» la Constitución como dos cuestiones conexas, aunque con perfiles diferenciados”³⁷⁹; ello abona a la idea de que la intelección de los preceptos infraconstitucionales también hace parte de la interpretación constitucional. Esa idea se comparte, dado que, en procura de asignar el sentido de los enunciados normativos ordinarios y reglamentarios, el magno texto constituye “el criterio hermenéutico guía para interpretar las restantes normas del ordenamiento jurídico”³⁸⁰.

Ciertamente, en el subinciso anterior se expuso enfáticamente que la dificultad de interpretar la Constitución se produce, en gran medida, por el grado de apertura que presenta su contenido, ya que, principalmente en su parte dogmática, esta consagra derechos humanos, principios o valores, cuya regulación no es exhaustiva, pues sus alcances pueden ser adecuados al estadio histórico en que se vive³⁸¹. En el entendido que las disposiciones normativas de rango inferior al

³⁷⁸ Balaguer Callejón, María Luisa, *op. cit.*, p. 159.

³⁷⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 110. En esa misma línea, Arias López sostiene que al “Tribunal Constitucional no sólo le corresponde efectuar una interpretación ‘de’ la Constitución sino la interpretación del ordenamiento jurídico ‘desde’ y ‘conforme’ a la Constitución según el caso”; ello supone el examen de disposiciones normativas infraconstitucionales bajo la lupa constitucional. Véase: Arias López, Boris Wilson, “Interpretación constitucional e interpretación legal: límites inciertos”, *Estudios Constitucionales*, año 13, núm. 1, 2015, p. 78.

³⁸⁰ Pérez Luño, Antonio-Enrique, *op. cit.*, p. 125.

³⁸¹ Vigo evoca a Zagrebelsky para referirse a las diferencias formales que presenta la Constitución con relación a las leyes.

Como dice simplifadamente Zagrebelsky, la ley formula su derecho por medio de normas, mientras que la Constitución lo hace a través de principios (valores o derechos humanos) [...] El derecho se ha

texto fundamental suelen tener un contenido consistente en reglas que norman situaciones concretas –con valor dirimente de conflictos–, con estas no debería suscitarse la misma dificultad interpretativa, pues su nivel de apertura es menor.

En el Estado de Derecho Constitucional, la producción de enunciados normativos infraconstitucionales debe ser desarrollada a modo de ajustar el contenido de estos a la normativa fundamental, so pena de declaratoria de ilegitimidad; sin embargo, muchas veces, a los legisladores, el cumplimiento de esa consigna les presenta grandes dificultades, por cuanto que la fuente normativa superior –la Constitución– muestra características de apertura, y hasta cierta vaguedad –las que, a juicio de Nino, pueden ser consideradas como un instrumento adecuado de comunicación de ese tipo de textos–³⁸², sobre las cuales se ha hecho referencia con anterioridad. Igualmente, la aplicación de tales enunciados en todo ámbito jurisdiccional debe realizarse *desde la Constitución*, o sea: teniendo como faro o guía el contenido del articulado fundamental, a fin de hacer realidad que la actividad pública estatal se rijan primordialmente por ella.

En el ámbito procesal constitucional la tarea de interpretar la normativa de inferior jerarquía al magno texto requiere no eludir los postulados del principio de interpretación conforme³⁸³, pues este supone procurar que, en la medida en que los contenidos normativos den cabida a ello, se logre adecuar el sentido de esos enunciados a lo dispuesto en la Constitución; solo si no fuere posible, podría darse su expulsión del ordenamiento jurídico; por ello, este principio cumple una función de salvaguarda a fin de lograr la conservación de la ley y demás preceptiva infraconstitucional. Lo expuesto se justifica porque, como bien dijo Hesse, “las normas constitucionales no son solamente ‘normas-parámetro’ (*Prüfungsnormen*)

constitucionalizado, que equivale a decir que se ha “principalizado” o “axiologizado”, de modo que más allá de especialidades, ningún jurista puede ignorar el derecho constitucional, y también el complemento de él que han significado los Tratados de Derechos Humanos.

Véase: Vigo, Rodolfo, *Cómo argumentar...*, cit., p. 83.

³⁸² Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 89.

³⁸³ Este será desarrollado líneas adelante cuando corresponda el abordaje de los principios informantes de la interpretación constitucional.

sino también 'normas de contenido' (*Sachnormen*), en la determinación del contenido de las leyes ordinarias"³⁸⁴.

Hechas las precisiones anteriores y ya para cerrar este subtema, oportuno resulta traer a cuenta que la interpretación de la normativa infraconstitucional requiere que los tribunales constitucionales no usurpen atribuciones que le son atribuidas a las cortes de casación para determinar, desde la particular óptica del principio de legalidad –que solo les corresponde a esos tribunales–, la interpretación de las leyes o reglamentos. En ese sentido y a modo de diferenciar, es dable indicar que, a los órganos jurisdiccionales constitucionales, les es encomendada la función interpretativa a fin de determinar la compatibilidad de esos textos normativos con la Constitución –debiendo procurar, en la medida de lo posible, hacerlos compatibles–, oportunidad que tienen en ocasión de haberse instado mecanismos de control de la constitucionalidad de esas disposiciones³⁸⁵.

Cuando la función interpretativa de los enunciados infraconstitucionales es realizada dentro del marco de las atribuciones que le corresponden, no debiera resultar controvertida la precisión que hacen los tribunales constitucionales respecto de los sentidos de aquellos. El hecho que ello quiera verse como concentración de poder, es algo que no debe causar estupor; bien dice Sagüés: “quien controla la interpretación controlará la efectividad misma de los preceptos jurídicos”³⁸⁶; en todo caso, “si la Constitución es ley suprema, en su interpretación está en juego tanto la suerte del principal documento jurídico del Estado como

³⁸⁴ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 72. Líneas más Adelante –p. 74–, el autor citado refiere un punto a tener en cuenta: que la interpretación conforme –a la ley fundamental– comporta una doble dimensión interpretativa, en tanto “[e]xige pues tanto interpretación de la ley como interpretación de la Constitución”.

³⁸⁵ Pibernat Domenech, en ocasión de hacer un análisis del amparo en manos del TCE, señala lo siguiente: “no le corresponde a él el control de la interpretación de las leyes que efectúen los jueces y Tribunales, sino únicamente en tanto que tal interpretación lesione derechos constitucionalmente garantizados o resulte constitucionalmente ilegítima”. Para mayor abundamiento, véase: Pibernat Domenech, Xavier, “La sentencia constitucional como fuente del Derecho”, *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987, p. 74.

³⁸⁶ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, *cit.*, p. 61.

también [...] todo el ordenamiento jurídico del país³⁸⁷.

6.1.2.1 El objeto de examen en el control constitucional normativo: ¿La disposición normativa infraconstitucional o la norma?

En primer término es pertinente traer a cuenta que las diferencias conceptuales entre disposición normativa y norma fueron abordadas en el apartado 5 de este capítulo, habiéndose precisado que la norma es el producto de la interpretación de la disposición normativa y esta última es el enunciado contenido en un documento normativo que es fuente de Derecho. De esa cuenta, como resultado de la actividad interpretativa emergen normas jurídicas.

Pues bien, al conocer los alcances de esos conceptos, conviene definir cuál de esos objetos es el que es sometido a examen o control constitucional normativo. En principio, ha de indicarse que la denuncia de inconstitucionalidad, cuando se señala la existencia de un vicio de fondo, va dirigida contra el enunciado o disposición normativa –pudiendo cuestionarse una o varias; incluso, una fracción o todo el documento normativo que la contenga, según el caso–; ello es así, porque lo que se ataca es la palabra, frase, oración, fragmento, artículo, capítulo o título, etc.

Ahora bien, una vez formulada la denuncia, el análisis de legitimidad constitucional se efectuará sobre la base de las normas que derivan de las disposiciones³⁸⁸.

³⁸⁷ *Loc. cit.*

³⁸⁸ Por su parte, Díaz Revorio asume una posición bastante particular: en primer término, refiere: ...la norma adquiere un papel muy relevante en el control de constitucionalidad, aunque pudiera admitirse que el objeto “primario” o inmediato del pronunciamiento sea el texto. El objeto de la impugnación es el precepto o preceptos, esto es, el complejo formado por texto y norma; el objeto sobre el que recae la argumentación del Tribunal es el mismo complejo, ya que en todo caso necesita interpretar el precepto impugnado (exprese o no en su fundamentación dicho proceso interpretativa). Y el objeto del pronunciamiento del Tribunal –y en su caso, de la inconstitucionalidad– es el precepto en su totalidad, [...] *Por ello, puede afirmarse que el objeto del control de constitucionalidad es el ‘complejo normativo’ formado por disposición y norma o normas de ellas derivadas (o por el texto y su interpretación), al cual, por la simple necesidad de buscar un término diferente, llamaremos precepto.*

Véase: Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, cit., p. 25.

Debe tenerse presente que, en las acciones de inconstitucionalidad directa, el promotor de la garantía constitucional debe aportar una tesis que implica la interpretación que atribuye al enunciado que solicita examinar y es el tribunal competente al que le corresponde valorarla, efectuando la asignación de sentido que estime pertinente. Es más, el profesor Ezquiaga Ganuzas postula que lo que es objeto del análisis comparativo son las normas derivadas de las disposiciones normativas infraconstitucionales con las normas que emergen del articulado constitucional –que sirve de parámetro–, esto se explica porque no pudiera producirse el examen pretendido sin interpretación previa de la Constitución³⁸⁹; por ello se asevera que el examen de constitucionalidad se realiza confrontando sentidos interpretativos.

Lo expuesto en el párrafo precedente permite asumir que la declaración de inconstitucionalidad se debería producir únicamente en caso de no encontrar un sentido interpretativo –norma– que no colisione con la interpretación asignada al articulado constitucional por el tribunal competente, ya que, si la hubiere, podría hacerse pronunciamiento sobre la validez de esta última.

Para concluir, debe destacarse que el resultado del examen de constitucionalidad, que conlleva la declaración de legitimidad constitucional –o, en caso contrario, de inconstitucionalidad–, recae “normalmente” sobre la disposición normativa cuestionada, la que, según sea el caso, conservará o perderá su vigencia –sentencias desestimatorias o estimatorias puras–. El adverbio entrecomillado deja entrever la existencia de excepción a la regla, la que se presentaría cuando el

³⁸⁹ En concreto, el autor evocado postula lo siguiente:

...los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad por su propia función («garantizar la primacía de la Constitución», según el art. 27.1 LOTC), exigen la atribución de significado (la interpretación), no sólo de los textos legales susceptibles de ser impugnados (art. 27 LOTC y 161.1.a CE), sino la determinación del significado de los enunciados constitucionales, para poder «enjuiciar la conformidad» de aquéllos con ésta. [...] Por ese motivo, creo que no es exagerado afirmar que **el control de constitucionalidad se realiza, no comparando los enunciados legales con los constitucionales, sino las normas que, tras interpretarlos, han sido atribuidas a esos enunciados**. Esta aseveración, de notoria importancia para puntos posteriores de nuestro discurso, permite concluir que todo control de constitucionalidad exige necesariamente la interpretación de los enunciados constitucionales y legales... [el énfasis es añadido].

Véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, pp. 116 y 117.

pronunciamiento que se emite atañe no solo al texto normativo, sino que también a las interpretaciones que derivan de este. Ello se presentaría con las modalidades de sentencias constitucionales interpretativas en las que los tribunales se pronuncian seleccionando los sentidos interpretativos que estimen más ajustados al magno texto³⁹⁰.

6.1.3 Los instrumentos normativos convencionales en materia de derechos humanos

El concepto de *bloque de constitucionalidad* –tema abordado en el segmento 5.5.2.3.2.1 del capítulo I– supone la existencia de disposiciones normativas constitucionales aunque estas no aparecen directamente –o formalmente– en el magno texto, precisamente porque materialmente tienen contenido constitucional³⁹¹. En esa línea, es dable afirmar que los tratados o convenciones

³⁹⁰ Este tema es desarrollado con claridad en: Guastini, Riccardo, “La interpretación de la Constitución”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 3, 2014, pp. 2074 a 2084.

³⁹¹ Para mayor abundamiento, se sugiere un acercamiento al estudio realizado por Uprimny, quien refiere:

El bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita. Por ejemplo, en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar, tal y como lo señaló la Corte Suprema de ese país en la sentencia *Roe v Wade* de 1973. Igualmente en Francia es indiscutible que los derechos de sindicalización y de huelga tienen rango constitucional, tal y como lo determinó el Consejo Constitucional de ese país en varias decisiones. Sin embargo, si alguien leyera la totalidad de las constituciones de Estados Unidos o de Francia de 1958, en ninguna parte de esos textos encontraría una mención expresa a esos derechos, que tienen empero rango constitucional...

Véase: Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, Bogotá, Universidad Nacional, 2005, p. 2. Disponible en línea: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf. Consultado el 13 de febrero de 2018. También es de utilidad, para la comprensión del contenido de la noción de bloque de constitucionalidad, lo expuesto por la CC, al dictar la sentencia hito de diecisiete de julio de dos mil doce (expediente 1822-2011), en la que, para justificar la utilización de una convención internacional como parámetro de constitucionalidad, se realizó la siguiente precisión sobre el contenido, emergencia y alcance de ese instituto jurídico procesal:

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez

internacionales en materia de derechos humanos, a pesar de que formalmente aparecen fuera de la ley fundamental, poseen innegable contenido constitucional; por ello mismo, también se asevera que esos instrumentos normativos son objeto o materia de la interpretación dentro del marco del control constitucional normativo, pudiendo dado su carácter de bloque de constitucionalidad, ser parámetro de análisis en las inconstitucionalidades tanto directas como indirectas³⁹².

Es pertinente tener presente que los citados tratados tienen como cometido esencial lo relativo a reconocer derechos humanos –no de crearlos– y, en estos, los Estados han asumido compromisos para su respeto y garantía, por lo que, para dar cumplimiento a la obligación de garantizar la eficacia de esos derechos, debe existir internamente la posibilidad de instar la adecuación de su normativa a lo que establecen aquellos tratados; para tal propósito, el rol de los mecanismos de control constitucional es medular³⁹³.

Otro punto que permite sostener que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son objeto de la interpretación constitucional en ocasión del

de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. La conceptualización del “*bloc de constitutionnalité*” surgió en Francia, gracias a la intervención consultiva del Consejo Constitucional francés en la década de los setenta y la labor investigativa doctrinal acerca de la justicia constitucional desarrollada, especialmente, por el profesor Luis Favoreau, así como la carencia de reconocimiento expreso de derechos fundamentales en la Constitución que les rige desde mil novecientos cincuenta y ocho (1958), por lo que con esas opiniones, se integró al bloque de constitucionalidad la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve (1789) y el Preámbulo de la Constitución francesa de mil novecientos cuarenta y seis (1946)...

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>

³⁹² El abordaje del *bloque de constitucionalidad* torna oportuno referir que, en el ámbito jurisdiccional constitucional costarricense, se ha optado en llamar Derecho de la Constitución, al “Derecho –normas, principios, valores fundamentales– que emana de su Fuente principal, la Constitución o de otras capaces de conferirle el específico rango constitucional –Derecho Internacional, Penal, Administrativo, costumbres y prácticas constitucionales, jurisprudencia, especialmente constitucional–”. Piza Escalante, Rodolfo, *La justicia constitucional en Costa Rica*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 65.

³⁹³ Es oportuno traer a colación que, según la guatemalteca Wagner Mota,

...la obligación de garantía exige el establecimiento de medidas concretas para que las personas puedan gozar plenamente de sus derechos, incluyendo aquellas de carácter administrativo, legislativo y judicial. En tal sentido, la obligación de garantía también corresponde a los órganos jurisdiccionales, incluyendo a la Corte de Constitucionalidad [de Guatemala]...

Véase: Wagner Mota, Karin Paola, *op. cit.*, p. 3.

control constitucional normativo es que la normativa interna –incluyendo la constitucional–, con relación a esos derechos, siempre debe interpretarse en consonancia con aquellos instrumentos internacionales. Por ello, se estima afortunado que, cada vez más, los tribunales encargados de realizar ese control se apoyen en la normativa internacional –y los pronunciamientos que los interpretan– para establecer los alcances de los derechos constitucionales, a fin de obtener la mayor protección posible. Ello hace posible una interpretación del magno texto “conforme” a los postulados internacionales.

Si bien hay Estados en los que, constitucionalmente, se han incorporado cláusulas de interpretación conforme –tal como ha sucedido en Iberoamérica en España³⁹⁴, Portugal, Colombia, Perú, Bolivia y México–, ha de indicarse que su seguimiento también puede obedecer a otros factores, tal como el reconocimiento de alta jerarquía a los tratados internacionales en materia de derechos humanos –como sucede en Guatemala que el artículo 46 de la Constitución le reconoce “preeminencia sobre el derecho interno”–, así como la resolución atendiendo a los principios *pro persona* o *pro libertatis* o la integración de esos tratados dentro del bloque de constitucionalidad; incluso, dan cabida a esa modo de interpretación las cláusulas constitucionales de apertura a derechos que no son expresamente reconocidos en el ordenamiento interno³⁹⁵.

³⁹⁴ Con relación a los alcances del artículo 10.2 de la Constitución española que impone que la normativa relativa a derechos fundamentales y libertades constitucionales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España, se hace un abordaje completo en el trabajo del profesor Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional...*, cit. Especial atención merece lo afirmado por el citado jurista en la p. 210, en cuanto a que las “[p]osibilidades hermenéuticas que ofrece la Constitución sólo se agotan después de acudir al criterio interpretativo que resulta del art. 10.2 CE”. A su juicio, “[s]ólo después de hacer uso de tales fuentes [las iusinternacionales] puede considerarse agotadas todas las opciones ofrecidas por la Norma fundamental”.

³⁹⁵ Sobre este tema, puede abundarse en: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas”, *Revista iberoamericana de argumentación*, núm. 13, 2016, pp. 1 a 23. Igualmente: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 531 a 622.

Un punto sobre el cual vale la pena enfatizar es que la directiva de interpretación conforme a los tratados internacionales en derechos humanos atañe a todos los enunciados normativos internos, lo cual incluye a los constitucionales que conciernen a derechos fundamentales³⁹⁶, debiendo utilizarse siempre y no solo para los casos de duda, pues “el Derecho nacional de los derechos humanos debería obtenerse de la interpretación sistemática, conjunta y armónica de las disposiciones constitucionales con las disposiciones de los tratados internacionales”³⁹⁷. Esa necesaria “conformidad” entre las interpretaciones de los enunciados normativos internos con los externos, de alguna forma, supone la difuminación de la distinción que se hace entre el control de constitucionalidad y control de convencionalidad³⁹⁸.

En la tarea de interpretar los postulados constitucionales conforme a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ha de tomarse en cuenta lo valiosas que son las decisiones de los órganos jurisdiccionales garantes de esos derechos, las cuales son vinculantes para todos los Estados que han reconocido la competencia de tales órganos³⁹⁹. Por ello, en los esfuerzos de realizar una interpretación conforme, lo dicho en esos pronunciamientos es de innegable peso para determinar los alcances que debe otorgarse a los derechos humanos. Es paradigmático el caso de la Corte IDH, la que, por medio de su jurisprudencia, ha generado trascendentes criterios interpretativos para el

³⁹⁶ Usando la terminología de Wróblewski, el profesor Ezquiaga Ganuzas califica a esas directivas como “de preferencia”; por cuanto “determinan la manera de elegir entre los diferentes resultados de la aplicación de las directivas de primer grado, que serían las dirigidas a atribuir el significado (Wróblewski, 1985: 36)”. Descarta que la regulación de una cláusula de interpretación conforme suponga un método o regla de interpretación, pues más que todo es “una directiva de elección de significados”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentando conforme...”, *cit.*, p. 11.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 10.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 12.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 14. De igual manera, véase: Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional...*, *cit.*, pp. 210 y 211.

entendimiento de esos derechos, los que, dada su vinculatoriedad, han de ser seguidos al interpretar en ocasión de efectuar control de constitucionalidad⁴⁰⁰.

La necesidad de efectuar una interpretación sistemática, conjunta o armónica entre el texto constitucional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos también constituye una directiva de utilidad para enfrentar las posibles antinomias que se presentan entre estos, lo que eventualmente podría suscitarse. Así las cosas, el enfrentamiento de una vicisitud de ese tipo tendría que darse tomando en cuenta el carácter de directiva de prevalencia que corresponde al hecho que, al decidir, se opte por el sentido más favorable para las personas, así esta corresponda a un enunciado normativo jerárquicamente inferior⁴⁰¹. Dada la esencia de los derechos humanos, más que decantarse por criterios de jerarquía normativa, habría que considerar cómo puede alcanzarse la máxima protección de estos.

Al apuntar hacia uno de los objetivos del presente trabajo de tesis, respecto de determinar qué elementos justifican la emisión de sentencias atípicas, se puede adelantar desde ya que la amplitud conceptual con que son abordados los derechos humanos en los estándares internacionales ha posibilitado que los tribunales constitucionales, apoyándose en estos, hayan logrado la emisión de pronunciamientos con los que se ha propendido a dotar de la mayor protección posibles a las personas. La posibilidad de emitir pronunciamientos en los que se

⁴⁰⁰ Es conveniente precisar la importancia de seguir la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos y no dejar esa tarea solamente al juez local, pues, como bien refiere el profesor Ezquiaga Ganuzas,

Si la interpretación del Tratado se dejara únicamente en manos del juez nacional, existiría el peligro de que se invirtiera el sentido de la interpretación conforme dando un significado al texto internacional buscando su conformidad con la Constitución y no a la inversa.

Véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentando conforme...”, *cit.*, p. 15.

⁴⁰¹ A guisa de ejemplo, se trae a cuenta la antinomia entre el artículo 4, numeral 5, de la CADH, que prohíbe aplicar la pena de muerte a “*mujeres en estado de gravidez*” y el artículo 18, inciso b), de la CPRG, que prohíbe aplicar esa sanción “[a] *las mujeres*”. Conforme la directiva de interpretación conforme –aplicable en Guatemala, por el reconocimiento del principio *pro persona*–, en el eventual caso que hubiera surgido algún conflicto por la aplicabilidad de ambas disposiciones, este habría podido ser resuelto aplicando lo establecido en el texto constitucional, por contener la regulación más favorable.

privilegian los sentidos interpretativos de los derechos fundamentales conforme a las regulaciones contenidas en los tratados internacionales ha dado pie a la emisión de una modalidad de fallos interpretativos, según se verá en el capítulo IV.

Por último, es dable reconocer que, además de la jurisprudencia de los tribunales regionales en materia de derechos humanos, las observaciones emanadas de los comités de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas han sido sumamente valiosas facilitando el desarrollo de la tarea interpretativa de los jueces constitucionales.

7. Principios de la interpretación constitucional

La determinación de los alcances del sustantivo *principios* ha representado cierta dificultad, dado que no hay una concepción unívoca al respecto. Para tener una dirección en cuanto al sentido del término, se evoca que Dworkin lo usa en sentido genérico, refiriéndose a todo el conjunto de los estándares que apuntan siempre a decisiones requeridas por la moralidad u objetivos que han de ser alcanzados. Según Alexy los principios son “mandatos de optimización”, dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas existentes; esas notas características las diferencian de las reglas que mandan la realización de conductas determinadas o definidas. Atienza, por su parte, sostiene que estos resultan “*normas de carácter muy general*” que señalan lo deseable a fin de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social y político, entre otros, o bien exigencias de tipo moral⁴⁰².

⁴⁰² Islas Montes, Roberto, “Principios jurídicos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 17, 2011, p. 398. Además de referir lo expuesto por los citados teóricos de la interpretación, una página adelante en la misma obra –p. 399–, el autor indica que ellos hacen un acercamiento adecuado a una “concepción correcta” sobre los principios jurídicos; sin embargo, según su parecer, no le parece que logren abarcar a plenitud su sentido ni determinado efectivamente el alcance del término. Por ello, partiendo del punto de vista etimológico, en el sentido que el vocablo alude a un cimiento o afianzamiento o fin y un nexo que los relaciona –a ese cimiento, afianzamiento o fin– con aquello que se desea sostener o afianzar, sostiene que:

Sin ánimo de tomar partido por alguna de las posiciones relacionadas, ya que, en esencia, todas aluden al carácter general de los principios, diferenciándolos de las reglas, se hará referencia a aquellos como mandatos a los que se les suele reconocer –en mayor o menor medida– un valor general o universal, por lo que su capacidad de ser informantes de las conductas normativas no está condicionada a las exigencias propias de los tiempos o espacios determinados⁴⁰³.

Para lograr la concretización del texto constitucional es de capital importancia la función que cumplen los principios interpretativos, entendiéndolos, como refirió Hesse, como los mandatos que orientan y encauzan el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a cabo a la solución de los problemas que se examinan⁴⁰⁴.

Existen variadas propuestas de principios constitucionales; no obstante, por su innegable buena recepción en la doctrina, se evocan los que el último de los juristas citados postula como tal⁴⁰⁵:

- a) **Unidad de la Constitución**, según el cual existe relación e interdependencia entre los distintos elementos de la Constitución, lo que obliga a que los casos sean analizados no solo sobre la base de una disposición normativa constitucional aislada, sino atendiendo al conjunto en el que debe ser situada; así las cosas, deben evitarse las contradicciones entre sí de los preceptos constitucionales; en conclusión, los enunciados constitucionales no se deben interpretar en forma aislada, sino que debe

...*principio jurídico* es la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquellos con que se deba relacionar; siendo la *relación razonada* el elemento determinante del principio jurídico y el *fundamento, valor, meta, fin o estándar establecido como relevante para el derecho* su esencia. Dicho lo anterior, me apresuro a decir que si el principio jurídico es despojado de la relación razonada y de su relevancia, solo queda algo meramente axiológico, ontológico y teleológico, sin ninguna relación necesaria con el derecho...

⁴⁰³ Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica...*, cit., p. 141.

⁴⁰⁴ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pp. 67 a 70.

considerarse dentro del conjunto constitucional⁴⁰⁶.

- b) **Concordancia práctica**, el cual supone que los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente deben ser coordinados en la solución del problema, de modo que todos conserven su entidad; de esa forma, donde se produzcan colisiones, debe procurarse que la ponderación de bienes o de valores no provoque la realización de uno a costa del otro, debiendo realizarse una labor de “optimación”, a modo que ambos bienes de relevancia constitucional alcancen efectividad óptima⁴⁰⁷.
- c) **Corrección funcional**, según el cual, si la Constitución regula de alguna manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano encargado de la interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones que le fueron encomendadas, no debiendo modificar sus funciones por medio de la actividad interpretativa⁴⁰⁸.
- d) **Eficacia integradora**, que supone que si la Constitución tiene como fin la creación y mantenimiento de la unidad política estatal, debe otorgarse

⁴⁰⁶ Pérez Luño se pronuncia sobre este principio, aduciendo que su conexidad con la noción de ponderación de bienes revela que su significación “rebaso el plano lógico-axiomático para apelar a la necesaria unidad y coherencia de los valores axiológicos y objetivos políticos que informan la Constitución...”; además el autor indica que la interpretación sistemática halla su fundamento en ese principio. Añade que este mandato de optimización tiene estrecha relación con el principio conocido como de *efecto integrador* –que es corolario de la teoría de la integración, la cual fue formulada por Rudolf Smend–, el que parte de la idea de que si la normativa constitucional propende a la formación o mantenimiento de determinada unidad política, su interpretación también debe potenciar las soluciones que refuercen tal unidad. *Cfr.*: Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2010, p. 282.

⁴⁰⁷ Hesse también refiere, con relación a la fijación de límites a los bienes de relevancia constitucional, que esto:

debe responder en cada concreto, al principio de proporcionalidad; no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos. “Proporcionalidad” significa en este contexto una relación entre dos magnitudes variables, concretamente aquella que mejor responda a dicha tarea de optimación, no pues una relación entre un “objetivo” constante y uno o más “medios” variables...

Véase: Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 68. Este principio se utilizó como parte de los fundamentos para la emisión de una sentencia interpretativa, la dictada por la CC el 7 de mayo de 2013 (Exp. 1312-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822226.1312-2012.pdf>

⁴⁰⁸ Pérez Luño también desarrollo este principio, refiriendo la necesidad de que, al interpretar la Constitución, “no se subvierta o desnaturalice el esquema de reparto de funciones constitucionalmente establecido”. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos...*, *cit.*, p. 283.

preferencia en la solución de conflictos constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad.

- e) **Fuerza normativa de la Constitución**, este supone la necesidad de dar preferencia, en la solución de los problemas jurídico-constitucionales, a los puntos de vista que tiendan a que el magno texto obtenga la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso; ello debe ser así, dado que la interpretación constitucional es la concretización misma del cuerpo normativo fundamental; con lo anterior, el reconocimiento de fuerza a la ley fundamental implica que esta no constituye solo un cuerpo normativo aspiracional, sino un verdadero instrumento regulador de toda la conducta social, cuya observancia puede ser exigido y debe hacerse efectivo⁴⁰⁹.
- f) Por último, párrafos aparte le dedica Hesse al principio de **interpretación conforme a la Constitución**⁴¹⁰, el cual ha posibilitado la emisión de novedosos pronunciamientos cuyo contenido son manifestación de la actualización constante del texto constitucional. Según este principio, no debe declararse la nulidad de una disposición normativa cuando la

⁴⁰⁹ Sagüés hace referencia al alcance del principio interpretativo en el siguiente sentido:

La Constitución no debe limitarse a justificar las relaciones de poder existentes en un Estado, sino que tiene que disciplinarlas y orientarlas. Se puede hablar así de una “fuerza normativa” de la Constitución, esto es, “una fuerza propia, aunque sea limitada, motivadora y ordenadora de la vida política”.

Véase: Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, cit., pp. 14 y 15. Líneas adelante –p. 15–, agrega: “Por ‘fuerza normativa’ de la Constitución se puede entender su aptitud para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores...”. Por otra parte, Pérez Luño relaciona el principio con el de *eficacia* o *efectividad* –una propuesta propia de ese autor y que no debe confundirse con el de *eficacia integradora*, acuñado por Hesse–; la relación se produce porque al procurar la eficacia constitucional se propende a que la actividad del intérprete se encauce hacia las opciones hermenéuticas que optimicen la eficacia del contenido de la normativa constitucional; de esa forma, ambos procurarían las soluciones hermenéuticas que “por tener consciencia histórica del proceso de cambio en las estructuras socio-económicas, permiten una constante actualización de la norma constitucional, garantizando, de este modo, su máxima y permanente eficacia”. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos...*, cit., p. 284.

⁴¹⁰ Hesse hace un abordaje del principio. Véase: *op. cit.*, pp. 71 a 75. Es pertinente tener presente que Ahumada indica que la interpretación conforme no debe ser concebido como un método ni criterio interpretativo, sino en lo que se ha dado en llamar una “directiva de preferencia”. Cfr.: Ahumada, Ma Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (a propósito de ‘Constitucionalización y Neconstitucionalismo’ de Paolo Comanducci”, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 143.

inconstitucionalidad no sea evidente y esta puede ser interpretada en consonancia o de forma compatible con la carta fundamental⁴¹¹. La descripción del citado jurista guarda alguna relación con el que otros juristas denominan **principio democrático**⁴¹², según el cual los operadores e intérpretes jurisdiccionales de la Constitución deben presumir la buena y fe y constitucionalidad de la obra del legislador, quien ostenta la representación democrática; ello, salvo que, de los enunciados normativos no sea posible extraer alguna interpretación conforme a aquella⁴¹³. Las notas de semejanza referidas encuentran sentido en el hecho que en los Estados democráticos con sistemas de justicia constitucional instituidos debe agotarse o desvanecerse, antes de declarar la ilegitimidad

⁴¹¹ Además, de lo expresado por Hesse, es útil la definición de García de Enterría que postula:

Este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de ese un postulado básico. [...] El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las Leyes: antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la constitución.

Véase: García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., p. 96.

⁴¹² Según Hesse,

La voluntad y la conducta del legislador democrático gozan de una presunción de constitucionalidad; a él le corresponderá en primera línea la conformación jurídica de las relaciones sociales. Al tribunal constitucional le está vedado discutir esta primacía del legislador, pues ello acarrearía un desplazamiento de las funciones constitucionalmente encomendadas. Con todo, la primacía del legislador democrático se produce a costa de un cambio de significado del contenido de la ley por parte del tribunal constitucional, primacía que puede resultar anulada cuando el precio es excesivamente alto, cuando el contenido que, a través de la interpretación conforme el tribunal da a la ley contiene no ya un *minus* sino un *aliud* frente al contenido original de la ley...

Véase: Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 73. El principio relacionado también es abordado por Nogueira Alcalá, quien refiere que también es conocido como *de conservación normativa, conservación del derecho* o *presunción de constitucionalidad*. Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre las sentencias...", cit., pp. 135 y 136.

⁴¹³ La necesidad de respetar el producto de la función constitucionalmente encomendada a un órgano democráticamente conformado —el Parlamento— fue postulada ya desde finales del siglo XIX y principios del XX por James Bradley Thayer, quien sostuvo que los tribunales encargados del examen de constitucionalidad debían asumir una *actitud deferente*, de modo que "deben declarar la inconstitucionalidad de una ley solo cuando no se puede dudar razonablemente de que es inconstitucional"; en otras palabras, su tesis enarbolaba que "los tribunales no deben declarar inconstitucional una ley sino solo cuando lo sea de un modo manifiesto, más allá de toda duda razonable...". Los postulados relacionados comprenden lo que en el ámbito del Derecho Constitucional norteamericano se ha dado en llamar *doctrina deferente*, o, incluso, *principio de Thayer*. El legado de este tratadista, con relación al principio referido, es abordado con amplitud en: Mendonca, Daniel, *Análisis constitucional, una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, 2a. ed., Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 104.

constitucional, la presunción de que los actos –las leyes, dentro de estos– que se produzcan al amparo de la normativa que lo rige, efectivamente son constitucionales⁴¹⁴; por tal razón, un enunciado no debe ser declarado inconstitucional, sino solo cuando contradiga la ley fundamental de manera evidente e indiscutible y no puede arribarse a una interpretación que la adecue al magno texto⁴¹⁵. Las notas características de este principio –de interpretación conforme a la Constitución– bien podrían transpolarse al ámbito de la interpretación de las convenciones internacionales, las que, tal como fue abordado con antelación, constituyen parámetro de constitucionalidad y objeto de la interpretación constitucional; de esa cuenta, se sostiene que la interpretación conforme de los tratados internacionales de derechos humanos también es principio informante del control constitucional normativo.

⁴¹⁴ Sobre la distinción terminológica del principio comentado, es oportuno citar a Cabrales Lucio, que refiere:

En el ámbito doctrinal constitucional se usan congruencia expresiones como: *principio in dubio pro legislatore*, así como el de *presunción de constitucionalidad de la ley*, lo cierto es que ambos constituyen manifestaciones concretas del también principio general *favor legislatoris*, es decir, lo más favorable a la voluntad del legislador expresada a través de la ley. También se utiliza la expresión de *interpretación de la ley conforme a la Constitución* o *principio de conservación de la ley*, en muchas ocasiones de forma indistinta para referirse a la presunción de constitucionalidad de la ley sin señalar expresamente que papel o rol juega cada uno de esos términos en el control constitucional de la ley. [...] Por ahora baste señalar por ejemplo que, mientras la ***interpretación de la ley conforme a la Constitución*** indica que la interpretación se hará de acuerdo a la Constitución poniendo a esta como ley suprema y normativa que funge como parámetro de constitucionalidad intentando durante todo el proceso interpretativo conseguir la conformidad constitucional, el principio de conservación de la ley intentará preservar la ley controlada en la mayor medida posible, por supuesto en aquellos sistemas de jurisdicción constitucional donde la inconstitucionalidad implique necesariamente la nulidad y expulsión de la ley del ordenamiento jurídico vigente...

Para mayor abundamiento, véase: Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015, pp. 7 y 8. La cita evocada aporta gran utilidad para efectos de la necesaria precisión de sustantivos; no obstante, más que diferencias entre la interpretación de la ley conforme a la Constitución y el de conservación de la ley, se encuentran puntos comunes e inseparables que apuntan hacia el mismo objetivo.

⁴¹⁵ El jurista mexicano Figueroa Mejía presenta el tema como un criterio interpretativo, denominándolo *favor libertatis*, aduciendo que deriva de dos principios, a saber: el de conservación del Derecho y el de presunción de legitimidad, lo que implica que solo se procede a declarar la inconstitucionalidad de una disposición normativa si resultare claro e inequívoco que se los límites extremos que la Constitución impone han sido sobrepasados y que, cuando tal claridad no existe, se debe presumir la actuación constitucional del legislador. De esa manera, se procura alcanzar seguridad jurídica y evitar, en la medida de lo posible, el *horror vacui*; así las cosas, entre varias opciones interpretativas, el operador debe decantarse por la que permita entender lo impugnado conforme con el magno texto. *Cfr.:* Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, p. 80 y 81.

La relevancia de los principios comentados resulta innegable, en razón de que posibilitan el abordaje técnico de los señalamientos de ilegitimidad constitucional de los enunciados normativos infraconstitucionales; además, esos mandatos de optimización permiten a los operadores de justicia encontrar formas adecuadas de solución de conflictos, lo que muchas veces implica la utilización de mecanismos atípicos de resolver.

A pesar de destacar la relevancia de la exposición de principios realizada en este apartado, es pertinente recalcar su carácter no exhaustivo, dado que existen otras propuestas que han encontrado importante receptividad⁴¹⁶.

8. Márgenes de actuación del intérprete constitucional

La interpretación constitucional no puede ser una actividad desprovista totalmente de límites, dado que es llevada a cabo por un órgano que no puede sustituir la labor del constituyente, ni invadir las competencias atribuidas a otros poderes constituidos. Sería paradójico sostener que esa función del juez constitucional está exenta de limitaciones, cuando que uno de los fines del magno texto es precisamente determinar márgenes de acción de los poderes estatales, para evitar abusos⁴¹⁷.

Con relación a los límites de la interpretación, Guastini afirma que sí los hay; sin

⁴¹⁶ A guisa de ejemplo, respecto de otros principios que son tomados en cuenta por algunos tratadistas, se evocan los citados por Goig Martínez: el de protección efectiva y no ilusoria de los derechos fundamentales, así como el de interpretación evolutiva, el cual emergió y fue tomando contenido de fallos dictados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto a la interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos. Según el segundo de esos principios, la protección real de los derechos fundamentales requiere su adecuación a las necesidades sociales del momento, por lo que las convenciones en la materia constituyen instrumentos vivos que han de ser interpretados a la luz de las condiciones del presente. *Cfr.*: Goig Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 282.

⁴¹⁷ Sobre la necesaria presencia de límites de la interpretación constitucional, Sagüés refiere:

Como todo quehacer humano, también la interpretación constitucional tiene sus límites o vallas. Dentro de tales cercos, la interpretación es legítima. Fuera de ellos, se desnaturaliza y, en rigor a la verdad, deja de ser interpretación, para convertirse en otra actividad: quizás en *destrucción* del objeto interpretado...

Para mayor abundamiento, véase: Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, *cit.*, p. 59.

embargo, aclara que estos no deben ser entendidos en el sentido de restringir que los juristas y jueces puedan atribuir a los textos normativos “*cualquier* significado – incluso raro e implausible– que les parezca oportuno, sino en el sentido que no a cualquier atribución de significado conviene atribuir el nombre de «interpretación»: no cualquier atribución de significado puede ser subsumida bajo el concepto de interpretación...”⁴¹⁸. Por ello, asume que la necesidad de trazar límites conceptuales a esa tarea es útil no para distinguir lo que podría considerarse una buena, correcta o aceptable interpretación, ya que ello depende de cuestiones valorativas o normativas, sino que lo es para diferenciar en el ámbito del Derecho, lo que es “la genuina («normal») interpretación de la creación de normas nuevas”⁴¹⁹.

No es extraño que la compleja actividad de los tribunales constitucionales genere cuestionamientos en cuanto a los particulares alcances de sus resoluciones y que, sobre esa base, concurren interrogantes sobre los límites a su trabajo⁴²⁰. Más recurrentes son las críticas cuando no es entendida la actividad interpretativa contemporánea caracterizada por el amplio margen de discrecionalidad que deja al juzgador, lo que no implica que este carezca de límites al momento de interpretar y, menos, que, en virtud de esa discrecionalidad –que no es infinita–, tenga que aceptarse como admisible cualquier asignación arbitraria de significados a los enunciados normativos. Descartar la arbitrariedad en las interpretaciones solo es posible cuando concurren buenas razones para

⁴¹⁸ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar...*, cit., p. 76.

⁴¹⁹ *Loc. cit.*

⁴²⁰ Con relación a los límites a que está sujeta la actividad interpretativa de la Constitución, Sagüés refiere que su relevancia radica en lo siguiente:

El problema de los topes del juez constitucional es que a él le toca definir (y de modo especial, cuando actúa como intérprete final de la Constitución) cuál es la supremacía normativa y cuál es la supremacía ideológica de la Constitución, y quien dice en última instancia qué es lo que dice la Constitución. En ese contexto, la tentación del desborde puede ser muy seductora, y algunas veces casi irreprimible...

Véase: Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, cit., p. 32.

sostenerlas⁴²¹. Por ello, de entrada, se toma posición por afirmar que el más importante límite de la interpretación constitucional consiste en el deber de motivar o de expresar con buenas razones cómo se arribó a aquella asignación de significados, en uso de la discrecionalidad; para tal propósito, es preciso echar mano de argumentaciones razonables.

Ya se dijo líneas atrás que el tipo de preceptos que conforman la Constitución – que tienen contenido abierto– suele dar lugar a interpretaciones extensivas y garantistas, a fin de tutelar debidamente los derechos de las personas. Esa práctica no está exenta de riesgos, dado que podría acarrear, como consecuencia, que los alcances atribuidos a los derechos fundamentales no sean los que razonablemente debieran corresponder⁴²². Esos riesgos disminuyen cuando se desarrollan esfuerzos por motivar las resoluciones.

Aunque precedentemente ya se tomó posición respecto a que el deber de motivar racionalmente radica el principal límite de la interpretación constitucional, es pertinente traer a cuenta que son recurrentes las expresiones que indican que en el contenido de la propia Constitución se encuentra el margen de esa función⁴²³.

⁴²¹ Según el jurista boliviano Arias López, en los actuales momentos se asiste a un escenario en el que resulta inevitable el reconocimiento del margen de discrecionalidad interpretativa a favor de una autoridad judicial; no obstante,

...ello no implica necesariamente que deba ser absoluta pues la misma puede y debe controlarse mediante la argumentación que debe contener la decisión es decir que cuando las partes al interior de un proceso judicial tienen interpretaciones encontradas el juez debe responder porqué no sigue la interpretación perdidosa [...] cuanto más se aleje una interpretación de la literalidad de un texto se requiere que la autoridad jurisdiccional aumente de manera proporcional la argumentación explicando dicho alejamiento...

Véase: Arias López, Boris Wilson, “Literalidad de la norma y decisión judicial”, *Primera instancia: revista jurídica*, núm. 2, 2014, p. 37.

⁴²² De forma más amplia, Carpizo postula:

Los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales, por lo regular, establecen principios y valores de gran abstracción. Esta característica de las Constituciones modernas implica un amplio margen de acción para el intérprete y, como menciona Pérez Tremps, la posible configuración de dos riesgos: a) Que al determinar el contenido protegido de los derechos, el intérprete pretenda introducir cualquier tipo de pretensión generando una seria devaluación de los derechos fundamentales, y b) Que el intérprete caiga en la tentación de ser quien define el contenido de los derechos conforme a su propia discrecionalidad.

Véase: Carpizo, Enrique, “Algunas reflexiones sobre los límites al intérprete judicial de la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LIX, núm. 251, 2009, pp. 178 y 179.

⁴²³ Ejemplo de ello es lo expresado por Alvarado Tapia:

En esa línea se sitúa Hesse, al postular que “la *constitutio scripta* [...] se convierte en límite infranqueable de la interpretación constitucional. La existencia de este límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución...”⁴²⁴.

A criterio del tesista, el aporte que hace Hesse es sumamente valioso; no obstante, puede resultar insuficiente y tautológico afirmar que es la propia Constitución el límite de la interpretación constitucional, ya que si, de antemano, esta marcara de forma prolija y unívoca los alcances de sus preceptos, en la actividad interpretadora no cabría ápice alguno de controversia⁴²⁵. No obstante esa disensión, ha de tenerse presente que ello no significa aval alguno para la interpretación que se aparte de la fuente constitucional, pues como bien se comparte con Balaguer Callejón, “[l]a interpretación de las normas ha de realizarse conforme al sistema de fuentes establecido, pues al margen de esos límites, el juez no actúa en Derecho...”⁴²⁶.

Nogueira Alcalá asume que los tribunales constitucionales, en sus decisiones, “tienen como único límite el carácter jurídico de sus resoluciones e interpretaciones, todas ellas razonadas y sostenidas por los valores, principios y reglas condicionales, desarrollándolos y dándoles vida jurídica efectiva”⁴²⁷. Se

El Tribunal tiene un límite preciso: la Constitución y esto es así porque es la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico y por tanto vinculante para todos y con mayor razón para el Tribunal Constitucional. Este órgano está sujeto a lo que el Poder Constituyente ha dispuesto en el texto constitucional.

Su posición es profundizada en su trabajo: Alvarado Tapia, Katherine, “Jurisdicción constitucional: naturaleza política, legitimidad y límites del tribunal constitucional”, *Revista de Investigación Jurídica IUS*, vol. II, 2011, p 19.

⁴²⁴ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 49.

⁴²⁵ Las cláusulas abiertas que incorporan derechos no regulados de forma expresa en el texto constitucional son la expresión de que los límites interpretativos no siempre se encuentran en ese cuerpo normativo, pues en estos casos se hace remisión a otro tipo de instrumentos jurídicos. Ese tipo de cláusulas normativas y las disposiciones contradictorias de la propia Constitución constituyen lo que Sagüés denomina *vías de deslizamiento*. Estas en otras circunstancias surgen de modificaciones en el contexto de vida, de las variaciones en las pautas de legitimidad, del derecho supranacional o del derecho de necesidad. *Cfr.*: Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, *cit.*, p. 36.

⁴²⁶ Balaguer Callejón, María Luisa, *op. cit.*, p. 106.

⁴²⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, *La justicia y los tribunales constitucionales de Iberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI*, Santiago (Chile), LexisNexis, 2005, p. 355.

estima que esa posición se acerca más a la visión del tesista, en cuanto que el verdadero límite de la interpretación se halla en el deber de motivación o de expresión de buenas razones sobre los sentidos asignados a los enunciados que han sido objeto de la actividad interpretativa constitucional.

El Tribunal Constitucional Federal alemán, según evocación realizada por el jurista mexicano Cabrales Lucio, ha desarrollado dentro de su jurisprudencia ciertas limitaciones, en especial cuando se pretende desarrollar la actividad interpretativa inspirada en el principio de interpretación conforme, a saber⁴²⁸: (a) que esta debe siempre “moverse” dentro de las posibilidades ofrecidas por el propio texto de la disposición interpretada; (b) si la ley tiene un significado unívoco, no podría atribuírsele otro, por la sola justificación de pretender hacerla conforme al magno texto y evitar la declaración de inconstitucionalidad; según el jurista relacionado “[b]ajo este límite no está justificada la manipulación interpretativa aunque el fin sea la conformidad de la ley con la Constitución”⁴²⁹; (c) el contenido de la disposición objetada no puede ser determinado *ex novo* –de nuevo o desde el principio–; y (d) la finalidad del legislador no puede modificarse en la especialidad de la disposición; así las cosas, ni siquiera bajo los loables límites que supone la interpretación conforme habría licencia para transformar o modificar, en esencia, el objetivo del legislador expresado en la ley⁴³⁰. A pesar de que los límites referidos emergen como un esfuerzo de precisión de criterios respecto de hasta dónde pueden los tribunales constitucionales llegar de la mano de la interpretación conforme a la ley fundamental, esos márgenes de actuación bien pueden ser extrapolables a la actividad de cualquier juzgador que tenga en sus manos el encargo de impartir justicia constitucional, en apoyo o no al principio interpretativo en referencia.

Ciertamente, es laudable el esfuerzo del citado tribunal por establecer límites

⁴²⁸ Cabrales Lucio, José Miguel, *op. cit.*, p. 250

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 251.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 252.

naturales a la interpretación constitucional, según lo comentado en el párrafo que precede; sin embargo, se advierte que, más que apostar por reglas específicas que pudieran confinar la discrecionalidad de la actuación de los jueces constitucionales de estos tiempos, debe optarse por un límite más acorde con la visión dinámica que actualmente supone la interpretación, consistente en la expresión de buenas razones sobre la asignación de sentidos interpretativos.

Conforme lo anterior, el autor del presente trabajo de tesis sostiene que si bien no suelen precisarse límites por escrito respecto de hasta dónde llega el margen de actuación posible del intérprete judicial en materia constitucional, puede afirmarse que el producto de la actividad interpretativa será admisible en la medida que los discursos argumentativos se acompañen de razones valederas de la decisión emitida. A ello apostó Tribe, tal como refiere Nogueira Alcalá, quien sintetiza su punto de vista:

Como señala Tribe, la jurisdicción constitucional debe desarrollar un discurso constitucional que fundamente y aporte razones que sustenten sus puntos de vista sobre el comportamiento de las otras potestades estatales, mediante un diálogo con quienes leen la misma Constitución, aun cuando sostengan diferencias de criterio⁴³¹.

Dentro de ese marco conceptual, puede sostenerse que será admisible la interpretación del articulado de la parte dogmática de un texto constitucional en la medida que con esta sean desarrollados los contenidos esenciales de los derechos fundamentales y, con ello, se logre tutelar debidamente al ser humano de cara a sus aspiraciones de dignificación⁴³²; para tal propósito, en la labor

⁴³¹ La referencia bibliográfica citada por Nogueira Alcalá es la siguiente: "LORENCE TRIBE [sic] (1988), *American Constitutional Law*, Mineola, Ed. The Fundation Press, p. 15". Véase: Nogueira Alcalá, Humberto, "La sentencia constitucional en Chile...", *cit.*, p. 316.

⁴³² Respecto de este punto, Dürig, citado por García Amado, ha expresado que "para cada derecho fundamental en particular hay un límite valorativo absoluta, ante el que se detiene toda posibilidad de disposición por el Estado"; sobre ese límite, el propio García Amado añade que el límite a que el jurista alemán se refiere "está allí donde el valor jurídico de la dignidad resulta tocado". *Cfr.*: García Amado, Juan Antonio, "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", *Controversias constitucionales*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 47.

interpretativa es preciso echar mano de tratados internacionales de derechos humanos, cuya materia tiene irrefutable carácter constitucional y que, en buena medida, contribuyen a determinar sus alcances⁴³³. Por otro lado, en cuanto a la interpretación de los artículos de la parte orgánica, puede estimarse la concurrencia de buenas razones en el discurso interpretativo cuando los alcances de estos son percibidos como instrumentos para el fortalecimiento de la institucionalidad y a la cimentación de un Estado cuyas estructuras y funcionamiento deben hacer efectivo el goce de todos los derechos humanos⁴³⁴.

De alguna forma, los estudios de Atienza respaldan la posición a la que se arribó con anterioridad, en cuanto a que la interpretación constitucional se legitima al encontrar razones válidas para sostener su decisión y que ahí radica el límite a la labor interpretativa; ello se asume, dado que, al abordar cómo hacer frente a los casos que él denomina trágicos –aquellos en los que “no cabe encontrar una solución [jurídica] que no sacrifique algún elementos esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral”⁴³⁵–, en los que no es posible una resolución expedita a la controversia y en los que no puede ser encontrada una respuesta indubitablemente correcta, sugiere que tendría que optarse por alguna de las respuestas que ofrezca el mal menor; así también indica que debe recurrirse a criterios de lo razonable, o sea “criterios situados entre lo que podría llamarse racionalidad estricta (integrada tanto por el respeto a la lógica formal como a los principios de universalidad, coherencia, etc.)

⁴³³ Sobre la base de la noción que sostiene que los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos son materialmente constitucionales, aunque no formen parte directa del magno texto, se construyó doctrinariamente la teoría del bloque de constitucionalidad, que ha tenido amplia receptividad jurisprudencial.

⁴³⁴ Para respaldar lo expresado, se evoca lo expuesto por el jurista panameño Hoyos, quien sostiene:

Es obvio que la interpretación constitucional tiene límites: el juez constitucional no puede alterar la forma de gobierno ni la estructura económica prevista en la Constitución. Tampoco puede desconocer la norma contenida en un texto más o menos claro. Pero la interpretación constitucional sí permite actualizar el ordenamiento constitucional sin que sean necesarias reformas frecuentes al mismo.

Véase: Hoyos, Arturo, *op. cit.*, p. 37.

⁴³⁵ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, *cit.* p. 219.

y la pura y simple arbitrariedad”⁴³⁶. Así las cosas, la solución de casos trágicos impondría la búsqueda de respuestas que, apoyándose en criterios razonables, opten por un mal menor.

Por otra parte, es menester traer a cuenta que la gran dificultad que supone hablar de límites a la interpretación constitucional es que su observancia no es controlada por un órgano ajeno al tribunal constitucional, ya que, al ser el supremo intérprete de la Constitución, este solo está sujeto al propio autocontrol –o *self-restraint*, como se le conoce por su concepción original⁴³⁷– que disponga implementar, lo cual equivale a la necesaria autocontención y prudencia que debe caracterizar el trabajo de los tribunales constitucionales en la emisión de decisiones de amplia incidencia social, privilegiando la intelección que sea respetuosa de la división de poderes estatales y de las atribuciones funcionales⁴³⁸.

⁴³⁶ Atienza, Manuel. “Los límites de la interpretación...”, *cit.*, pp. 25-27.

⁴³⁷ Según Racimo, el origen de esta noción se produjo en el artículo del abogado estadounidense James Bradley Thayer titulado *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, el cual fue publicado en la *Harvard Law Review*, el 25 de octubre de 1893. Agrega el autor que ese artículo tuvo por motivación “la creciente intervención de las cortes –según lo creía Thayer– que afectaba el sistema democrático; ello independientemente de que esa interferencia judicial se correspondía con la realidad del período inmediatamente anterior a lo resuelto en el conocido caso *Lochner* [se refiere a *Lochner versus New York*]”. Agrega el autor que: “La autorrestricción se basa en un criterio deferencial según el cual en caso de duda las cortes deben ponderar –como criterio básico de decisión– la existencia de una supuesta presunción de constitucionalidad a favor de las legislaturas”. La tesis comentada se vio reflejada en los fallos de algunos de los jueces de la Corte Suprema estadounidense y especialmente en los votos de Holmes, Harlan, Frankfurter y Rehnquist. *Cfr.*: Racimo, Fernando M., “El activismo judicial: sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, *Revista Jurídica*, núm. 2, 2015, pp. 109, 110 y 112. Disponible en línea: http://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/el_activismo_judicial_sus_origenes_y_su_recepcion_en_la_doctrina_nacional_-_racimo.pdf. Consultado el 18 de agosto de 2017.

⁴³⁸ Si bien, como fue referido en la nota al pie de página anterior, la noción de la autocontención emergió como una respuesta conservadora frente al avance del empoderamiento de los jueces en sus interpretaciones, la idea se ha ido desarrollando al punto de ser concebido como un principio. Para ejemplificar esa aseveración, se trae a cuenta lo expuesto por Palacios Alcocer y Castellanos Madrazo, que sostienen:

El *self-restraint* es un principio de ejercicio jurisdiccional que resulta indispensable tratándose de los tribunales constitucionales, atento a que, por regla general, son órganos que carecen de controles jurídicos externos y que actúan bajo un espectro competencial que corre el peligro de desbordarse en sus competencias y trastocar el sistema de atribuciones, pesos y contrapesos previsto por la Constitución. A partir de su autodisciplina, el operador de la interpretación constitucional emprende una labor metódica y razonable, fundada en reglas metodológicas que le permiten realizar una corrección argumentativa. Como ha expresado la doctrina alemana, la autodisciplina judicial no es una renuncia voluntaria a las posibilidades de decidir y configurar objetiva e imparcialmente, sino la consecuencia metodológica del

Si bien en buena medida los originalistas defienden la noción del *judicial restraint* o de la autodisciplina judicial, esta no debe ser entendida como la sujeción del intérprete a valladares infranqueables que lo limitan forzosamente al texto literal de la Constitución, pues, como refiere Sagüés, “el jurista puede detectar que las fronteras de la interpretación no siempre están bien amojonadas e incluso que hay pasos fronterizos hacia territorios extraconstitucionales, lo que no siempre quiere significar zonas inconstitucionales...”⁴³⁹ y a las cuales se suele recurrir mediante interpretaciones creativas. Un ejemplo de esa posibilidad lo encuentra en la Constitución estadounidense, de la que puede asumirse que, en algún tiempo, la inexistencia de un mecanismo de control de constitucionalidad, suponía una laguna, lo que, a la postre, fue subsanado por el propio Poder Judicial⁴⁴⁰; en esa línea de ideas, las omisiones del constituyente muchas veces se presentan como una invitación dirigida a los jueces constitucionales a crear, dentro de los márgenes de acción que se ha comentado en este apartado.

Sobre la base lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que, si bien la autorrestricción judicial no forzosamente debe implicar imaginar la existencia de rígidos límites al intérprete, conlleva privilegiar el principio según el cual, en caso de dudas sobre la constitucionalidad de las disposiciones normativas objeto de la interpretación, debe presumirse la conformidad de esos enunciados con el magno texto.

En el primer capítulo se asumió que la actuación de los tribunales constitucionales se legitima mediante la emisión de pronunciamientos motivados por criterios objetivos; esa aseveración es reafirmada en este apartado dedicado a los límites

carácter abierto estructural, funcional y material del derecho constitucional, que obliga al Tribunal Constitucional a adoptar una actitud neutral que le permita resolver un juicio con independencia de las inclinaciones de sus miembros.

Véase: Palacios Alcocer, Mariano y Castellanos Madrazo, J. Francisco, “Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional”, *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 745 y 746.

⁴³⁹ Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial...*, cit., p. 33.

⁴⁴⁰ *Loc. cit.*

en la interpretación constitucional⁴⁴¹. Sobre esa base, puede asumirse la necesidad de que los mensajes que deriven de los fallos dictados reflejen la suficiente razonabilidad de la decisión emitida; en ese sentido, se recalca la existencia de límites, ya que, aun con la ausencia de reglas rígidas que otrora suponía resolver conforme el paradigma positivista, no toda sentencia puede verse legitimada, principalmente si estuviere desprovista de un mínimo de razonabilidad.

Debe agregarse que esa labor jurisdiccional encuentra en el análisis y crítica constante del foro un elemento que, de alguna manera, permea en la forma como los jueces desarrollan su función. En ese sentido se expresa Lawrence, al indicar que la mejor manera de alcanzar la sabiduría en materia de interpretación constitucional consiste en ajustar todos los argumentos y sentencias constitucionales a un análisis y a una crítica continua, tanto en términos del texto como en términos de las tradiciones para interpretarlo y desarrollarlo⁴⁴²; esa revisión crítica resulta fundamental en el afán de mantener una legítima dinámica creativa de la interpretación constitucional⁴⁴³.

⁴⁴¹ Oportuno resulta evocar lo expresado por Sagüés, respecto a que:

...el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, en tanto que órganos propios de interpretación y aplicación de la ley, sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que sólo traducen las posturas subjetivas de los jueces no son vividas como jurídicas. [Luego, apoyándose en lo expresado por la Corte Suprema de Justicia argentina, postula:] la sentencia que se aparta de tales patrones debe ser calificada como acto judicial, dijo la Corte, con arreglo a la “conocida jurisprudencia... en materia de arbitrariedad”.

Véase: *Ibidem*, p. 97.

⁴⁴² El texto en el idioma original de lo parafraseado es el siguiente:

[T]he lesson is that the best way to achieve wisdom in constitutional interpretation is to subject all constitutional arguments and decisions to constant analysis and continuing critique in terms of the text, and in terms of our traditions for construing it.

Véase: Tribe, Lawrence, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁴³ Sagüés se plantea el problema de los límites cuestionando qué es lo que ha impedido que los jueces constitucionales perviertan o desborden la Constitución, respondiéndose de la siguiente forma:

La respuesta, aventuramos, apunta a un fenómeno cultural. Normalmente, el juez ha sido criado en un ambiente universitario y forense respetuoso de la Constitución, donde los eventuales actos de corrupción (jurídica) son mal vistos. Para la gente de derecho, la Constitución tiene todavía su mística y prestigio. Y ello es más amedrentador que las hipotéticas sanciones que el Parlamentario, por medio del juicio político, por ejemplo, pudiese aplicar a los jueces violadores de la Constitución. Otro control metajurídico importante es el de la opinión pública y el de los medios de difusión, cuando éstos cuentan con respeto social. El temor a las críticas que ellos formulen a juez transgresor de la Constitución actúa por lo común como un buen antídoto constitucional...

Otro punto que deviene pertinente evocar, a propósito de definir límites de la tarea interpretativa, es el hecho que la producción local de sentencias constitucionales contentivas de criterios interpretativos no es una tarea que esté desprovista totalmente de posibilidades de revisión; ello se afirma, ya que, al menos, en el ámbito internacional existe la posibilidad de controlar la congruencia de la decisión con diversos estándares en materia de derechos humanos, lo cual, además de positivo, es una herramienta al alcance de los habitantes de los Estados que integran instancias internacionales de protección de esos derechos⁴⁴⁴.

Lo anteriormente expuesto da cuenta que la libertad que tienen los jueces constitucionales al momento de interpretar está sujeta, más que a márgenes formales, a limitaciones no materializadas; ante esa posibilidad de cosas, lo determinante es que, mediante discursos argumentativos razonables, se refleje la esencia, valores y nobles fines del más alto instrumento normativo de un Estado, en razón de los tiempos que se viven.

Por último, es pertinente acotar que la gran responsabilidad que conlleva a la judicatura constitucional realizar la interpretación del texto fundamental, sin sobrepasar los límites propios de esa actividad, torna necesario efectuar una debida selección y preparación de sus titulares y colaboradores, a fin de que, al igual que conscientes de sus actos y sabedores de su función, sean versados en el manejo adecuado de los criterios y principios interpretativos.

Véase: Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, cit., p. 32.

⁴⁴⁴ Zuleta Puceiro desarrolló un interesante trabajo intitulado *¿Quién custodia a los custodios?*, en el que precisamente aborda la problemática que se suscita con el hecho que las decisiones de los tribunales constitucionales no estén sometidos a ningún control interno, a pesar de la posibilidad de que pudiera presentar alguna arbitrariedad. En su trabajo refiere que una de las soluciones puede encontrarse internacionalmente. Específicamente refirió:

Quien custodia, en esta fase de la evolución de la institución es una red de instituciones cada vez más amplia y extendida, que protagonizan un nuevo orden global, cuyos actores centrales no son ya los Estados nacionales sino las cortes internacionales, las agencias multilaterales, los principios de *Jus mercatoria*, las instancias del arbitraje internacional, los tribunales de derechos humanos, la justicia transicional, los nuevos espacios interjurisdiccionales. El control es referido a las nuevas instituciones de una gobernanza global con principios e instituciones todavía en construcción, en los que la idea de *self-restraint* cobra una nueva y renovada vigencia.

Para mayor abundamiento, véase: Zuleta Puceiro; Enrique, *op. cit.*, p. 27.

8.1 Cuestionamientos recurrentes a la labor de los intérpretes constitucionales

Como punto de partida, debe tenerse presente que la interpretación en el control constitucional normativo es una atribución de alta responsabilidad, dado lo delicado que resulta decidir qué prescribe la Constitución y que lo decidido tiene un innegable nivel de incidencia en los habitantes de un Estado. Por tal razón, esa atribución debe ser ejercida con sumo cuidado; para tal propósito, lo ideal es que la selección de los jueces constitucionales sea producto de meticulosos esfuerzos por encontrar a juristas conocedores de la materia, evitando designaciones caprichosas con el propósito de eludir, a conveniencia, la realización de los más caros fines del magno texto⁴⁴⁵. Si bien el compromiso primario por la actividad interpretativa recae lógicamente sobre los intérpretes, en última instancia también es dable atribuir responsabilidad indirecta a los órganos designantes de aquellos jueces, pues, algunas veces, la razón de los nombramientos más que en salvaguardar el imperio de la ley fundamental reside en asegurar la presencia de operadores jurídicos que le otorguen sentidos al articulado constitucional congruente con sus intereses de gobierno, lo que abre la puerta a interpretaciones arbitrarias⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ En apoyo a lo expresado, es oportuno evocar a Cappelletti, quien, respecto de la alta responsabilidad de los jueces constitucionales, ha expresado: “la actividad de interpretación y de actuación de la norma constitucional, no es una actividad para la cual siempre pueda considerarse preparado cualquier juzgador, formado en las salas cerradas de los tribunales...”. Cappelletti, Mauro, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix Zamudio, t. XVI, núm. 61, 1966, p. 40.

⁴⁴⁶ La preocupación por designaciones adecuadas de jueces constitucionales también la comparte Sagüés, al referir:

Como parte del sistema político global, a menudo el cuerpo judicial es reclutado directamente o con fuertes influencias de los otros poderes, de modo que será casi imposible que los incumplidores de la Constitución nombren a jueces que les obliguen a respetarla. Lo más corriente será que designen a magistrados afines, más dispuestos a ser custodios de quien los nominó que de la Constitución. En resumen, poco habrá allí de la “voluntad de la Constitución”, que Konrad Hesse reclamaba como requisito para que ella tenga “fuerza normativa”. Antes bien, es posible que ese Poder Judicial realice el sucio trabajo de convalidar como constitucional a lo inconstitucional, y que, en lugar de ser el protector de la Constitución, se convierta en el cómplice primario de la corrupción.

Precisada la importancia de efectuar nombramientos adecuados de los juristas que, en definitiva, tendrán oficialmente la oportunidad de interpretar la Constitución, es pertinente referir que el riesgo concreto más grande que puede identificarse en la interpretación es que no se respete su límite más relevante, el que, según lo referido en el segmento anterior, consiste en motivar la atribución de significados mediante la expresión de buenas razones.

Si bien se asume que calificar como arbitraria una interpretación depende, en gran medida, de la influencia que se tenga de alguna teoría o doctrina, puede indicarse que, al margen de cualquier inclinación, la adecuada selección de los enunciados normativos, la precisión de las normas que de estos deriven y la fortaleza de los fundamentos en que se apoyen los argumentos discursivos serán determinantes para descartar desaciertos interpretativos.

La tarea interpretativa en el Derecho Constitucional, al igual que retos, supone riesgos y cuestionamientos los cuales se tratará de identificar en este apartado. Es innegable que los más recurrentes señalamientos tienen que ven con que se estime que los jueces constitucionales sobrepasan las atribuciones encomendadas originalmente por el legislador constituyente, principalmente como consecuencia de interpretaciones que supuestamente van más allá de lo que los tradicionales criterios interpretativos permiten. En mayor medida, ese tipo de críticas emanan más de sectores que privilegian las interpretaciones cognoscitivas u originalistas; en sentido contrario, suele ocurrir que quienes propugnan por una interpretación más dinámica cuestionen aquellas que reflejan posiciones poco creativas o dinámicas.

Ciertamente, determinar desde donde la interpretación constitucional puede suponer una intromisión en la potestad legislativa, reservada al Parlamento o al constituyente mismo, encargado de crear o reformar el magno texto, es una tarea difícil por cuanto que, dentro de los márgenes que otorga la observancia del

Véase: Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, cit., p. 20.

principio de la corrección funcional, el propio tribunal constitucional debe ejercer su mandato de control de constitucionalidad, lo que conlleva que, en el marco de la concepción de una Constitución viviente, puedan ser emitidos pronunciamientos con los que se logre hacer efectiva la fuerza normativa de la ley fundamental, a modo de no dejar incumplidos los mandatos de su articulado, y es que la inactividad legislativa no debe ser el eterno pretexto para justificar la mediana fuerza que algunos le atribuyen a los textos constitucionales.

Con relación a los señalamientos recurrentes a la actividad jurisdiccional interpretativa de la Constitución, conviene detenerse en los puntos que serán objeto de abordaje en los siguientes subincisos.

8.1.1 Activismo judicial indebido

Estimar que la función jurisdiccional es, o debe ser, igual a la desarrollada por el juzgador de antaño solo se explica con afirmar que hay personas que no quieren ver la realidad tal cual es, ya que el cambio de los tiempos ha exigido mayor protagonismo de las judicaturas. En efecto, la tarea realizada por los jueces ha variado de manera cualitativa y cuantitativa; así las cosas, cuando dentro de ese marco ampliado de atribuciones, se envían señales innovadoras en el sentido o en la forma cómo se resuelve la controversia, podría estarse frente al fenómeno denominado “activismo”.

A pesar de tener claridad con lo antes referido, puede afirmarse que no hay consenso con relación a la connotación precisa del término activismo judicial; sin embargo, no es extraño encontrar señalamientos coincidentes en cuanto a que es un concepto que emergió en los Estados Unidos de América, el cual fue acuñado para referirse a la conducta de la Suprema Corte, la que, mediante novedosos

fallos dictados durante la era en que fue presidida por el Juez Earl Warren⁴⁴⁷ cambió sustancialmente la forma de entender la Constitución estadounidense, separándose de su característica actuación marcada por la autorestricción judicial⁴⁴⁸.

Sobre la base de lo experimentado en los Estados Unidos de América y la connotación que actualmente se le atribuye, Sagüés define el activismo judicial como:

Doctrina que confiere a la judicatura un protagonismo decisivo en los cambios sociales y en la incorporación de nuevos derechos constitucionales a los ya existentes, partiendo del supuesto de que el Poder Judicial está generalmente más potenciado que los otros poderes del Estado para la empresa de plasmar en normas y conductas los actuales valores de la sociedad norteamericana⁴⁴⁹.

Para dimensionar las consecuencias de desarrollar la tarea interpretativa con la “metodología activista”, Sagüés cita al jurista español Enrique Alonso García, para quien, en la tarea de actualización constitucional, mayormente durante el período en que funcionó la *Corte Warren*, esta “literalmente cambió la Constitución”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ El Juez Earl Warren presidió la Suprema Corte estadounidense del 5 de octubre de 1953 al 23 de junio de 1969. En ese período ese tribunal fue recurrentemente llamada la *Corte Warren* y se caracterizó por sus decisiones de vanguardia que dieron pie a la finalización de la segregación en las escuelas y la adopción de reglas de proporcionalidad electoral. Además, en ese lapso, la Corte era percibida como un poder estatal con tanto o más peso que el Congreso y la Presidencia; ello producto de sentencias que hoy son consideradas como paradigmáticas.

⁴⁴⁸ Es coincidente con señalar ese origen el trabajo de Maraniello, quien, respecto de la génesis de esa noción, refiere:

Activismo deriva de activo palabra latina *activus* que significa facultad de obrar, con diligencia, eficacia, y prontitud, sin dilación. La locución “activismo judicial” fue posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EEUU, alrededor de 1952 cuando se autoproclamó “activista”, muy especialmente bajo la presidencia de la Corte del Juez Warren. Aunque tuvo antecedentes hace más de 700 años en la Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera Ley 11 Título IV, se le imponía al juez ‘saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese’...

Para mayor abundamiento, véase Maraniello, Patricio Alejandro, “El activismo judicial una herramienta de protección constitucional”, *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 125.

⁴⁴⁹ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, cit., p. 75. La definición aportada es valiosa; no obstante, es dudoso el carácter doctrinario que le atribuye el autor.

⁴⁵⁰ *Loc. cit.* Igualmente, en razón de comentarios tan drásticos como el evocado, en cuanto a que el tribunal constitucional prácticamente hizo cambiar la Constitución, se estima conveniente tener

En el ámbito doctrinario suele reconocerse el aporte significativo del juez federal estadounidense William Wayne, quien en su obra *Two Faces of Judicial Activism*, refiere que su uso alude a dos fenómenos, a saber: en primer lugar, para referirse a la amplia protección que los tribunales conceden a los grupos históricamente vulnerables; y, en segundo lugar, para señalar lo que se suscita cuando, para la decisión de algunas cuestiones sometidas a su conocimiento, los jueces traspasan el remedio judicial adoptado, trastocando, de algún modo, las competencias reconocidas a otros poderes estatales⁴⁵¹.

Por su parte, el jurista argentino Morello sostiene, como característico del activismo judicial, la presencia de los siguientes elementos: (a) la búsqueda primordial de la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema; (b) la creatividad de las sentencias; (c) el protagonismo del tribunal; y (d) el *aggiornamento* –o actualización– del servicio de justicia⁴⁵².

presente la precisión que hace Guastini, respecto de lo que en realidad inspira la visión activista, al indicar lo siguiente:

Aparentemente, esta doctrina quiere recomendar a los jueces una interpretación poco respetuosa de la letra del texto constitucional, incluso una interpretación libre de todo vínculo textual, favoreciendo así lo que se suele llamar «libre creación» del derecho constitucional por parte de los jueces (en algunas variantes de la doctrina: con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real que, se entiende, los jueces pueden identificar solo a través de sus sentimientos de justicia). Al contrario de lo anterior, esta doctrina está conectada con ese punto de vista según el cual el derecho constitucional es un conjunto de normas «completo» (o tendencialmente completo): los principios constitucionales –en virtud de la estructura abierta que los caracteriza– son capaces de regular cualquier materia o supuesto de hecho posible...

Véase: Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar...*, cit., p. 381.

⁴⁵¹ La doble connotación que el juez Wayne le atribuye al término es abordada en: Feoli V., Marco, “Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 27, primer semestre, 2016, p. 75. No obstante, si se desea abundar en el tema y, en particular, sobre la visión original del citado juez Wayne, es preferente acudir al artículo de su autoría, en el que expresó lo siguiente:

The charge of judicial activism conflates and confuses two quite distinct juridical activities. On the one hand, this label has been applied to decisions whereby judicial precedents or statutory schemes are overturned based upon the constitutional values determined by the judges considering the case. On the other hand, the term ‘judicial activism’ is used to describe the expansive remedies imposed and monitored by federal district courts pursuant to evidentiary showings of constitutional injury. The institutional and philosophical implications of these two different forms of ‘judicial activism’ are quite separate. To employ the same terminology for both is misleading. I shall refer to the two forms as “jurisprudential activism” and “remedial activism”, respectively...

Véase: Wayne Justice, William, “The Two Faces of Judicial Activism”, *Judges on Judging: Views from the Bench*, 4a. ed., Thousand Oaks, California (EE.UU.), Sage Publications, 2013, p. 43.

⁴⁵² Morello, Augusto M., *La Corte Suprema en Acción*, Buenos Aires, Librería Editora Platense/Abeledo Perrot, 1989, p. 119.

El también argentino Manilli asume que se está frente a activismo judicial cuando se detectan las señales siguiente: (i) la creación de derechos; es decir, que se garantiza la protección de un derecho no reconocido oficialmente, ampliando así la nómina de derechos tutelados; (ii) la ampliación de las garantías procesales para la protección de los derechos, ya sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes; (iii) la instrucción dirigida al Parlamento sobre la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia; (iv) el allanamiento de las rutas procesales para facilitar y homologar el accionar a través de un salto de instancias –acortar procedimientos–; (v) la convalidación de disposiciones normativas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales; y (vi) por último, puede estimarse activismo la convalidación de los excesos del poder en general⁴⁵³.

Si se tomaran como parámetros las señales referidas por Manilli, en cuanto a la presencia de activismo, podría estimarse que este es un fenómeno que se ha tornado usual, pues algunas de estas denotan una conducta recurrente en los tribunales de la actualidad; ejemplo de ello es que ahora no resulta inusitado que se amplíe el ámbito de protección posible por medio de las garantías constitucionales y que se formulen exhortaciones a los Parlamentos para superar ausencias o deficiencias normativas. Ese protagonismo otrora inusual hace suponer la presencia de una conducta que podría considerarse mayormente positiva y, por ende, legitimada ante la necesidad de procurar las respuestas más efectivas ante las solicitudes de hacer realidad la protección estatal a las personas; no obstante, los dos últimos numerales dan cuenta que en algunos casos, cuando la actividad jurisdiccional se subordina a un norte político partidista –lo que es un riesgo latente–, puede comportar un desborde de atribuciones, lo

⁴⁵³ Manili, Pablo, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista jurídica La Ley*, t. D, 2006, p. 1285.

que, consecuentemente, conllevaría la deslegitimación del ejercicio de las judicaturas⁴⁵⁴.

Ciertamente un rol dinámico de los tribunales, en especial de los que tienen competencia en materia de asuntos constitucionales, puede resultar algo sumamente positivo para la realización plena de los derechos fundamentales, pues el magno texto debe ser concebido como un instrumento normativo vivo y cambiante según los tiempos; no obstante, en razón de la existencia de márgenes de la actuación del intérprete constitucional, es dable establecer que esta debe ser realizada con la prudencia que la responsabilidad de desarrollar la labor jurisdiccional impone, por lo que podría estimarse desmedido aquel activismo que signifique asumir funciones que le están reservadas al poder constituyente originario o derivado⁴⁵⁵. Ello, de ninguna forma, debe entenderse como una

⁴⁵⁴ Respecto del riesgo que representa que el juez activista influido por la política, se expresa el jurista brasileño Gumerato Ramos, al referir:

El activismo es un atributo *político* del Estado (=Ejecutivo y Legislativo) que al menos en el ambiente democrático no puede corresponder a las funciones del juez (=persona física). El juez *activista* es juez *político*, y “juez político” ontológicamente no es juez. Ahora, si la función jurisdiccional tiene como sus atributos la *imparcialidad* y la *imparcialidad*, esas cualidades no se compadecen con el eventual –y dogmáticamente equivocado, con todo respeto– ejercicio político de la función jurisdiccional. El *activismo* [entendido en la forma como lo explica el profesor Gumerato Ramos] debe ser practicado por otros actores de la escena procesal diferentes del juez; *activistas* deben ser los integrantes del Ministerio Público, de la abogacía pública o privada, de la defensoría pública de las ONG’s que representan intereses meta-individuales, etc., no el juez. Aquellos eligen los caminos procesales a ser seguidos en la postulación de los intereses afirmados; éste (=el juez) debe actuar y decidir en el curso del proceso orientado por la imparcialidad y la imparcialidad. De esa forma se ponen en ecuación, se armonizan, dos fuerzas constitucionales de igual magnitud y jerarquía dogmática y que pueden representar puntos de tensión en el sistema; se equilibra la jurisdicción (=Poder) y el debido proceso (=Garantía).

Para mayor abundamiento, véase: Gumerato Ramos, Glauco, “Poderes del Juez: Activismo (=Autoritarismo) o Garantismo (=Libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil”, *Revista panameña de política*, núm. 14, 2012, p. 110.

⁴⁵⁵ Más allá de asumir funciones propias del poder constituyente, Atienza postula la necesidad de que el juez no incurra ni en formalismo ni en activismo, refiriendo, respecto de los jueces que adscriben a esta última práctica, que:

...no tiene en cuenta los límites del Derecho, actúa como si el Derecho fuera para él una práctica autoritativa, como si los materiales jurídicos no fijaran ciertos límites, dentro de los cuales él debe permanecer porque, de otra manera, ya no estaría jugando al juego del Derecho, lo que significa que estaría poniendo en riesgo valores esenciales del Derecho (del Derecho del Estado constitucional) que no son puramente formales: no lo son porque –como antes decía– suponen condiciones para que puedan darse los otros, los valores materiales...

Véase: Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Observatório da Juridição Constitucional*, año 7, núm. 2, 2014, p. 22.

deslegitimación de los fallos en los que, acompañados de buenas razones, atribuyen sentidos interpretativos a los enunciados fundamentales y con los que se logra actualizarlos en atención a las necesidades actuales o de hacerlos más operativos frente a situaciones que la Constitución no pudo prever a cabalidad, pues lo que no se comparte es que, escudándose en el activismo y obviamente sin apoyarse en razonamientos sustanciosos, se trate de efectuar lecturas que asuman que el plexo constitucional permite lo que expresamente prohíbe o a la inversa, pues eso sí sería sumamente grave en razón de la propia seguridad jurídica, que constituye un valor que inspira los textos fundamentales y cuya realización también compete a los tribunales constitucionales⁴⁵⁶.

Como refiere el jurista español Beltrán de Felipe, los que defienden la legitimidad del activismo sostienen que los jueces constitucionales no pueden juzgar asumiendo un papel puramente pasivo como si la Constitución pudiera interpretarse con el carácter estricto de un contrato privado, pues estos no pueden estar atados de pies y manos ante la actividad –o inactividad– de los demás centros de poder, ya que, en caso contrario, la supremacía constitucional quedaría en entredicho⁴⁵⁷. Esa afirmación es compartida; no obstante, el llamado a asumir la tarea interpretativa con prudencia no va por la vía de circunscribir la

⁴⁵⁶ A guisa de ejemplo de lo que algunos doctrinarios creen que puede ser considerado como una actividad desmedida por parte de los tribunales activistas, se evoca un análisis crítico del jurista ecuatoriano Fernández Torres, el cual, aunque no es del todo compartido, puede ser un referente válido sobre la necesidad de prudencia por parte de esos órganos jurisdiccionales:

Asfixiado por ese tipo de activismo costoso e ineficaz, en febrero del 2012, el Gobernador de Nueva Jersey pidió a los jueces de la Corte Suprema de ese Estado que se abstuvieran de legislar desde el foro y se limitaran a interpretar y a aplicar las leyes, debido a que, mediante sentencias constitucionales orientadas supuestamente a mejorar las condiciones de vida de los postergados en educación y en vivienda, habían elevado el gasto fiscal y los impuestos hasta convertirle a Nueva Jersey en uno de los estados con la mayor carga tributaria. Entre otras medidas, la Corte había dispuesto que se establecieran impuestos adicionales a la renta para financiar la educación en los distritos más pobres y que se obligara a los municipios a cambiar las normas de zonificación para que se multipliquen las viviendas. Al final, esas medidas judiciales no lograron ninguno de sus objetivos esperados. Las diferencias educativas no se redujeron, y, luego de los irreparables daños en el entorno urbano por las masivas construcciones en altura, el déficit habitacional aumentó. Una Corte activista desfinanció al gobierno estatal y fracasó en sus propósitos sociales...

El autor del texto transcrito abunda en el tema en: Fernández Torres, Luis, "El activismo judicial en la era neoconstitucional", *Iuris Dictio*, año 13, vol. 15, 2013, p. 69.

⁴⁵⁷ Beltrán, Miguel, *Originalismo e Interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 46 y 47.

interpretación del texto fundamental a la literalidad de su articulado, sino a que la actividad interpretativa se desarrolle dentro de los márgenes propios que supone dejar plasmadas las razones valederas de las decisiones asumidas. Así las cosas, el activismo efectivamente presenta un riesgo a evitar cuando irrazonablemente se invaden campos de acción correspondientes a otros órganos⁴⁵⁸.

Dado el desbordamiento que, en determinado punto, puede suponer el activismo, es dable afirmar que lo preferible es que se privilegie la interpretación garantista reconocedora de los márgenes de acción que la propia Constitución posibilita. En paralelo, es oportuno referir que la toma de valor por parte de los juzgadores, al asumir soluciones innovadoras al enfrentar controversias, resulta una lógica consecuencia del vacío dejado por los otros poderes estatales, al no asumir responsablemente sus deberes de ofrecer las soluciones a distintos problemas sociales, dentro del marco de sus respectivas competencias.

8.1.2 Sustitución del constituyente: la mutación constitucional inadmisibile

Como premisa de partida, es pertinente referir que, en tanto son la manifestación

⁴⁵⁸ Maraniello hace un ejercicio de diferenciación entre las “señales innovadoras” que considera razonables e irrazonables dentro del marco del activismo judicial. Específicamente indica que:

...el activismo se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema. Por lo tanto, podemos establecer **dos tipos de activismo, el razonable o justo y el irrazonable o injusto**. a) **Activismo razonable o justo** Puede consistir, por ejemplo, en: • Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes. • “Crear” derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos [...] • Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia. • Establecer sentencias como modelo social a seguir por el Estado y por todos los ciudadanos. b) **Activismo irrazonable o injusto** Si bien se cumple con los designios activistas, van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia. • Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del Gobierno, a través de un salto de instancias. • Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales. • Convalidar excesos del poder en general. Este punto tendría una función residual por la cual toda conducta que no tenga una regulación específica en lo atinente a los excesos de poder entraría dentro de los actos de excesos de poder general...

Lo expuesto en ese trabajo puede ser utilizado válidamente como parámetro de selección el activismo cuyo ejercicio se legitima por su razonabilidad y justicia. Para mayor abundamiento, véase: Maraniello, Patricio Alejandro, *op. cit.*, pp. 129 a 131.

soberana del pueblo en alguna etapa histórica, las constituciones esencialmente son cuerpos normativos mutables, pudiendo experimentar transformación tanto en lo esencial como en lo que no tiene esa característica. Eso se explica, dado que son la expresión de las condiciones socioculturales en permanente modificación dialéctica. La modificabilidad del magno texto constituye la garantía de su permanente y durabilidad, por cuanto constituye un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la política⁴⁵⁹. No obstante, es inconveniente entender la posibilidad de adecuación en el tiempo como licencia para recurrentes reformas constitucionales, pues, como bien refiere Zagrebelsky, “[u]na Constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana”⁴⁶⁰.

Para identificar lo que puede ser estimado como mutación constitucional – concepto que también es identificado como *modificación indirecta* o *tácita de la Constitución*–, se evoca a Hesse, quien, refiriéndose al Tribunal Constitucional alemán y la doctrina, sostiene que con esta acción se “modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”⁴⁶¹. Lo expresado implica que la mutación se produce en las normas –o sentidos interpretativos– derivadas del articulado constitucional y no en la disposición, pues, en ese caso, se estaría frente a una reforma del magno texto.

Según algunos autores, la justificación doctrinaria remota de este proceder jurisdiccional se haya en Hobbes, quien, en su momento, adujo: “el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por

⁴⁵⁹ Uribe Arzate, Enrique y Correa Esquivel, Grisel Alejandra, “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho*, núm. 38, 2012, p. 202.

⁴⁶⁰ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, año XXXIX, núm. 117, 2006, p. 1144.

⁴⁶¹ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 98.

cuya autoridad continúan siendo leyes ahora”⁴⁶². Otros, tal el caso de Smend, que realizó un interesante abordaje sobre la temática, se inclinan por referir que Jellinek fue quien, inspirado por el punto de vista lassalleano –cuyo responsable se refirió a la Constitución real en su obra *Sobre la esencia de la Constitución*–, “descubre” que el problema de la mutación constitucional emerge de la incapacidad de los preceptos normativos jurídicos de dominar de modo efectivo la distribución del poder político⁴⁶³.

Sagüés, quien ha sido estudioso del tema, indica que el término aludido conlleva la siguiente connotación⁴⁶⁴: (a) implica el cambio del contenido formal de la Constitución, ya sea por medio “del derecho consuetudinario constitucional, del derecho judicial constitucional, o por normas constitucionales en sentido amplio derivada del Parlamento, del Poder Ejecutivo, de cada una de las cámaras, etc.”, ello se suscita pese a que el texto constitucional en su letra permanece inalterado; (b) en sentido amplio, se produce mutación como consecuencia de la adición, disminución o, incluso, infracción a la Constitución formal, por medio de situaciones especiales –*praeter constitutionem* o *contra constitutionem*–, tales como que el “derecho espontáneo” cubra un vacío de la Constitución formal, o si se deja de aplicar un artículo de esta, o si por conducto jurisprudencial se recibe una doctrina que neutraliza o altera una disposición constitucional⁴⁶⁵; (c) en *sentido estricto*, existe esa mutación por falseamiento –y no complementación– del texto constitucional, lo que podría ocurrir en el caso de que las fuentes del Derecho con que se resuelvan las controversias sean opuestas a la ley

⁴⁶² Uno de los autores referidos es Sagüés, quien cita la siguiente versión de la famosa obra *Leviatán*, para el efecto aporta los siguientes datos: “Hobbes, Thomas. *Leviatán*. trad. por: Manuel Sánchez Sarto (México, 1940). Fondo de Cultura Económica, p. 220”. La evocación del trabajo del filósofo inglés es realizada en: Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre la Constitución viviente”, *Díkaión*, vol. 12, 2003, p. 8.

⁴⁶³ Una sucinta relación de la obra smendiana sobre la mutación constitucional es expuesta por Sánchez Urrutia. Para mayor abundamiento, véase: Sánchez Urrutia, Ana Victoria, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una Aproximación al origen del concepto”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 58, 2000, pp. 121 y 122.

⁴⁶⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, *cit.*, pp. 42 y 43.

⁴⁶⁵ Para exponer esta definición, Sagüés se apoya en conceptos expuestos en: Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1964, pp. 138 y ss.

fundamental –*contra constitutionem*–⁴⁶⁶. Con apoyo a lo anterior, se recalca que la mutación constitucional implica la modificación tácita del magno texto, pero no en su forma o en la letra de su articulado, sino en el contenido que le es atribuido.

Quienes defienden la posibilidad de mutación de la Constitución, entendida como modificación de los contenidos normativos, sin que se haya verificado el procedimiento de reforma, apoyan su posición en los siguientes puntos: (a) la necesidad de adecuar las disposiciones constitucionales a la realidad; (b) el ahorro que significa la mutación frente a las esfuerzos de todo tipo que conlleva implementar reformas constitucionales formales; y (c) la necesidad de encontrar al “constituyente actual”, pues el “exégeta debe leer, entender y aplicar el texto constitucional –cualquiera que sea la fecha de origen del documento– como si lo hiciera el ‘*constituyente actual*’”⁴⁶⁷. De esa cuenta, el cambio de circunstancias, con relación a las existentes cuando se aprobó la ley fundamental, abre la puerta a la mutación que se comenta en este segmento del trabajo⁴⁶⁸.

A *priori* podría expresarse no adhesión a las manifestaciones de mutación

⁴⁶⁶ La mutación constitucional en sentido estricto que expone Sagüés es una construcción que deriva de las posiciones de Hauriou y Sánchez Agesta. Cfr. Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, s.f., p. 331; así también: Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, 3a. ed., Madrid, Editorial Nacional, 1970, pp. 341 y ss.

⁴⁶⁷ Según Sagüés, los cimientos de la posición relativa a la necesidad de descubrir el argumento del constituyente actual se hallan en Thomas Hobbes, quien sostenía una particular visión sobre lo que debía ser considerado un legislador, a saber: “aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan siendo leyes, ahora”; de esa cuenta, es fácil concluir lo siguiente:

[L]a tarea interpretativa de la Constitución no consiste en averiguar qué dijo el constituyente histórico, “*sino de declarar la voluntad e intenciones de los actuales herederos y poseedores del poder soberano*, quienes mantienen la Constitución, tienen el poder de alterarla y se hallan en la inmediata presencia de los problemas que deben ser resueltos”.

Para mayor abundamiento, véase Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, cit., p. 46.

⁴⁶⁸ Según Hesse, el Tribunal Constitucional alemán ha sido receptivo de la mutación que supone que, ante un cambio de circunstancias, se acuda a nuevas interpretaciones o que, ante determinados cambios de la realidad constitucional, podría producirse un cambio en el significado de ciertos preceptos de la Constitución escrita. Ejemplo de esa receptividad, cita el siguiente fragmento tomado del fallo BVerfGE 2, 380 (401): “cuando en un ámbito surjan hechos nuevos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de su inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un nuevo significado o en una nueva relación”. Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 96.

constitucional que, según Sagüés, derivan de interpretaciones *contra constitutionem* o la que comporta un falseamiento del texto constitucional, ya que su sola descripción sugiere interpretaciones contrarias al texto fundamental; no obstante, es dable recalcar que, en virtud de que es insostenible afirmar que la ley fundamental tiene un sentido correcto y único por descubrir, es sumamente difícil calificar cuando se está frente a una mutación de ese tipo⁴⁶⁹. Sobre esa base, cabe la pregunta: ¿Si no puede hablarse de un sentido interpretativo único y correcto, cuándo puede decirse que se produce una mutación constitucional inadmisibles? Para responder a la interrogante, ha de tenerse presente que no es tarea fácil atribuir los sentidos del articulado del magno texto y establecer cuando es admisible o legítima una variación del significado atribuido a una disposición constitucional que no ha variado en su texto, por cuanto que todo dependerá de cómo se justifica la modificación interpretativa.

El panorama se torna más complicado al tomar en cuenta que, por mucha amplitud que se tenga y se pretenda efectuar una interpretación no limitada a la letra de lo prescrito en la Constitución, la asignación de sentidos interpretativos no puede hacerse totalmente de forma aislada a la disposición constitucional que se interpreta. Por ello, surge la pregunta: ¿Cómo puede justificarse el cambio de los significados que hasta determinado momento se hayan atribuido a los enunciados del texto fundamental? Al respecto, es pertinente referir que ese es un dilema difícil de enfrentar al carecer de una receta única a seguir; sin embargo, una interpretación sistemática, que además tome en cuenta los fines y valores de la Constitución –en su conjunto– y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, puede ser útil en la búsqueda de buenas razones para superar la asignación de significados que deriven de considerar aisladamente el

⁴⁶⁹ Wróblewski, respeto de la tesis de la interpretación correcta, sostiene que “aplicar el término de «verdadero» a decisiones interpretativas lleva a consecuencias bastante desconcertantes o... expresa una ideología de la interpretación”. No obstante la crítica, ofrece como mejor alternativa: “hablar solo de decisiones interpretativas justificadas con argumentos concretos y preguntar sobre las razones para aceptarlas y presentar la cadena de razonamientos justificativos hasta donde sea pragmáticamente necesario y posible dentro de un marco de discurso jurídico concreto”. Para mayor abundamiento, véase: Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general...*, cit. p. 87.

artículo constitucional.

Para concluir y en razón de lo establecido en cuanto a que únicamente es admisible la interpretación debidamente justificada, nuevamente se apela a la necesidad de observar los límites que supone dejar plasmadas razones sólidas respecto de la asignación de sentidos interpretativos al articulado constitucional, a efecto de evitar caer en espacios riesgosos que lleven a mutaciones deleznable. Debe tenerse presente que, como refiere Zagrebelsky, “los jueces solo pueden utilizar la fuerza de las razones jurídicas”⁴⁷⁰.

8.1.3 Sustitución del legislador ordinario

No resulta extraño encontrar observaciones críticas a la labor de los jueces constitucionales, sosteniendo que, en ejercicio de su función interpretativa, han asumido roles legislativos⁴⁷¹. En esa línea y sin tomar una posición extrema, Cappelletti sugiere que, en ejercicio de una creatividad supletoria, el papel de aquellos jueces se ha ido acercando un poco al del legislador en la sociedad contemporánea⁴⁷². Al parecer, esto se ha suscitado esencialmente por el auge de los conceptos relacionados con el Estado de bienestar, que han dado lugar a la

⁴⁷⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008, p. 100.

⁴⁷¹ Son ilustrativas las citas textuales que García de Enterría toma de un artículo de R. de Lacharrière –obtenido del artículo “Opinión disidente”, contenido en la revista *Pouvoirs*, de 1930, núm. 13, pp. 133-150–, en la que su autor, mostrándose crítico de la labor del Consejo Constitucional de Francia, indica: “Las visiones más localmente conservadoras no hubiesen llegado a imaginar el poder supremo de censura confiado a nueve personas totalmente irresponsables, arbitrariamente designadas y, por añadidura, escogidas las más de las veces según los criterios amables del favor personal”; luego, refiriéndose incluso a la “usurpación” al legislador, por cuando supone que ha interferido en funciones de este, Lacharrière manifiesta su desconcierto con lo siguiente: “una censura suprema que, sin ofrecer las garantías tradicionales de las altas jurisdicciones, y atribuyéndose poderes que los textos constitucionales no le atribuyen o le deniegan explícitamente, dominan hoy el conjunto de nuestro edificio político”. Véase: García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 173 y 174.

⁴⁷² Cappelletti, Mauro, El tribunal constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4, 1982, pp. 13 y 14.

posibilidad de mayor intervención por parte del Estado en la vía económica y social, básicamente del Poder Ejecutivo, generando la necesidad de mayor control del gobierno por parte de los jueces. Ese fenómeno está vinculado estrechamente con cierta revuelta contra el formalismo, lo que ha implicado que los órganos jurisdiccionales acudan más a criterios de tipo sustancial que puramente formales, en la solución de conflictos⁴⁷³.

A juicio del tesista, en los actuales momentos se asiste a un escenario en el que lo referido en el párrafo anterior no debería causar tanto asombro ni suponer una intromisión en la tarea legislativa, sino que debe ser visto como el ejercicio a conciencia de las funciones encomendadas a los jueces, en especial a los constitucionales. Ello es así, ya que, haciendo propias las palabras de Ferrajoli, en el Estado constitucional de Derecho el legislador no es omnipotente; de modo que el sentido de las leyes que produce no es válido solo porque estén vigentes y sean la consecuencia de un procedimiento de creación preestablecido, sino que lo son en la medida que sean coherentes con los principios constitucionales⁴⁷⁴. De esa cuenta, si los contenidos de las disposiciones legislativas no corresponden a los postulados constitucionales, a los jueces de la materia competirá decidir su vigencia o su adecuación, por conducto de argumentos interpretativos, dentro del ordenamiento jurídico.

Para encarar el subtema objeto de debate vale la pena evocar lo expresado en el numeral 4.1 del primer capítulo, concerniente al legitimación de la jurisdicción

⁴⁷³ En la misma dirección que Cappelletti, Henning refiere:

No hay dudas de que la jurisdicción constitucional ha ganado un relieve jamás visto en el contexto del Estado Democrático de Derecho; su actuación se aleja, en algunos aspectos, de aquella imaginada por Kelsen por ocasión de la creación de la figura del Tribunal Constitucional, adquiriendo nuevos delineamientos. Este protagonismo está vinculado y es resultado, a su vez, entre otros aspectos, de la supremacía de la Constitución y de la dimensión objetiva reconocida a los derechos fundamentales, tenidos como principios, dependientes de interpretación y de concretización. Además, la preocupación con la fuerza normativa de la Constitución hace que los órganos encargados de su custodia ganen importancia, ampliándose, así, los espacios de su actuación...

Para mayor abundamiento, puede consultarse: Henning Leal, Mônia Clarissa, "La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente 'un activismo' o 'el activismo?'", *Estudios constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 447 y 448.

⁴⁷⁴ Grández Castro, Pedro P., *Tribunal constitucional y argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2010, p. 42.

constitucional, ocasión en la que se tuvo la oportunidad de apoyarse en Moreso, quien ha sostenido que el Poder Legislativo tiene como límite de actuación, entre otros, “del coto vedado que protege los derechos constitucionales”; esto, en virtud del precompromiso existente –según lo establecido por el Poder Constituyente– de excluir ciertas temáticas del ámbito de competencia de los parlamentarios⁴⁷⁵. Téngase presente que la existencia del control jurisdiccional de constitucionalidad se ve justificada por la necesidad de garantizar el coto vedado que supone la defensa de esos derechos referidos y otras cuestiones que escapan del debate público y legislativo. Ante ese panorama, no debe estimarse como suplantación de funciones legislativas todo pronunciamiento jurisdiccional que, con buenas razones y dentro del marco de las funciones atribuidas a los tribunales constitucionales, invalida el producto legislativo o aquel que, dentro del marco que permite una interpretación constitucional conforme, establece los sentidos que ha de atribuirse a los enunciados normativos. Esto es así porque la Asamblea Constituyente, en ejercicio del poder popular, encomendó a aquellos tribunales esa especial labor. Por ello mismo, se estima apropiada la evocación que Moreso hace de una reflexión de Rawls, que sostiene: “La Constitución no es lo que el Tribunal dice que es. Por el contrario, es lo que el pueblo actuando constitucionalmente a través de las otras ramas del gobierno permite, en último término, al Tribunal decir que es”.

Al haberse definido en los párrafos precedentes algunos puntos relacionados con los alcances de un control constitucional normativo legítimo, se cuenta con elementos para asumir que sí podría estimarse como actitud intromisiva cuando el

⁴⁷⁵ Moreso, José Juan, *La Constitución:... cit.*, pp. 127 y 128. En la última página citada, el autor ejemplifica el mecanismo de precompromiso –atarse a sí mismo– con la analogía efectuada por Jon Elster con la ilustrativa historia de Ulises y las sirenas. Véase:

Como es sabido, Ulises, sabiéndose débil para comportarse racionalmente al oír los cantos de las sirenas y queriendo realizar su deseo de oír dichos cantos, diseñó una estrategia consistente en hacer que sus marineros lo ataran al mástil de la nave y se taponaran los oídos con cera. Ulises no era completamente racional, pues un ser racional no habría necesitado este recurso. Tampoco era el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Ser débil y conocer su debilidad es lo que le llevaba a diseñar recursos de racionalidad imperfecta con el objeto de superar su debilidad de voluntad (Elster, 1979: 36).

ejercicio de la función interpretativa conlleva desconocer el producto de la labor legislativa al cual sí puede encontrarse adecuación a los cánones constitucionales; así también cuando se asumen sentidos interpretativos de forma arbitraria, que suponen “ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos”⁴⁷⁶; lógicamente, en este caso, es improbable encontrar razones valederas que justifiquen ese proceder. Obviamente, ha de significar interferencia la actividad jurisdiccional que no conlleva atribuir normas o sentidos interpretativos, sino que implica la aportación de una disposición o enunciado, actividad que es reservada a su creador. Esto último puede conllevar prácticamente a legislar o alterar procedimientos de producción de disposiciones ordinarias, lo cual, dentro del marco de la natural separación de poderes de los Estados republicanos es inadmisibile.

Lo expuesto precedentemente no debe ser entendido como desconocimiento de la utilidad y validez de los fallos emitidos para precisar los sentidos de las leyes que armonicen o desarrollen la normativa fundamental, sino que supone estar en desacuerdo con lo que puede ser considerado un rebalse de los límites de los intérpretes judiciales al rechazar arbitrariamente –sin buenas razones– la producción legislativa constitucionalmente legítima. Ciertamente, establecer cuando ese exceso se produce no es tarea fácil ante la inexistencia de reglas precisas para tal fin. No obstante, es oportuno referir que, con el ánimo de aportar instrumentos de justificación para cuando se presente la disyuntiva entre optar por una sentencia estimativa de la inconstitucionalidad intentada o una basada en interpretación conforme, el profesor Ezquiaga Ganuzas sugiere tomar en cuenta cinco “pautas” –aunque también les denomina argumentos y razones– que, según sea el caso, posibilitan decantarse por una opción. Estas se enuncian en los

⁴⁷⁶ Este punto es abordado por el profesor Ezquiaga Ganuzas, cuando le atribuye la calidad de límite a la aplicación de los principios de interpretación conforme y de conservación normativa a la no desfiguración de enunciados legales claros. Igualmente, establece como límite: evitar la dotación de un significado superfluo al enunciado normativo, convirtiéndolo en mera repetición de la Constitución. *Cfr.*: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 125. En el desarrollo del primero de los límites relacionados, el autor evoca un fragmento de la STCE 22/1982, de 15 de febrero. Disponible en la página electrónica: <https://www.boe.es/boe/dias/1985/03/05/pdfs/T00037-00042.pdf>

siguientes términos⁴⁷⁷:

- i) **Tomar en cuenta la causa de la inconstitucionalidad.** Esto porque si lo que la provoca es el silencio sobre un caso que debiera estar incluido, adecuado sería optar por una interpretación conforme; empero, si la causa del planteamiento es el propio texto de la disposición –o una fracción de esta–, debiera optarse por el acogimiento.
- ii) **Tomar en cuenta si el silencio que se objeta es una verdadera laguna jurídica.** En ese sentido debe determinarse si concurre un supuesto que debería estar regulado y no lo está, ya que, en ese caso, es recomendable una interpretación conforme; empero, si la disposición conlleva una decisión legislativa consciente para excluir un supuesto de regulación, debiera acogerse el planteamiento respetivo.
- iii) **Tomar en cuenta el grado de afectación que se produce en la intención legislativa.** Sobre esa base, debe establecerse si la opción por una interpretación conforme tendente a lograr la constitucionalidad de una disposición implica una afectación alta a la intención legislativa; si ello es así, es preferible el acogimiento del planteamiento; en sentido contrario, si la afectación es baja, sí cabría realizar interpretación conforme.
- iv) **Tomar en cuenta el grado de separación del significado *prima facie* atribuido al enunciado normativo.** En ese sentido debe tenerse el cuidado de determinar si echar mano de una interpretación conforme para obtener la constitucionalidad del enunciado implica una moderada separación del significado *prima facie* de su letra –o sea que debe establecerse si no se aparta en grado importante de su campo semántico–; en ese caso, la opción de la interpretación conforme se presenta como el instrumento adecuado a seguir; en sentido contrario,

⁴⁷⁷ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Potencialidad y límites del artículo primero de la Constitución mexicana* [trabajo inédito pendiente de publicación], pp. 80 y 81.

debe optarse por acoger el planteamiento de inconstitucionalidad.

- v) **Tomar en cuenta si la inconstitucionalidad denunciada tiene su causa en un problema de igualdad o no discriminación.** Si la razón de la inconstitucionalidad radica en el trato desigual o discriminatorio que supone un supuesto no regulado, puede ser adecuada una interpretación conforme a fin de incluir el caso discriminado; no obstante, si tiene causas diferentes a las referidas, posiblemente concurren buenas razones para su acogimiento⁴⁷⁸.

Es evidente que, aunque las pautas sugeridas no constituyen camisas de fuerza – pues no hay mecanismos que pudieran considerarse como tales–, estas aportan elementos valiosos para determinar cuándo el tribunal puede optar por un fallo que se apoye en interpretación conforme o cuándo es preferible inclinarse por la estimación del planteamiento; así las cosas, con esas pautas puede determinarse los márgenes de maniobrabilidad con que cuenta los juzgadores. A juicio del tesista, es plausible el esfuerzo del profesor Ezquiaga Ganuzas por cuanto permite contar con parámetros para tomar una decisión en ese sentido, desvirtuando señalamientos referentes a la suplantación de las funciones parlamentarias.

Un ejemplo concreto de que la interpretación conforme no siempre es la vía para la solución de los conflictos constitucionales de tipo normativo, ya que podría

⁴⁷⁸ En la enunciación original, el profesor Ezquiaga Ganuzas hace referencia a la “inaplicación” de los enunciados inconstitucionales o inconvenionales, lo cual es congruente con el contexto en el que usa el término; sin embargo, para ajustarla a la inconstitucionalidad directa, se la optado por usar el concepto “acogimiento” del planteamiento. Además, es oportuno traer a cuenta que el proponente de las pautas formula advertencias sobre el uso de esas pautas, a saber:

1. Los criterios que se expondrán a continuación no son reglas generales acerca de cuándo proceder a la interpretación conforme y cuándo decidir la inaplicación. 2. Son simplemente argumentos o razones que pueden ser útiles o tenidos en cuenta para justificar la interpretación conforme o la inaplicación. 3. Puede haber muchas excepciones a estos criterios. 4. Hay que tener en cuenta que la inaplicación incluye como requisito la interpretación conforme: su excepcionalidad y la presunción de constitucionalidad/convencionalidad obligan a que la inaplicación vaya siempre precedida del intento de una interpretación conforme. 5. La interpretación conforme (la sentencia interpretativa) implica también la inaplicación (o la invalidez) de normas jurídicas (alguno de los significados posibles de la disposición normativa controlada). 6. La inaplicación consiste en la inaplicación (o la invalidez si el control lo efectúa la SCJN) de la disposición normativa controlada, precisamente porque en todos sus significados es inconstitucional/inconvencional.

Véase: *Ibidem*, pp. 79 y 80.

conllevar inobservar los márgenes de acción del juez constitucional, se halla en la SCC de 19 de junio de 2012 (Exp. 2213-2011), en la que, con base en ese principio, se solicitó a la CC que equiparara la edad de acceso a un beneficio a los adultos mayores sin cobertura de seguridad social; empero, el tribunal no siguió ese camino, al considerar que ello estaba restringido al campo de acción dominado por la actividad legislativa. Véase:

...no es acorde con las facultades de la Corte de Constitucionalidad la petición de la accionante en cuanto a que “*Declare y equipare la edad de sesenta años como edad límite de los adultos mayores para ser beneficiados por aportes y/o pensiones, de acuerdo a lo que establecen las leyes y acuerdos relacionados con dicha materia...*”. Si bien este Tribunal, con base en los principios de interpretación conforme a la Constitución y de conservación de la ley, en algunos casos ha emitido sentencias interpretativas –por medio de las cuales se precisa el contenido normativo de los preceptos impugnados para que éste sea compatible con los principios constitucionales, de tal manera que se mantenga la validez de la norma impugnada–, la intelección que por ese medio se haga de las normas denunciadas no puede ir en contra de la literalidad de los preceptos emanados del Congreso de la República pues, de lo contrario, se estaría modificando lo establecido por el Organismo Legislativo, único encargado de decretar, reformar y derogar las leyes. Por lo anterior, en caso se determinara la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, el Tribunal no está facultado para declarar y equiparar “...*la edad de sesenta años como edad límite de los adultos mayores para ser beneficiados por aportes y/o pensiones, de acuerdo a lo que establecen las leyes y acuerdos relacionados con dicha materia...*”. En ese sentido, si luego del razonamiento correspondiente, se determina que los preceptos cuestionados son inconstitucionales, lo que corresponde, en este caso en particular, es que se anulen y expulsen del ordenamiento jurídico las normas impugnadas, no pudiendo la Corte de Constitucionalidad hacer la equiparación que solicita la accionante, pues de hacerlo estaría modificando la edad requerida para ser beneficiario del Programa de Aporte Económico del Adulto Mayor, arrogándose facultades

legislativas que no tiene y que corresponden al Congreso de la República...⁴⁷⁹.

Zanjado lo anterior, es pertinente traer a cuenta que frecuentemente, cuando se hace referencia a que, al asignar sentidos interpretativos a los enunciados normativos, los jueces constitucionales sustituyen al legislador ordinario, se relacione ese señalamiento con el concepto “gobierno de los jueces”, cuya expresión se popularizó a raíz de la obra homónima publicada en 1921 por Edouard Lambert⁴⁸⁰. Hoy en día, esta es usada muchas veces de forma peyorativa y con alta carga negativa⁴⁸¹. Respecto de señalamientos en ese sentido, es de utilidad tener presente la justificación de *El Federalista*, con relación a la potestad del Poder Judicial para revisar la constitucionalidad de las leyes, en cuanto a que es la autoridad y voluntad suprema del pueblo las que se expresan en el texto constitucional, por lo que, si el Congreso legisla contra su articulado, en realidad lo hace contra la voluntad popular; de ese modo, al decidirse la anulación de la ley inconstitucional o su adecuación al magno texto, “esto no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo, sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos...”⁴⁸².

Dicho lo anterior, puede asumirse que, en la medida que la expresión “gobierno de los jueces” se utilice para hacer referencia al hecho que los tribunales enmiendan

⁴⁷⁹ SCC de 19 de junio de 2012 (Exp. 2213-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820034.2213-2011.pdf>

⁴⁸⁰ García de Enterría, quien manifiesta que el origen del concepto deviene de la época del presidente Theodore Roosevelt, habiéndose usado en réplica a las primeras sentencias en las que el Tribunal Supremo aplica el llamado “darwinismo jurídico”; posteriormente, su uso se generaliza en Europa a raíz de la célebre obra de Lambert. Para mayor abundamiento, véase: García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., pp. 167 y 168. Igualmente, es de utilidad el abordaje que se hace en: Gozáini, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho procesal Constitucional Latinoamericano. Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 153.

⁴⁸¹ Es de utilidad la lectura de Troper, quien, haciendo relación de la concepción de Lambert, sume que la fórmula se utiliza en nuestros días con una connotación peyorativa, cuando se tiene la intención de criticar el poder excesivo de los jueces, en especial de las cortes constitucionales. Cfr.: Troper, Michel, *Del gobierno de los jueces al gobierno por los jueces*, trad. de Bernardo Bolaños, México, Porrúa, 2004, p. 177.

⁴⁸² Ruiz Ruiz, Ramón, "Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: algunos comentarios críticos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ministerio de Justicia/Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, núm. 30, 2014, p. 351.

las actuaciones arbitrarias de los órganos de gobierno, principalmente de los legisladores, dejando sin efecto disposiciones normativas ilegítimas a la luz de la Constitución o pronunciándose sobre los sentidos interpretativos que corresponde atribuir a los enunciados objeto de examen para hacerlos compatibles con la ley fundamental –cuando fuere posible–, bienvenida sea esa expresión de gobernanza. En resumidas cuentas, ser garante de la observancia del magno texto conlleva la titularidad de especiales competencias de decisión que deben ser respetadas por todos los habitantes de un Estado y sus autoridades.

Para concluir, ha de indicarse que las posibilidades de interferencia de los jueces constitucionales en las decisiones legislativas son riesgos que siempre van a estar presentes y que no podrían ser anulados del todo; de lo contrario habría que eliminar la justicia constitucional, lo que, en todo caso, supone un retroceso ostensible⁴⁸³.

8.1.4 Influencias políticas

Afirmar que la labor del magistrado constitucional no deja de estar influida por las circunstancias propias del entorno político es controvertido, pues ello podría entenderse como aceptar la probabilidad de que una contienda jurídica sea resuelta con criterios ajenos al Derecho. Al respecto, debe tenerse presente que el quehacer estatal tiene un sustrato esencialmente político; de ahí que, aunque sea un instrumento jurídico, en la denominación de muchos de los textos fundamentales se hace uso del adjetivo político para designar a la ley fundamental, tal el caso de Guatemala: *Constitución Política de la República*. Así las cosas, dado que el objeto del control constitucional es determinar la observancia de los preceptos normativos fundamentales en todo acto de

⁴⁸³ En este punto coincide el profesor Ezquiaga Ganuzas, al sostener: “la única manera de evitar la interferencia de sus decisiones en la voluntad legislativa expresada a través de la mayoría política parlamentaria, sería eliminar la justicia constitucional”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 134.

autoridad, de entrada se afirma que el elemento político es concomitante a dicho control⁴⁸⁴.

Para entender mejor lo que, en líneas generales, se refirió precedentemente, es pertinente evocar a García y Pelayo, quien, en el intento de explicar la participación de los tribunales constitucionales en la dirección política estatal, refiere que pueden entenderse por políticos (i) los procesos relativos a la toma de decisiones por una entidad colectiva organizada, ya sea para regular o asegurar su orden interno, o para la determinación y realización de sus objetivos esenciales; y (ii) las relaciones de conflicto, de concurrencia y de cooperaciones entre las personas o grupos para determinar o influir las decisiones de la entidad social de la que se forma parte⁴⁸⁵. Más adelante, el citado autor indica que “no toda decisión o acción del Estado, no toda expresión de su voluntad tiene carácter político”, por lo que excluye a los pronunciamientos de mera aplicación de un precepto legal o de un precedente e incluye, como tales, a los que gravitan dentro de una esfera de acción en la que la libertad de decisión de los órganos solo la limita la Constitución y los instrumentos normativos previstos por aquella con el objeto de fijar el ejercicio de sus competencias decisorias⁴⁸⁶. Definido ese marco, el jurista asume:

...el Tribunal Constitucional incide en la dirección política del Estado ya que su función es interpretar y aplicar con carácter supremo el Derecho constitucional, es decir, un Derecho de contenido político al menos en el sentido de que establece los principios configuradores de la unidad política nacional, normativiza los valores

⁴⁸⁴ En ese sentido, Colombia Campbell se pronuncia en torno al tema:

...la constitución es una norma jurídica con un significado político incuestionable, el cual refleja los principios y valores constitucionales que en ese texto han expresado unas fuerzas políticas concretas que son las que, vinculadas al pueblo, han integrado el Poder Constituyente en un momento histórico concreto y han hecho materialmente la Constitución. En definitiva, la Constitución es un acto normativo cuyo carácter político es especialmente pronunciado. De allí la inexcusable conexión de todo Tribunal Constitucional con esos principios y valores constitucionales específicos cuya primacía debe organizar, ya que en caso contrario su función no tendría sentido. No obstante, todo ello en nada altera la jurisdicción que ejerce.

Véase: Colombo Campbell, Juan, “Funciones del Derecho Procesal Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, p.164.

⁴⁸⁵ García y Pelayo, Manuel, “El «status» del Tribunal Constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 34, núm. 100, 2014, p. 26.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 27.

en que ésta se sustenta, establece límites y directrices para la acción estatal y, a través de la institución de órganos, de la determinación de sus competencias y del sistema de las relaciones entre ellos, regula la estructura y las funciones políticas del Estado...⁴⁸⁷.

De manera congruente con lo expuesto, se sostiene que, en la medida que constituye un mecanismo para hacer realidad los postulados de la ley fundamental, la que, como bien dijo Lassalle, es la expresión escrita de los factores reales de poder⁴⁸⁸, la aseveración de que el control constitucional tiene trascendencia política no debe ser motivo de asombro. Debe tenerse presente que si las decisiones que emanan del ejercicio de ese control se imponen a quienes ostentan el poder, a fin de que ajusten su actuar al instrumento jurídico que, por antonomasia, debe ser el norte de la actividad estatal, tampoco debe asustar que se hable de alcances políticos de lo decidido⁴⁸⁹. Por ello, se asume que los conflictos constitucionales siempre presentan un matiz político; no obstante, el abordaje en sede jurisdiccional siempre debe ser de tipo jurídico; así lo expresa

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁸⁸ Según Lassalle, el espíritu del texto fundamental es consecuencia de “factores reales de poder” que se hacen manifiestos en un instrumento escrito. La naturaleza política del texto constitucional es abordada con un particular enfoque por el citado jurista y político prusiano, quien, refiriéndose precisamente a un tema medular de su obra máxima *¿Qué es una constitución?*, refiere:

He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país; la suma de los *factores reales de poder* que rigen en ese país. ¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución *jurídica*? No es difícil, señores comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí. Se toman estos factores reales de poder, se extiende en una hoja de papel, se les da expresión *escrita*, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simple factores *reales de poder*, sino que se han erigido en derecho, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado. Tampoco desconocen ustedes, señores, el procedimiento que se sigue para extender por escrito esos factores *reales de poder*, convirtiéndolos así en factores *jurídicos*...

Véase: Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 213, pp. 48 y 49. Lo expuesto pone de manifiesto que el autor del texto citado advierte doble connotación del carácter político de la Constitución, a saber: en tanto expresión escrito de los factores reales de poder y como producto de un procedimiento llevado a cabo para plasmar esos factores.

⁴⁸⁹ Sobre ese punto, es elocuente lo expresado por Haro, al indicar:

El control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten, por propio derecho, en un detentador de poder semejantes, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituido.

Véase: Haro, Ricardo, “La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema argentino”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, pp. 200 y 201.

García de Enterría, al postular: “Es, pues, cierto que el Tribunal decide conflictos políticos, *pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos*”⁴⁹⁰.

El iusconstitucionalista español antes mencionado sostiene que la labor de los tribunales constitucionales siempre ha supuesto dos cuestiones polémicas, a saber⁴⁹¹: (i) la tensión entre política y Derecho, la cual hacer surgir la duda respecto a si los graves problemas políticos que se someten al escrutinio de la jurisdicción constitucional pueden ser resultados con los criterios y los métodos de una decisión judicial; y (ii) “¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?”⁴⁹². Para enfrentar las polémicas relacionadas, el autor hace hincapié en que las resoluciones que deben emitir aquellos tribunales deben ser jurídicas. Coincide con esa posición, el insigne jurista Tomás y Valiente, quien, en uno de sus célebres discursos proclamó:

En el Tribunal no se debaten opciones políticas, se delibera sobre pretensiones jurídicas de las partes enfrentadas en un proceso constitucional, y aunque en el fondo de cada contienda planteada ante nosotros lata siempre un problema político (la constitucionalidad de una norma legal, la titularidad de una competencia, el amparo de un derecho fundamental) nuestro único instrumento es la razón jurídica, como vehículo para interpretar la Constitución y para custodiar la

⁴⁹⁰ La expresión citada es de García de Enterría, quien agrega:

Es cierto, y sin duda lo es, que los conflictos que habrá de resolver el Tribunal Constitucional tendrán necesariamente substancia política, como es lo común en todos los Tribunales de esta especie, supuesto que opera sobre una norma penetrada de esa substancia en su más noble expresión...

Véase: García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 178. Idéntica postura asume el autor en su obra “La posición jurídica del tribunal...”, *cit.*, p. 85.

⁴⁹¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 158.

⁴⁹² La interrogante es formulada por el autor porque, según su parecer:

...la historia demuestra que los Tribunales Constitucionales ejercitan en la práctica un verdadero *amending power* [poder de enmienda], en los términos del juez americano MARLAN, esto es, un poder de enmendar o revisar la Constitución, o al menos de suplementarla, de construir preceptos constitucionales nuevos, que ni pudieron estas siguiera en la intención del constituyente.

Véase: *Loc. cit.*

permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente, plasmada en la Constitución, y la actuación de los poderes constituidos...⁴⁹³.

Ciertamente, constituye un lugar común que, con ánimo de denostar la labor del juez constitucional, se le señale de invadir campos de acción que compete a las autoridades estatales no jurisdiccionales o que se haga referencia a que sus resoluciones conllevan el componente político; lo cierto es que, en tanto le compete hacer efectivos los límites constitucionales previstos para toda actividad pública, lo cual es de interés de todos los habitantes del Estado⁴⁹⁴, sus decisiones tendrán enjundia política porque los problemas sometidos a su conocimiento tienen ese carácter, pero ello dista mucho de aceptar que su trabajo este politizado en el sentido de ser la expresión de las fuerzas políticas sociales en pugna⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Tomás y Valiente, Francisco, “Discurso de despedida pronunciado en el Tribunal Constitucional, el 8 de julio de 1992”, *Una mirada valiente. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Polifemo editores, 2016, p. 274.

⁴⁹⁴ Sagüés, al analizar cómo los tribunales constitucionales se han constituido en agentes de cambios sociales, refiere que estos experimentan fuerte presión por parte de la sociedad en general y de determinados grupos en particular, para que se cumplan las promesas de la Constitución; de manera especial, en asuntos de índole económico-social. Añade que, en la actualidad, se asiste a un escenario en el que, contrario a otras épocas históricas en que “la comunidad soportaba estoicamente que esos derechos constitucionales estuviesen contenidos (en el sentido de limitados y condicionados) por la discreción legislativa en regularlos, y en cuánto regularlos, o en no regularlos”, ahora esos reclamos se traducen, si son insatisfechos por los poderes Ejecutivo y Legislativo, en demandas concretas, respaldadas, cada vez más, por un Derecho Procesal Constitucional expeditivo, siéndoles sumamente difícil a los órganos jurisdiccionales constitucionales negarse a atenderlos, argumentando que los reclamos corresponden a temas “políticos no justiciables”. *Cfr.*: Sagüés, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 17, 2011, p. 532. Una página adelante –p. 533– el iusconstitucionalista evocado sostiene que la “doctrina” de la inconstitucionalidad por omisión ha provocado despliegues inusitados, dando lugar a que los tribunales constitucionales asuman funciones de:

...legisladores activos, *promotores de legislación* (cuando instan o intiman al órgano legislativo renuente a sancionar la normatividad faltante), o también en legisladores suplentes y precarios, habilitados para sancionar la norma ausente si el órgano ocioso no lo ha hecho, y hasta tanto este no lo haga, dictando así normas bajo condición resolutoria...

De lo expuesto se extrae que la ineficacia de los órganos políticos en dar cumplimiento directo a los mandatos constitucionales ha hecho que los tribunales en la materia suman un rol protagónico, lo que si se tratare de comprender con los ojos puestos en escenarios pasados podrían resultar incomprensible.

⁴⁹⁵ Este punto es abordado con acierto por Tomás y Valiente en el siguiente fragmento:

Hay que decir, sin miedo a las palabras, que los problemas que se plantean ante el Tribunal Constitucional están siempre revestidos cierta mente de forma jurídica, planteados en términos jurídicos, pero ocultan –o

Otro punto que merece especial atención es que la posibilidad de que, de los tribunales constitucionales, emanen fallos con un significativo contenido político – en el buen sentido relacionado en los párrafos precedentes– también depende de los campos de acción –o márgenes– en los que se les ha encomendado actuar; así las cosas, se sostiene que, en la medida que las competencias que se le otorguen sean amplias, la probabilidad de penetración en campos de la vida política estatal será mayor. Eso acontece en casos como el alemán, en el que, derivado de las amplias competencias que la ley fundamental ha depositado en manos de los jueces constitucionales, se ha dado lugar a la “mencionada juridificación de la vida pública en Alemania”⁴⁹⁶. Esa situación es indicativa de que los señalamientos que, a veces, indebidamente y con connotación despectiva, se dirigen a esos órganos jurisdiccionales son generados por la propia normativa fundamental que demarca sus atribuciones.

El ejemplo traído a cuenta en el párrafo anterior también se ha replicado en otros ordenamientos jurídicos, principalmente en Estados cuyos tribunales constitucionales fueron instaurados hace menos de medio siglo y cuyo diseño es influido por el modelo alemán, tal como sucede con el tribunal constitucional de Guatemala, de donde es originario el autor del presente trabajo. Por ello, se asevera, que, al haberseles encomendado a dichos tribunales el desarrollo de amplias tareas cuyos pronunciamientos van dirigidos a todos los campos en los que se ejerce autoridad, la penetración de estos en ámbitos inusitados de la dinámica estatal no es de extrañar, tampoco la alta incidencia de sus decisiones

ni siquiera ocultan, contienen– problemas de enjundia política... De modo que toda la constelación de conceptos y de problemas que pende y se plantea ante el Tribunal Constitucional consiste en un solo y mismo desafío: el esfuerzo por racionalizar, para resolverlos en términos jurídicos, problemas originariamente políticos... Quien no comprenda esto como paradoja, como reto jurídico, no entiende nada de los tribunales constitucionales...

Véase: Casas Baamonde, María Emilia, “Francisco Tomás y Valiente, un demócrata ejemplar”, *Una mirada valiente. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Polifemo, 2016, p. 40. El pasaje también es citado y contextualizado en Bercholc, Jorge O., “Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad. Su utilización por el Tribunal Constitucional de España”, *Revista de informação legislativa*, vol. 54, núm. 214, 2017, p. 32. Así también en: Maldonado Aguirre, Alejandro, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹⁶ Lösing, Norbert, “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 17, 2011, p. 423.

en las actuaciones políticas gubernamentales.

Además, merece atención el hecho que, a diferencia de las demás fuentes de Derecho, como las disposiciones legales o reglamentarias, que están dirigidas a regular conductas particulares y cuya aplicación a casos concretos da como resultado decisiones eminentemente jurídicas, la preceptiva fundamental está esencialmente conformada por manifestaciones de valores y principios –o señas de identidad del sistema político– que rigen la actividad estatal en su relación con los administrados, así como lo concerniente a la estructura del aparato gubernamental; ello provoca, en gran medida, que los pronunciamientos de los tribunales constitucionales presenten alguna connotación política, dado el contenido mismo de la fuente normativa a utilizar, la cual corresponde principalmente a la propia vida del aparato estatal y su relación con los habitantes; a su vez, el control que ejercen esos órganos jurisdiccionales recae básicamente en actos de poder⁴⁹⁷.

La atribución más relevante de los jueces constitucionales –el control de constitucionalidad– permite sostener que, en su labor, el elemento político es determinante; no obstante, otros aspectos, como las especiales particularidades que suele conllevar su designación, también son sugestivos en cuanto a que tales jueces no pueden desmarcarse totalmente de la sombra política⁴⁹⁸. No obstante,

⁴⁹⁷ Zuleta Puceiro es de la idea que, en una república constitucional, el Poder Judicial se sitúa en el centro mismo de las crisis que pudieran suscitarse, al estar llamado a dar solución a los conflictos sociales y políticos que se judicializan. Por ello, refiere que en los actuales momentos se asiste a un escenario en el que “[l]a función judicial se politiza, a impulsos sobre todo del proceso de ‘judicialización’ del conflicto social y político”. *Cfr.*: Zuleta Puceiro, Enrique, *op. cit.*, p. 29. Una página más adelante, el mismo autor manifiesta: “el Poder Judicial deviene no solamente árbitro y mediador sino incluso promotor central de nuevas formas y equilibrios sociales”.

⁴⁹⁸ Ese extremo es objeto de comentario por el jurista español Rubio Llorente, al expresar:

Tal vez por la labor tan especial que realizan los juzgadores de ambas jurisdicciones, el modo de designación de los jueces constitucionales como la limitación temporal de su mandato son rasgos que acentúan la diferenciación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, en términos que la incorporación de jueces de carrera al Tribunal Constitucional, impuesta a veces por la norma y resultante otras simplemente de la práctica, no basta a eliminar, y ofrecen argumentos a quienes, movidos generalmente por un ánimo hostil, insisten en considerar la jurisdicción constitucional como una manifestación más de la política.

Véase: Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35, 1992, p. 15.

se insiste que ello no es óbice para que las resoluciones que emitan sean esencialmente jurídicas.

Aceptar que el supremo texto constitucional tiene un componente político indiscutible, y que las decisiones jurisdiccionales que se emitan con fundamento en este indefectiblemente también traerán consigo ese elemento, no tiene por qué significar que esas resoluciones dejen de ser jurídicas, ya que las controversias en ese ámbito deben ser encaradas con respuestas que se apoyen en Derecho, para que se estime que concurren buenas razones para resolver. Pretender, *prima facie*, que el abordaje de los conflictos deba hacerse privilegiando lo político y soslayando el contenido de las disposiciones normativas es un despropósito.

Otro elemento importante a tomar en consideración, en razón de los recurrentes señalamientos que se hacen, es el hecho que los jueces constitucionales resuelven e interpretan la Constitución, sobre la base de lo que García de Enterría denomina “los valores políticos decididos por el constituyente”, los cuales son distintos a los “simples valores civiles, penales, laborales, etc., configurados por el legislador ordinario”, los que “tanto su distinto nivel de decisión como el tráfico ordinario en que se aplican corrientemente han borrado ya su carácter de valores políticos originarios para convertirse en puramente técnicos”⁴⁹⁹.

Para concluir con este abordaje, es dable afirmar que la tarea de atribuir sentidos interpretativos a una disposición normativa objeto de la interpretación constitucional es una faena que los jueces deben realizar sobre bases jurídicas, apoyándose en razones consistentes para que la decisión sea bien recibida. No obstante, debe tenerse presente que, al ser central la Constitución dentro de aquella tarea, el componente político que es connatural del cuerpo normativo supremo no puede estar ajeno. Ahora bien, para dejar zanjado lo que sí puede estimarse un riesgo a esquivar, es pertinente indicar que sí debe estimarse negativa que se adjetive como política a la actividad jurisdiccional que se ve

⁴⁹⁹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., p. 178.

perturbada por influencias ilegítimas partidarias o de grupos de presión con intereses sectoriales definidos, las que, en definitiva, no tienen por qué definir el sentido de un pronunciamiento jurisdiccional en el ámbito constitucional.

Como punto aparte, no debe pasarse por alto que, muchas veces, los tribunales constitucionales tienen que soportar la carga negativa de señalamientos como los relacionados, porque los propios políticos son incapaces de encarar, con herramientas de igual naturaleza –política–, la problemática que en sus propios ámbitos se suscitan, siendo cada vez más frecuente que –con inclusión de los políticos– se acuda a los órganos jurisdiccionales en procura de soluciones que no son encontradas en las decisiones parlamentarias o ejecutivas⁵⁰⁰.

9. La creatividad del juez constitucional al interpretar y, por ende, argumentar

En tiempos actuales ha sido posible apreciar que en la actividad jurisdiccional se ha producido un cambio de paradigma en la forma de atender las controversias que son sometidas a su conocimiento y resolución, pues, en gran medida, los juzgadores han superado la vetusta visión de que su función se constriñe a resolver de forma automatizada aplicando la ley para cada caso concreto. Ello ha ido de la mano con el hecho que cada vez son mejor recibidos los pronunciamientos de los juzgadores, en especial los del ramo constitucional,

⁵⁰⁰ Para muestra de cómo los tribunales constitucionales han asumido roles que algunos poderes estatales no asumen, a pesar de que es su atribución, se evoca lo manifestado por Peña Torres:

...pareciera que los Tribunales y Cortes Constitucionales se han ido transformando en el supremo “árbitro” del conflicto político presente en toda Sociedad, particularmente cuando éste enfrenta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Todo ello frente a una Sociedad civil crecientemente empoderada que reclama una creciente participación en los asuntos que le van afectar directamente y que realiza un permanente *accountability* sobre los actos de sus representantes [...] De lo anterior se desprende que el Tribunal Constitucional de nuestros días no solo constituye el “órgano de cierre” de todo el ordenamiento jurídico positivo al confiársele la suprema responsabilidad de custodiar la supremacía de la Constitución y de determinar el alcance de su contenido. Paralelamente, ha pasado a constituirse en el “supremo árbitro” del proceso político democrático en defensa de uno de los valores más trascendentes que nuestras Cartas Fundamentales procuran consagrar...

Véase: Peña Torres, Marisol, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

quienes, al ejercer su función *iuris-dictio* –de decir el derecho– reflejan que esa noble función judicial es realizada de forma no mecánica, sino más bien creativa, deslindándose de las infaltables posiciones que, como si hubiesen quedado detenidos en el tiempo, sostienen que el juez es solamente *la bouche qui prononce la parole de la loi* –el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley–, inspirándose en el conocidísimo postulado del barón de Montesquieu⁵⁰¹.

A lo largo del presente trabajo se ha puesto de manifiesto que los jueces constitucionales contemporáneos, en la tarea de asignar significados normativos y de argumentar sus decisiones, realizan más que una mera lectura de la letra del objeto de la interpretación. Esto se comprende de mejor forma al tomar en cuenta que muchos de los pronunciamientos jurisdiccionales son producto de interpretaciones realizadas sobre textos que no tienen un contenido claro y preciso y, es más, algunas veces, no presentan la explicitud que se pretendería para abordar alguna controversia.

Ese estado de cosas ha precisado de más apertura hacia los fallos constitucionales que no se constriñen a repetir el contenido inerte de los textos normativos, sino que hacen que las fuentes del Derecho se manifiesten como expresiones vivas, a modo de dar respuesta adecuada a las demandas de tutela o protección que es exigida al Estado. Esos pronunciamientos son una manifestación de lo que Häberle denominó *interpretación constitucional creativa*, aludiendo a esta como mecanismo de política constitucional con la que se logra el desarrollo del texto fundamental⁵⁰². Sobre esa base, podría presentar matices

⁵⁰¹ El panorama cambiante en la jurisdicción constitucional es descrito por la magistrada chilena Peña Torres, cuando expresa:

...la labor desplegada por los Tribunales Constitucionales durante el siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI ha excedido ostensiblemente el rol de 'legislador negativo' que les asignara su creador. Desde luego, porque la tradicional sentencia estimatoria de expulsión de la norma del ordenamiento jurídico ha venido a ser acompañada por diversos otros tipos de pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional deja de ser un mero aplicador del derecho para intervenir en su creación.

Véase: *Ibidem*, p. 41.

⁵⁰² Häberle hace referencia a la interpretación constitucional creativa en su trabajo *El Estado constitucional*, refiriéndose a esta como una expresión de la política constitucional, la que constituye configuración consciente y desarrollo de una constitución que pertenece al tipo del

creativos la interpretación que se manifiesta en discursos argumentativos que superan la convencional atribución de sentidos normativos y que se desarrolla fuera del marco de la interpretación cognitiva.

Pasar de una interpretación cognitiva y estática a una escéptica y más creativa, en la que fundamentalmente se apuesta por la carencia de un sentido unívoco y preconstituido en los textos normativos, no se ha producido de la noche a la mañana; sino que es producto del devenir histórico; ello ha quedado de manifiesto en la sucinta exposición de la evolución de la interpretación.

El avance relacionado ha permitido la aproximación a un modelo que presenta como rasgo central su creatividad o búsqueda del mejor significado normativo a atribuir y, por ende, de argumentos también creativos. De esa forma, a partir de la base de los principios y valores informantes del texto constitucional, se deben “construir” las soluciones a las controversias jurídicas que son sometidas al escrutinio de los jueces constitucionales, en quienes recae la alta responsabilidad de que ese cuerpo normativo adquiera actualidad.

Conforme lo anterior, se comparte lo expresado por el profesor Bouzat, en cuanto a que la difícil tarea del juez constitucional no puede quedar limitada a “descifrar lo que ha querido decir el legislador a través de la expresión empleada, sino también a determinar si el legislador hubiera querido proteger la situación que no pudo prever, en el caso de haberla efectivamente previsto...”; todo ello, entraña una complicada actividad en la que, como quedó apuntado con antelación, creatividad y racionalidad deben estar presentes⁵⁰³.

Estado Constitucional. A decir de ese autor, el desarrollo al que alude puede producirse o funcionar ya sea con la expedición original de un texto constitucional, con la revisión total de las constituciones existentes, con la revisión parcial de estas, o bien: “a través de las formas más ‘finas’ de la interpretación constitucional creativa de la Constitución vigente, hasta llegar al audaz voto particular...”. Cfr.: Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix Fierro, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica de Perú/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 301.

⁵⁰³ Bouzat, Gabriel, "La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre el *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad", *Revista Jurídica*, año 2, núms. 1 y 2, 1997, p. 209. Disponible en línea:

Si bien se reafirma que cada vez el foro se ha acostumbrado a pronunciamientos creativos que asumen esas características con el fin de denotar la verdadera fuerza normativa del texto constitucional, se tiene claro que no es extraño escuchar voces críticas relativas a que ello refleja un empoderamiento desmedido –otrora inusitado– de los jueces constitucionales, atribuyéndosele adjetivos que aluden a un rol que estiman impropio de esos juzgadores, lo que solo debiera considerarse ilegítimo si no están sustentados en buenas razones respecto de lo decidido.

A juicio del autor del presente trabajo de tesis, la dinámica jurisdiccional creativa no debería ser ocasionadora de asombros, ya que, si los tribunales constitucionales desarrollan sus tareas dentro del margen de las atribuciones que la Constitución y la normativa procesal respectiva le han otorgado, la propia interpretación a profundidad de las disposiciones normativas fundamentales y ordinarias es la que permite que se profieran las respuestas más adecuadas que, de esos textos, puede extraerse. Tal como se refirió líneas atrás, lo que hace insostenible la interpretación es que no esté fundamentada con razones valederas la asignación de sentidos normativos; ahora bien, una vez no se caiga en los riesgos identificados con antelación, la interpretación creativa es perfectamente admisible.

Para concluir, sin ánimo de identificarse con la corriente doctrinaria y jurisprudencial de la Constitución viviente, se asume que los jueces constitucionales cuentan en sus manos con la alta responsabilidad de actualizar el contenido del articulado constitucional –o, incluso de “complementar” o “rellenar”, tal como refiere el profesor Saiz Arnaiz–, a fin de que, por medio de su interpretación, puedan dar respuesta a las variadas controversias jurídicas con contenido constitucional que se sometan al conocimiento y resolución de la jurisdicción que ejercen. Muchas veces, la procura de la mejor decisión para tales

https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2018.

controversias pone en aprietos a esos juzgadores, por lo que se impone la necesidad de ser creativos o innovadores a fin de que los conflictos sean enfrentados de manera eficaz y sin efectos traumáticos; es por ello que, en el campo procesal constitucional, han emergido fallos que escapan de la dinámica de simple acogimiento o rechazo de los planteamientos que fue diseñada de forma original, apostándose por soluciones intermedias que, aunque pudieran parecer controvertidas, constituyen instrumentos con los que se atiende de mejor manera algunos problemas objeto de examen en la jurisdicción constitucional.

Ciertamente, la buena interpretación constitucional, que eche mano de soluciones creativas, apoyándose en los principios y valores que informan el magno texto, posibilita no solo que este sea un instrumento vivo y con fuerza normativa, sino que también sea duradero en el tiempo, en la medida que permita su actualización constante. Además, una interpretación de calidad provocará una confianza colectiva en el Derecho; sobre esto se pronuncia Ruiz Ruiz, en los siguientes términos:

[L]as sentencias de los jueces no solo son piezas formales protegidas por el principio de legalidad, sino que constituyen el vehículo mediante el cual se procura que agentes sociales que tienen intereses muy diferentes, y aun antagónicos, logren construir un espacio de convivencia colectiva. Por ello, estas decisiones, además de ser técnica y jurídicamente correctas, deberían estar basadas en la aceptación de un código de valores socialmente aceptado como correcto. En definitiva, es necesario que las decisiones judiciales transmitan de manera eficiente una sensación de corrección normativa, de transparencia decisional y de mecanismo eficaz de resolución de los conflictos, al punto de que sean aceptables aun por quienes no han resultado favorecidos por la decisión⁵⁰⁴.

Se insiste, entonces, que las buenas razones plasmadas en los discursos

⁵⁰⁴ En el texto transcrito, el autor le da crédito a lo escrito por Barragán, Julia, por lo que evoca su trabajo "Decisiones judiciales y desempeño institucional", *La función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 194. Para abundar en el tema, véase también: Ruiz Ruiz, Ramón, *op. cit.*, p. 346.

argumentativos son las que, a la postre, legitiman las decisiones jurisdiccionales creativas, pues no existen criterios de verdad únicos; el párrafo anterior reafirma esa idea.

9.1 Insuficiencia del modelo silogístico

Según Iturralde, la “teoría del silogismo” fue formulada por vez primera por Aristóteles y, tiempo después, fue completada por la tradición medieval y pensadores posteriores hasta Kant⁵⁰⁵. En razón de su punto de partida, es conveniente evocar la definición aportada por el filósofo griego en mención respecto de ese concepto:

El silogismo es una enunciación, en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente en otra proposición diferente, sólo por el hecho de haber sido aquéllas sentadas. Cuando digo sólo por el hecho de haber sido sentadas las primeras proposiciones, quiero decir que a causa de ellas resulta probada la otra proposición; y entiendo por esta última expresión, que no hay necesidad de un término extraño para obtener la conclusión necesaria⁵⁰⁶.

Sobre la base de su concepción inicial, puede afirmarse que el silogismo constituye una forma del razonamiento deductivo, según el cual, a partir de dos proposiciones denominadas premisas, se arriba a una conclusión.

Esa forma de razonamiento ha sido utilizada a nivel jurisdiccional, razón por la cual la profesora Iturralde sostiene la existencia de una “teoría del silogismo judicial”, la que define como “la tesis según la cual la decisión judicial es el resultado de la subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica”⁵⁰⁷. De esa cuenta, en el procedimiento silogístico intervendrían: (a) una premisa mayor, que estaría constituida por el enunciado normativo que establece un hecho o caso

⁵⁰⁵ Iturralde, Victoria, *op. cit.*, p. 256.

⁵⁰⁶ Aristóteles, *Tratados de lógica (el Organon)*, 9a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 71 y 72.

⁵⁰⁷ Iturralde, Victoria, *op. cit.*, p. 241.

genérico; (b) la premisa menor, que sería una proposición factual relacionada con que, en un momento y lugar determinados, tuvo lugar un hecho previsto en el enunciado referido en la literal anterior; y (c) la conclusión, la cual es la decisión judicial, en la cual se vincula el caso concreto con las consecuencias jurídicas previstas en el enunciado⁵⁰⁸.

Refiere García Belaunde que, desde tiempos de Beccaria, se ha solido comparar – aunque aún se hacen esas equiparaciones– a las sentencias judiciales con los pronunciamientos silogísticos y, por ello, también se relacionaba a estos con el proceso interpretativo jurídico, por cuanto que, por antonomasia, era en los fallos judiciales en los que quedaba plasmada la interpretación del Derecho⁵⁰⁹.

Ciertamente en el trabajo de la profesora Iturralde se hace referencia a la existencia de diversas modalidades o expresiones de silogismo judicial que vienen construyéndose desde tiempos de Aristóteles, lo que, sin duda, es de sumo interés conocer; no obstante, dado el objeto central de este inciso –analizar la suficiencia del modelo silogístico– se estima pertinente dirigir la atención hacia su reconocimiento como instrumento para justificar racionalmente las decisiones jurisdiccionales; para tal efecto se evoca el siguiente fragmento:

[E]s una opinión compartida por buen parte de teóricos y filósofos del derecho (desde autores como Engisch y Larenz hasta Wroblewski y Alexy), que la aplicación judicial es, al menos en cierta medida, una relación del primer tipo (inferencia) reconducible a la figura del silogismo⁵¹⁰.

En congruencia con lo expresado en el párrafo transcrito, se evoca lo abordado en el inciso 4.1 de este capítulo, en cuanto a que, al referirse a la justificación interna

⁵⁰⁸ La descripción del procedimiento se basa en aporte de la profesora Iturralde; no obstante, es pertinente indicar que en su trabajo hace la salvedad que las “formulaciones que los diferentes autores hacen de la misma [la teoría del silogismo judicial] no son totalmente coincidentes. Véase. *Ibidem*, pp. 241 y 242.

⁵⁰⁹ García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 86, 1994, p. 19.

⁵¹⁰ Iturralde, Victoria, *op. cit.*, p. 241.

de las decisiones judiciales, de alguna forma, Wróblewsky y Alexy –incluso MacCormick– reconocen el valor instrumental del razonamiento deductivo para la emisión de resoluciones. Sostener opiniones en ese sentido ha merecido críticas, las cuales han provenido principalmente de quienes han adherido a posiciones antiformalistas. Las objeciones que formulan se sintetizan de la manera siguiente⁵¹¹:

a) **Ineficacia del silogismo para el establecimiento de las premisas.** Esto, primordialmente, porque no agota el razonamiento judicial, sino solo representa el *iter* que el juzgador sigue para lograr una decisión, lo cual no es relevante para justificar la resolución. Las críticas formuladas se apoyan en los siguientes argumentos: (a.i) la lógica formal no es un proceso que pueda tener un papel central en la “individualización de las normas”, principalmente por factores como la vaguedad del lenguaje legal y la consiguiente necesidad de interpretación antes del establecimiento de la premisa mayor, debe tenerse presente que, en muchos casos, esta premisa se conforma “a partir de varias normas y no de una sola”; (a.ii) en muchas ocasiones, el juzgador puede encontrarse con “normas jurídicas en conflicto, o con falta de normas aplicables al caso (lagunas)”, no siendo útil el procedimiento silogístico para resolver el dilema de cuál es la aplicable y, por consiguiente, corresponda usar como premisa mayor; y (a.iii) con relación a la premisa menor, el problema es de clasificación o de otorgar una cualificación jurídica a los hechos reales, más que de deducción; en este último aspecto se basó la crítica de Ross, en cuanto a que “es incorrecto concebir la decisión judicial como un silogismo, puesto que la conclusión lógica presupone que la premisa menor sea verdadera”⁵¹².

b) **Inviabilidad del silogismo para explicar lo que en realidad hacen los jueces.** Esta crítica ha provenido de defensores del realismo americano e,

⁵¹¹ *Ibidem*, pp. 247 a 257.

⁵¹² *Ibidem*, p. 248.

inclusive, de la obra póstuma Kelsen. Fundamentalmente, se critica que los tribunales no invocan un procedimiento formal por el cual los casos particulares se deciden según los enunciados normativos; todo lo contrario, la metodología que suelen usar es no deductiva.

- c) **No conformación del silogismo con los cánones de la lógica.** Esta crítica se formula desde una perspectiva doble, a saber: (c.i) la primera supone una crítica débil y concierne a ciertos tipos de expresiones de silogismos, en especial el teórico –el que supone alcanzar la verdad con la conclusión–, respecto del cual se hace refutación en el sentido que la validez lógica de la inferencia realizada no garantiza que se obtenga una conclusión válida, pues la inferencia realizada implica solamente que, si sus premisas son verdaderas, la conclusión obtenida igualmente lo será; empero, en sí misma, la lógica no garantiza la verdad de las premisas; ello conlleva a pensar que el silogismo no tiene utilidad como razonamiento decisorio, pues en todo caso sirve como justificación *ex post* de la decisión asumida; y (c.ii) la segunda es una crítica fuerte y se basa en la insuficiencia del silogismo como instrumento de control *ex post* de la vertiente interna de la decisión judicial, por cuanto que no basta con indicar que aquella tiene una estructura silogística, sino que hay que tener presente la variedad de expresiones posibles, pues no existe una manifestación única de silogismos –téngase en cuenta que el propio Aristóteles se refirió a varios modelos posibles–; ello se indica porque el lenguaje de las sentencias no es parangonable a los términos utilizados en cualesquiera de las figuras silogísticas; así pues, los críticos postulan que “la distinción entre los aspectos internos y externo de la justificación judicial no es tan tajante como en un primer momento pudiera pensarse”⁵¹³. Además, la estructura del silogismo tradicional –sujeto/cópula/predicado– resulta demasiado estricta para encajar la forma de una decisión judicial,

⁵¹³ *Ibidem*, p. 260.

principalmente, teniendo presente aspectos como que el hecho que si bien en algunos casos la consecuencia inferida es única –tal el caso de una nulidad de matrimonio, inhabilitación para un cargo público–, los hay otros – como la determinación de circunstancias que ameriten mayor o menor reclusión ante penas relativamente indeterminadas– que suponen un alejamiento del esquema silogístico.

Al final del recuento de críticas, la profesora Iturralde propone entender el modelo lógico silogístico únicamente como justificación interna de la decisión, o sea: como esquema de control de la validez formal de la inferencia; sin embargo, hace la reflexión final de que una sentencia judicial “es una norma de acción prescriptiva, y por tanto no susceptible de verdad o falsedad”⁵¹⁴; por ello, si alguna forma de inferencia es aplicable a las decisiones judiciales, esta no podría servir para sostener el proceso real de toma de decisiones que se lleva a cabo –siendo esto tarea del razonamiento práctico–, sino solo es de utilidad para controlar *ex post* la validez de aquellas.

Dadas las particularidades del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las disposiciones normativas, las críticas sintetizadas encuentran sentido en cuanto a las sentencias que se emiten en ese ámbito, pues, la mayoría de las veces, el ejercicio de ese control supone ir más allá de lo que significa la pura subsunción de una disposición normativa al caso examinado. Debe tenerse en cuenta la amplitud del lenguaje de los parámetros de control constitucional, así como la existencia de lagunas y antinomias o, bien, las omisiones constitucionales reprochables son aspectos que tornan el examen de constitucionalidad una actividad que requiere de instrumentos más creativos que el silogismo, aunque, como bien lo manifestó la profesora Iturralde, el modelo sí puede considerarse de utilidad en cuanto esquema de control de validez forma de la inferencia realizada.

A pesar de las abundantes críticas, no es extraño aún encontrar quienes postulan

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 268.

que los fallos jurisdiccionales –incluyéndose los de materia constitucional– deben ser producto de un razonamiento silogístico; no obstante, ha de indicarse que la tendencia es hacia considerar superada esa opción de resolución de casos, siendo, como bien se indicó, marginal su utilidad. La compleja tarea jurisdiccional da cuenta de la existencia de complejas controversias cuya resolución rebasa la tarea de simple subsunción que la mayoría de modelos silogísticos implica; ello justifica más la búsqueda de respuestas ingeniosas que no forzosamente derivan del texto de lo normado expresamente.

Dentro del marco conceptual del Estado legal de Derecho, el silogismo tuvo una importancia que en el escenario actual no tiene, siendo evidentemente insuficiente, pues los esfuerzos permanentes por hacer realidad un Estado constitucional implican entender la Constitución con mayor dinamismo y actualidad, ya que si únicamente se concibiera restringiéndola a su literalidad, y las controversias en esta área del Derecho se enfrentaran simplemente de la mano de un silogismo, la interpretación constitucional sería una actividad mimética supeditada totalmente a la letra, ajena de la sensibilidad humana y a las necesidades emergentes, lo que conllevaría a que en algunos casos la respuesta jurisdiccional ante las controversias resulte, por demás, ineficaz.

9.2 Influjo doctrinario en la interpretación constitucional creativa

Interesa ahora identificar las corrientes doctrinarias que han significado un influjo decisivo en el constitucionalismo contemporáneo y que, desde sus singulares perspectivas, han incidido en el desarrollo de interpretaciones creativas permitiendo que, en tanto cuerpo normativo supremo e instrumento de dignificación de los habitantes, la Constitución sea entendida de manera dinámica y en actualización constante.

El presente apartado está dedicado a conocer tres corrientes de doctrina en las que se ha encontrado el respaldo teórico –y algunas veces incluso práctico– a

sentencias constitucionales que conllevan interpretaciones creativas, configurando formas atípicas de solución de controversias. Véase cada una de estas en los incisos subsiguientes.

9.2.1 Postpositivismo jurídico

En primer término, se estima útil precisar los alcances del concepto positivismo jurídico, por cuanto que permitirá mejor comprensión del tema central de este inciso: el postpositivismo jurídico, el cual sugiere una renovada visión del Derecho, con la que se superan los postulados del primero.

A priori, podría decirse que la doctrina contemporánea que se tiene la intención de estudiar emerge como respuesta contestaria al positivismo jurídico, denominación que, según Tarello, corresponde a:

[A]quella concepción del derecho para la cual derecho es solo aquello, y todo aquello, producido por autoridades reconocidas que constituyen el sistema de las fuentes del derecho; tales fuentes están entre ellas coordinadas, tienen un único origen en la soberanía y todas las producciones normativas forman por ello parte de un cuerpo único; la aplicación del derecho no es productiva de derecho nuevo (esto es, los órganos de aplicación no forman parte del sistema de las fuentes) sino que es simple y automática aplicación de la legislación a los casos concretos⁵¹⁵.

Bobbio sostiene que el positivismo jurídico consiste en: “el estudio del Derecho como hecho y no como valor: hay que limitar de la definición del Derecho todo elemento basado en juicios de valor, que conlleve la distinción entre Derecho

⁵¹⁵ Tarello, Giovanni, *op. cit.*, p. 94. A continuación del párrafo transcrito, el autor agrega:

En su forma primitiva más simple el positivismo jurídico presuponía a) que toda la legislación fuera clara y no requiriese particulares actividades de «interpretación»; b) que la legislación fuera coherente, esto es, que no hubiere disposiciones de ley entre ellas en conflicto que requiriesen por parte del órgano de aplicación una elección. Pues bien, toda esta concepción del derecho y de su aplicación llevaba a ver en esta última una simple tarea lógica, esto es, la correcta aplicación de las reglas del silogismo, reglas que funcionan incluso si las premisas mayores son normas y las conclusiones son sentencias.

bueno y malo, justo e injusto”⁵¹⁶. Si bien la definición aportada da cuenta de los rasgos generales del pensamiento del autor, vale precisar que Bobbio enfatiza que hay muchas maneras de entender el positivismo jurídico, en razón de lo cual distingue la utilidad de tres aspectos diferentes a tomar en cuenta para comprender mejor cómo es concebido, a saber⁵¹⁷: (a) **como modo de acercarse al estudio del Derecho** –entendiéndolo como delimitación del objeto de la investigación, lo que revela alguna orientación hacia el estudio de algunos problemas más que otros–; al respecto, el autor refiere que esta acepción implica una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral frente al Derecho; ello significa que acepta como criterio para diferenciar una regla jurídica de una que no lo es la derivación de hechos verificables –como que emane de ciertos órganos y mediante un procedimiento determinado– y no la mayor o menor correspondencia con los sistemas de valores; de esa cuenta se rechazaría cualquier definición del Derecho que haga uso de elementos finalistas, como “la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar”⁵¹⁸; (b) **como teoría o concepción del Derecho** –o modo de entender determinada realidad–; ello quiere decir que el positivismo jurídico puede identificarse con la concepción particular del derecho que “vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar coacción: el Estado”; así las cosas, las decisiones judiciales presuponen una regla preexistente, la cual es dada por el Estado, y pertenece a un complejo de reglas que constituyen una unidad⁵¹⁹; y (c) **como determinada ideología de la justicia** –

⁵¹⁶ Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993, p. 146. Previo a aportar su definición, el autor evoca a Austin, quien, reivindicando la actitud científica para el estudio del Derecho, referida que este debe estudiarse “tal como es y no como debiera ser”.

⁵¹⁷ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 5a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1997, pp.39 a 49.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 42.

⁵¹⁹ El siguiente párrafo permite comprender de mejor manera esa acepción del positivismo jurídico:
...el formalismo en la definición del derecho (derecho como forma), el formalismo en la concepción de la ciencia jurídica (la ciencia jurídica como ciencia formal) y el formalismo en la interpretación (la interpretación jurídica como operación lógica) pueden ser considerados como caracteres peculiares del positivismo jurídico en su segundo significado, cuando es entendido como una teoría específica del derecho.

o toma de posición frente a una realidad dada—; esta acepción implica la creencia de que el Derecho es, por solo existir, un valor positivo, por lo que debe prescindirse de toda estimación sobre su correspondencia con el Derecho ideal. Esta atribución de valor positivo se ha solido sustentar en estos argumentos: (c.1) el Derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo y, por ende, emanar de una voluntad dominante, es justo; y (c.2) el Derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza, sirve con su sola existencia, independientemente del valor moral de las reglas como se manifiesta, para la obtención de ciertos fines, como orden, paz, certeza y justicia. De las dos posiciones, puede deducirse que la visión ideológica positiva comporta que las disposiciones jurídicas normativas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; o sea que su obediencia es un deber moral⁵²⁰.

La distinción antes realizada permite eliminar muchos equívocos en el terreno del análisis histórico y de la crítica ético-política, siendo útil tener presente que considerar a un jurista como iuspositivista con respecto al modo en que considera el Derecho no implica que también así deba concebirse en cuanto a su teoría e ideología. En esa línea, Bobbio sostiene que pasar de la teoría a la ideología del positivismo jurídico significa haber transitado de la verificación del hecho a su valoración positiva, concibiéndolo como bueno o como el mejor sistema de entender el Derecho⁵²¹. Ciertamente, esto último es centro de las más airadas

Véase: *Ibidem*, p. 38.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 47. Llegado a este punto, también es útil evocar a Nino, cuya propuesta es objeto de réplica por Carrió, quien expresa que la visión del primero implica una visión descriptiva y no normativa del Derecho; de hecho, se hace referencia a que la crítica que Dworkin dirige al positivismo es equivocada al apoyarse solo en una concepción estrictamente normativa. Para mayor abundamiento, véase: Carrió, Genaro R., *Un intento de superación de controversia entre positivistas y jusnaturalistas (réplica a Carlos S. Nino)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, pp. 9 y ss.

⁵²¹ *Ibidem*, pp. 47 y 48. En esta última página, el autor agrega un punto bastante relevante para comprender las implicaciones de entender el positivismo jurídico como ideología:

Afirmar que el juez tiene un poder declarativo y no creativo no significa sostener que ésta es la solución mejor para la producción del derecho, sino que es la situación real, la que se desprende del sistema efectivamente vigente fundado, por ejemplo, en la separación de los poderes, y basado en la regla positiva según el cual toda decisión del juez debe estar fundada en una regla preexistente no producida por él mismo.

críticas que se dirigen a quienes defienden la ideología iuspositivista, ya que comporta elevar a la obediencia a la categoría de valor absoluto⁵²².

Bobbio se manifiesta consciente de que la “rebelión contra el formalismo” ha provocado fuertes críticas al positivismo jurídico, siendo su visión formalista uno de los motivos más destacados de las acusaciones y condenas que se le dirigen⁵²³. En efecto, no puede negar que los cuestionamientos existan y que se han apoyado fundamentalmente en objeciones a su rigurosidad formalista y a la desconexión con los valores.

Actualmente, se asiste a un escenario en que han arreciado las objeciones a los postulados más significativos del positivismo aplicado al Derecho. A decir de Chiassoni, no son los iusnaturalistas los que han tenido el monopolio de la crítica que le es dirigida, pues influyentes filósofos contemporáneos han lanzado una recia batalla contra el positivismo jurídico. Las críticas van desde “posiciones que ellos mismos califican como ‘no positivistas’ y ‘post-positivistas’”. Entre tales filósofos, debe hacerse mención de, por lo menos, tres, dada su fuerza ejemplificadora. Estos son, por un lado, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero; por el otro, Robert Alexy⁵²⁴.

⁵²² El elemento obediencia es fundamental en la visión de Bobbio, por ello distingue dos versiones básicas del positivismo ético, a saber: (i) la versión fuerte, que se caracteriza por el postulado de la obediencia incondicional al Derecho; simplemente por el hecho de ser Derecho se está frente a algo justo, por lo que se convierte en valor supremo que obedecer; y (ii) la versión débil, que afirma que el Derecho, de por sí, posee un determinado valor, el del orden, independientemente de su justicia; o sea que no tiene un valor final, sino instrumental, por lo que si se quiere obtener ese bien, debe obedecerse al Derecho. Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico...*, cit., p. 31.

⁵²³ Bobbio, Norberto, *El problema...*, cit., p. 37.

⁵²⁴ Chiassoni, Pierluigi, *El discreto placer del positivismo jurídico*, Bogotá, Universidad Externado, 2016, p. 220. Sobre las críticas dirigidas al positivismo, líneas adelante –pp. 220 y 221– el autor hace hincapié en los cuestionamientos de Alexy. Véase:

Los positivistas –en particular, positivistas de corte epistemológico como Kelsen, Hart y Ross– defienden la utilidad cognoscitiva (y, en el caso de Hart, también práctica) de un concepto de derecho definido en términos puramente factuales, a-valorativos. Sin embargo, en escritos publicados a partir de los primeros años ochenta del siglo pasado, Robert Alexy sostiene que los positivistas formulan conceptos de derecho equivocados, pues no consideran la “doble naturaleza” del derecho positivo –que es, al mismo tiempo, «factual» e «ideal»– y pasan por alto la conexión necesaria, conceptual, entre derecho y moral. Proponen por lo tanto que los conceptos de derecho positivistas sean abandonados en favor de un concepto “no positivistas”.

Luego –pp. 221 y 222–, evoca que Alexy refiere la necesidad de argumentos de corrección,

Uno de los iusfilósofos en mención –Atienza– es contundente en cuanto a su posición respecto de la interrogante de si el positivismo jurídico ha sido superado o ha quedado atrás. En concreto, asume su posición, tomando prestado un pensamiento de Ernst Bloch, en cuanto a que la escuela histórica del Derecho – una de las corrientes con las que se inicia el positivismo jurídico– había crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia. De esa cuenta, trasladando dicho pensamiento a lo que actualmente se vive, expresa:

[L]o que ha hecho en nuestros días el constitucionalismo es crucificar al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución: nuestra idea del Derecho no puede ser ya puramente formal, sino que tiene que incorporar necesariamente elementos sustantivos y de valor. Por eso, el postpositivismo no significa, como supone Ferrajoli, una regresión a una etapa pre-benthamita en la teoría del Derecho, sino la conciencia de que la teoría del Derecho que hoy necesitamos construir tiene que ser necesariamente post-benthamita⁵²⁵.

Aunque, en esencia, el postpositivismo puede estimarse como heredera del positivismo, presenta algunos matices evolutivos relevantes que marcan la diferencia y sobre los cuales se hará referencia en las líneas siguientes.

Para ejemplificar cómo el postpositivismo jurídico surge como una alternativa a la corriente antes relacionada, es pertinente evocar a Calsamiglia, quien refiere que “es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral”⁵²⁶. Puede apreciarse, entonces, que el autor relacionado ni deslinda al postpositivismo del positivismo ni le atribuye

justamente para que, al resolver, pueda alcanzarse justicia. Véase:

Para sostener la tesis de la conexión necesaria, conceptual, entre derecho y moral, Alexy utiliza el «argumento de la corrección»: «tanto los sistemas jurídicos, en cuanto un todo, como también las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas *necesariamente* formulan una pretensión de corrección» y tal pretensión «contiene», al nivel constitucional, una «pretensión» de corrección moral y, más precisamente, «de justicia»...

⁵²⁵ Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico...”, *cit.*, p. 15.

⁵²⁶ Calsamiglia, Albert, “Postpositivismo”, *Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. 1, 1998, p. 209.

a aquella corriente un contenido preciso, lo que implica que basta que la teoría ataque las dos tesis o postulados más importantes del positivismo conceptual –o metodológico– para ser considerada postpositivista. En el mismo trabajo, el autor agrega que merecen esa denominación “las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho y la política”⁵²⁷.

Si bien Calsamiglia indica que, dentro del propio seno del positivismo, han emergido posiciones que han modificado ostensiblemente los postulados originalmente defendidos, el postpositivismo, más que la superación de esas concepciones ha significado una suerte de desplazamiento de la agenda de problemas que interesan, encarnando cierto distanciamiento de las tesis sostenidas mayoritariamente por las teorías positivistas⁵²⁸. De esa cuenta, en lo que concierne a la plenitud del Derecho para dar respuesta a las controversias jurídicas –un punto respecto del cual ya había llamado la atención de Hart, al sostener la existencia de casos usuales cuya solución puede ser habida en el Derecho determinado y, a la vez, refiere que excepcionalmente existen casos difíciles en los que el juzgador podía asumir una especie de función de legislador intersticial–, los postpositivistas se decantan por la indeterminación del Derecho, ya que sus fuentes formales recurrentemente no ofrecen las soluciones adecuadas a muchos problemas que se someten a conocimiento y resolución de los jueces. De esa forma, se rechaza la idea de completitud del Derecho, abriendo la posibilidad de echar mano de respuestas que pudieran ser encontradas en objetos extrajurídicos.

Los que se identifican con el postpositivismo refutan la negación que, dentro del seno de las corrientes positivistas, se enarboló respecto de la conexión entre el Derecho y la moral⁵²⁹. La oposición a postulados que sostienen la pureza del

⁵²⁷ *Loc. cit.*

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 210.

⁵²⁹ Es pertinente referir que Calsamiglia indica que el mejor positivismo, el cual atribuye a Adolphus Hart, ya sostuvo la existencia de moralidad en el Derecho. Otros positivistas aceptan esa relación,

Derecho y su desvinculación de la moral es entendible en cuanto a que el primero precisa de criterios que justifiquen el uso de ciertos conceptos, tal el caso de los principios de igualdad, de no discriminación y de libertad, cuyos alcances podrían quedar cortos al limitar a lo jurídico la connotación de su contenido.

También se suele atribuir al postpositivismo una apertura no mostrada por el positivismo hacia la práctica jurídico-interpretativa en la que no solo intervienen elementos jurídicos, sino también morales, cuya articulación lógica es aceptada por los primeros⁵³⁰; esto último es relevante en función de sustentar la posición que sostiene que, dentro del marco del quehacer jurisdiccional, se ha tornado insuficiente encarar las controversias con un enfoque puramente positivista, especialmente, en el ámbito constitucional.

Dentro de los iusfilósofos que, por sus postulados, han sido identificados como postpositivistas y que reivindican la íntima relación del Derecho con la moral se encuentra Dworkin, destacando, como parte de sus aportaciones, la propuesta en cuanto a que los casos que presenten dificultad puedan ser resueltos con la utilización de principios⁵³¹. Esto pone de manifiesto su alejamiento de la visión a-

pero de manera contingente y no necesaria, tal el caso de Coleman, quien apostó por la separación entre la moral y el Derecho, sobre la base de que lo que convierte en jurídico un principio moral no radica en la “verdad” que conlleva, sino en la “regla de reconocimiento”. *Cfr.: Ibidem*, p. 216.

⁵³⁰ Alí Lozada identifica el postpositivismo como una “concepción filosófica” que asume que el Derecho constituye: “una práctica social dotada de una dimensión argumentativa que le es troncal [así las cosas, habría] una vinculación argumentativa necesaria entre la práctica del derecho y la práctica de la moral”. Para mayor abundamiento, véase: Lozada, Alí, “El Postpositivismo de la «optimización»: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy”, *Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 39, 2016, p. 209. En el trabajo que se cita, Lozada insta consultar el trabajo de su propia autoría, que identifica con los siguientes datos: “2016: Derechos y constitucionalismo discursivo, Universidad de Alicante. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54935/1/tesis_lozada_prado.pdf”.

⁵³¹ En la obra de Lozada *–loc. cit.–* se indica que es nota característica de los iusfilósofos que adscriben al postpositivismo el hecho que sus propuestas están vinculadas con la presencia de los principios jurídicos en sus respectivas teorías; determinado ese punto común, califica como postpositivistas a Alexy, Atienza, Dworkin y Ruiz Manero, entre otros. No obstante, aunque algunos aceptan la designación como tales, es pertinente remarcar que es propia visión de Lozada la que se pone de manifiesto con esa calificación. En el trabajo elaborado por Atienza, él toma una posición decidida respecto del constitucionalismo postpositivista, sobre el positivismo y neoconstitucionalismo. En esa obra, ese autor coincide con designar como postpositivista a Alexy y Dworkin, agregando como tales a Nino y Zagrebelsky, aunque hay fragmentos del mismo trabajo

valorativa del Derecho sostenida por los positivistas; sin embargo, también ha servido para que al iusfilósofo se le identifique como reivindicador del iusnaturalismo.

Atienza, a quien se le ha identificado con la corriente que se comenta, justifica la inclinación de la doctrina en cuanto a justificar que la interpretación se apoye en principios en la resolución de casos sometidos a la jurisdicción constitucional, dado que, según su parecer, si bien las constituciones contienen un ingrediente valorativo, ello no significa que este sea preciso, ya que estos suelen ser instrumentos normativos típicamente ambiguos, pues “reflejan las ideologías contrapuestas de las fuerzas políticas y sociales que las han impulsado; el acuerdo en cuanto a las finalidades y los valores que se expresan en una Constitución suele ser por ello precario” o, si así se le quiere ver, estos están presentados “en términos muy abstractos”, por lo que se precisa interpretar conforme los enunciados de los derechos fundamentales⁵³².

El jurista español referido afirma el carácter de respuesta frente al positivismo, por parte del postpositivismo, deviene de que el primero constituye una concepción en extremo pobre del Derecho, por lo que no consigue dar cuenta de la complejidad de la experiencia jurídica ni ofrece el instrumental teórico para que el jurista desarrolle, dentro del marco del Estado constitucional, lo que es su tarea distintiva; a saber: la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales⁵³³.

Dado que, en su trabajo, Atienza realiza una férrea crítica al positivismo y al neoconstitucionalismo, considerándolas concepciones extremas, asume que lo que en realidad se precisa en la resolución de controversias jurídicas constitucionales es “conjugar reglas y principios y buscar, por así decirlo, un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el

donde refiere que a estos también se les ha adscrito –sin que ellos lo hubieren consentido– como neoconstitucionalistas. Cfr.: Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico...”, *cit.*, pp. 9 y 10.

⁵³² *Ibidem*, p. 12.

⁵³³ *Ibidem*, p. 13.

manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios”⁵³⁴. Ello es congruente con la posición de Dworkin, identificado como el pionero del paradigma postpositivista en lo jurídico y quien, en su afán de superar los postulados que identificaron al Derecho como un conjunto de reglas e, incluso, de principios, entendiéndolo como una “praxis interpretativa desde el punto de vista del juez, que se niega diferenciar entre lo que es y lo que debería ser el Derecho”⁵³⁵, refiere que el Derecho debe concebirse como “una praxis interpretativa en donde las reglas y los principios sirven para dotar de razonabilidad jurídica a los argumentos que motivan las decisiones judiciales”⁵³⁶.

Lo expresado en los párrafos que preceden pone de manifiesto la trascendencia de los elementos que configuran las notas características del postpositivismo en la solución de controversias jurídicas que se someten a conocimiento de la jurisdicción constitucional, especialmente al resolver planteamientos de inconstitucionalidades directas, pues, a pesar de que no han entrado en desuso los postulados positivistas, ha de aceptarse que en ese campo de trabajo cada vez es más latente la insuficiencia de la resolución de casos con estrictos criterios jurídico normativos.

Puede concluirse que el positivismo no dota de las herramientas necesarias para enfrentar ríspidos conflictos constitucionales, encontrándose en el postpositivismo una opción que sí podría efectuar esa dotación, por la importancia y utilidad que reconoce a los principios, en tanto estos son los instrumentos que permiten hacer realidad el contenido moral que debe estar presente en el Derecho. Ello posibilita buscar respuestas más allá de las disposiciones normativas escritas, permitiendo pronunciamientos jurisdiccionales que contengan discursos argumentativos con alto enfoque principialista.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁵³⁵ *Cfr.*: Rojas Amandi, Víctor, “Los derechos en serio”, *Jurídica Ibero*, núm. 35, 2005, p. 474. Es pertinente aclarar que el autor del artículo que se evoca solamente realiza una resección de la obra homónima de Dworkin, refiriendo como datos de la fuente utilizada los siguientes: “Ronald, Dworkin, *Los derechos en serio*, (trad. Marta Gustavino). Ariel, España, 2002, 508 pp”.

⁵³⁶ *Loc. cit.*

9.2.2 Doctrina de la Constitución viviente –*living Constitution*–

El cambio de paradigma en el ámbito jurisdiccional constitucional, sobre los modos como deben ser encarados los conflictos que son sometidos a su conocimiento y resolución, ha sido posible, en parte, por el influjo de la noción, de fuente norteamericana, que sostiene que la Constitución es un instrumento viviente⁵³⁷, la cual es opuesta al interpretativismo⁵³⁸, y esencialmente postula la necesidad de una interpretación constitucional evolutiva, de modo que “permita dotar al texto [de la Constitución] de un sentido de realidad y de contemporaneidad que logre evitar su natural desgaste”⁵³⁹.

Ciertamente, al abordar el tema de la Constitución viviente viene a la mente que al concepto se le suele atribuir el carácter de doctrina, lo cual tiene sustento en la existencia de importantes estudios que la respaldan; empero, también supone una práctica o actitud para enfrentar las controversias constitucionales; es más, hay quienes lo enfocan como una visión del magno texto en cuanto instrumento normativo. Lo que sí es común en todas esas acepciones es que todas coinciden con la pretensión de romper definitivamente con la interpretación textual o la que propende a la búsqueda de las respuestas de los casos en la voluntad

⁵³⁷ Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre...”, *cit.*, p. 5. Además, es pertinente evocar que, sobre el origen de la doctrina, Goig Martínez indica:

A principios de los años setenta, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, dicta una de las resoluciones más relevantes del Derecho norteamericano de los tiempos presentes, que tiene especial trascendencia, no porque resuelva la contienda sobre un problema ético-legal especialmente complejo y sensible, como el de la despenalización del aborto voluntario, sino porque consolida una nueva forma de interpretar la Constitución de los Estados Unidos a través de la doctrina del *living constitution*...

Véase: Goig Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 279.

⁵³⁸ Según Sola, el interpretativismo asume que “los jueces cuando deciden cuestiones constitucionales deben limitarse a cumplir las normas que están establecidas, o al menos implícitas, en la Constitución escrita”. Sola, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 83.

⁵³⁹ Carbonell, Miguel, “Sobre la Constitución viviente”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, núm. 117, 2012, p. 349.

constituyente original, esto último es conocido como originalismo⁵⁴⁰. Ese rompimiento se produce sobre la base de considerar que la Constitución cambia con el paso del tiempo y se adapta a las nuevas circunstancias, aunque formalmente aquella no haya experimentado reforma alguna.

Según Sagüés, la noción de la Constitución viviente postula: “[l]a independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico”⁵⁴¹. Por su parte, Strauss, haciendo referencia al instrumento normativo, expresa que la Constitución viviente es la que evoluciona, “que cambia con el paso del tiempo y que se adapta a las nuevas

⁵⁴⁰ Strauss, citado por Carbonell, es de la idea de que el originalismo presenta tres problemas fundamentales, a saber:

- a) en la práctica no siempre es fácil descubrir las intenciones de quienes redactaron un texto constitucional; b) aunque pudiéramos descubrir las intenciones originales de quienes redactaron la Constitución, tendríamos el reto de intentar aplicar esas intenciones a problemas de nuestros días, algunos de los cuales no pudieron ser previstos en su momento por la generación constituyente; y c) el tercer problema ya había sido avizorado hace mucho tiempo por Thomas Jefferson, cuando dijo que el mundo pertenece a los vivos y que las generaciones muertas no tienen derechos: ¿Por qué deberíamos resolver problemas actuales siguiendo el criterio de personas que murieron hace muchos años? ¿Qué ventajas obtenemos al hacerlo?

Véase: *Ibidem*, p. 352. Esto último, que destaca la pertenencia de la tierra a los seres vivientes y no a sus antepasados, fue el tema central de una carta que Jefferson dirigió, el 6 de septiembre de 1789, a James Madison. Un extracto de esa misiva es transcrito por Carbonell en la página antes citada; en esta se manifiesta lo siguiente:

...los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad [...] ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo [...] toda constitución, y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años...

⁵⁴¹ Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre...”, *cit.*, p. 7. El autor trae a cuenta que, a su juicio, la mejor definición de *Constitución viviente* se halla en la obra de Charles y William Beard, quienes, dentro de la línea de pensamiento que niega que el magno texto se constriñe al contenido documental, afirman lo siguiente:

La teoría de que la Constitución es un documento escrito es una ficción legal. La idea de que ella puede ser comprendida mediante el estudio de su texto y la historia de su desarrollo en el pasado es igualmente mística. Una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal, lo que piensan que es.

La definición aportada por Sagüés fue extraída del trabajo de Pritchett, del que exigüamente aporta los siguientes datos: “Pritchett C. Herman, *La Constitución americana*. (Buenos Aires, 1965). TEA. p. 1”.

circunstancias, pese a que no es formalmente modificada mediante el procedimiento de reforma constitucional”⁵⁴².

Con relación a la interpretación constitucional, Sagüés refiere entender que, según los defensores de la corriente, el objeto no debe ser “interpretar” el documento en el que se plasmó la Constitución –o, lo que es lo mismo: su texto–, “sino de elaborar respuestas jurídicas constitucionales conforme a las necesidades del presente y a las valoraciones y creencias de la sociedad actual. En definitiva, se arriba así a un no interpretativismo, versión aguda del activismo judicial”⁵⁴³. *A priori*, podría pensarse que, con esa visión, se toma distancia de la interpretación como actividad asignadora de sentidos; no obstante, se asume que lo que pretende expresarse es que la búsqueda de respuestas jurídicas constitucionales debe ir más allá de la literalidad del texto constitucional.

Entender el texto constitucional como un instrumento vivo ha encontrado sustento en el *argumento de las generaciones*, lo que significa romper con el texto y el originalismo, apostándole a un método no interpretativo “*porque cada generación tiene derecho a vivir su Constitución*”⁵⁴⁴; así las cosas, la lealtad con la Constitución no debe implicar fidelidad con quien la elaboró o con la población existente en la etapa de su emisión, sino con aquellos a quienes efectivamente esta pudiere ser aplicada⁵⁴⁵ y es que debe tenerse presente que “[a]dmittir que los

⁵⁴² Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 349. En la cita de Strauss, el autor del artículo cita la siguiente fuente de consulta: “Strauss, D. (2010). *The living constitution*. Nueva York: Oxford University Press”.

⁵⁴³ Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre...”, *cit.*, p. 7. A pesar de que la definición presentada es de Charles y William Beard, Sagüés destaca el aporte en extremo relevante que puede ser encontrado en la obra: “Perry, Michael. “The Constitution, the Courts and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policy Making by the Judiciary” (Yale, 1982), University Press...”.

⁵⁴⁴ Alonso García, Enrique, *op. cit.*, p 326.

⁵⁴⁵ Strauss, citado por Carbonell, trae a cuenta la necesidad de decantarse por una interpretación que se actualice según los tiempos y asume que si algunos casos hubieran sido resueltos con base en criterios de una interpretación originalista estricta no se hubieran alcanzado algunos logros relevantes, ejemplificándolo de la siguiente manera:

...la segregación racial en las escuelas estaría permitida, el gobierno podría discriminar a las mujeres y a las minorías raciales, la declaración de Derechos (Bill of Rights) no se les aplicaría a las entidades federativas, los gobiernos locales podrían violar el principio de “una persona, un voto”, gran parte de la

preceptos vagos o ambiguos de la Constitución deban interpretarse según las intenciones de una generación precedente, supondría negar a la generación presente su derecho pleno a interpretar una Constitución que deja muchas preguntas abiertas...⁵⁴⁶.

Ciertamente, la escuela doctrinaria que se comenta postula una forma de interpretación fuertemente inspirada en la posibilidad de evolucionar; ello ha acarreado recias críticas, principalmente por la incertidumbre que ocasiona el hecho que el contenido del magno texto no dependa forzosamente de lo que dice un documento escrito, sino de los derechos o intereses de la sociedad y del gobierno, los que están sujetos a constantes cambios y, hasta, interminables renovaciones⁵⁴⁷; ello, a juicio de los detractores, genera inseguridad jurídica y excesivo protagonismo jurisdiccional.

Ha de destacarse que las detracciones arrecian cuando el texto constitucional resulta de emisión relativamente reciente, siendo de difícil aceptación –para algunos– la afirmación que sustenta la necesidad de actualización constitucional en el supuesto acaecimiento del pronto anacronismo del articulado constitucional. Ante esos señalamientos, es dable remarcar que la legitimidad de la Constitución efectivamente deriva de su funcionalidad, según los criterios o necesidades imperantes al momento en que esta haya de aplicarse, los cuales no necesariamente pudo prever de la mejor manera el legislador constituyente.

Otro motivo de oposición a la corriente doctrinaria se halla en el hecho de que, para muchos, resulta arrogante asumir que la actualización constitucional es la expresión de los intereses de las generaciones a cuyo favor se realiza la interpretación evolutiva, pues es de alta dificultad determinar el nivel de

legislación laboral, ambiental y de protección de consumidores sería declarada inconstitucional, etcétera. Nada eso es aceptable hoy en día para la sociedad de los Estados Unidos; [por ello, mostrando inclinación por la doctrina de la constitución viviente, concluye que] el originalismo no es, por tanto, una teoría de la interpretación constitucional que ofrezca resultados positivos o constructivos...

Véase: Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 189.

⁵⁴⁶ Ruiz Ruiz, Ramón, *op. cit.*, p. 352.

⁵⁴⁷ Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre...”, p. 9.

asentimiento de la población respecto de las interpretaciones que reflejen su modo de entender el articulado constitucional. Ante ese dilema, la respuesta podría venir de la exigencia de un porcentaje alto la aquiescencia con respecto al sentido de la interpretación; no obstante, se insiste en que ello es de dificultosa medición.

Siguiendo con el abordaje de la necesidad de acreditar el respaldo generacional a interpretaciones evolutivas, ha de tenerse presente que hay valores cuyo entendimiento general es de relativa fácil captación, como podría indicarse con relación a la libertad o a la necesidad de justicia; sin embargo, ello no pasa con otros tópicos constitucionales. Además, debe tenerse presente que, en muchas ocasiones, la necesidad de hacer del magno texto un instrumento actualizado deviene del contenido de pronunciamientos de tribunales internacionales en materia de derechos humanos y de otros estándares internacionales, tal el caso de las observaciones generales o específicas de los comités internacionales de derechos humanos, los que, por el carácter progresivo y no regresivo de los derechos fundamentales, tienden a darles contenidos que se ajusten a las exigencias más actualizadas.

En razón de su origen, el auge de la escuela doctrinaria de la Constitución viviente se puso de manifiesto en las sentencias evolutivas emanadas de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, las cuales no escaparon de ser calificadas como la expresión de un activismo desbordado por parte del citado tribunal y como una muestra de gobierno de los jueces, cuando que, en puridad, estas solo significaban “una suerte de reactualización permanente del pacto social”⁵⁴⁸. Igualmente, se señala a la doctrina de abrir las puertas a una desbordada discrecionalidad judicial, que puede abrir las puertas a la politización⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ Peña Torres, Marisol, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁴⁹ Según Zagrebelsky,

Los argumentos contra la “Constitución viviente” se centran en los peligros de la jurisprudencia creativa, hecha posible por la interpretación evolutiva. Separar se de los orígenes –se dice– significa aumentar la discrecionalidad; discrecionalidad equivale a politización; la politización es incompatible con el carácter

Ciertamente, hablar de que los jueces deben hacer realidad los postulados esenciales de la doctrina de la Constitución viviente revive el tema de los riesgos y de límites a la interpretación constitucional⁵⁵⁰. Para refutar el espíritu desdeñoso de las críticas, es pertinente indicar que, cuando la asignación de sentidos interpretativos conlleva una adecuada fundamentación, expresando con razones consistentes las decisiones que se dictan, la actualización de los sentidos del texto constitucional no debería ser considerada como un desborde del juez, sino como el ejercicio legítimo de una atribución⁵⁵¹.

Lo expuesto a lo largo de este numeral es indicativo de que la emisión de fallos creativos, que procuran la búsqueda de la mejor respuesta para proteger los derechos humanos y el fortalecimiento de la estructura estatal para que responda a la realización de los fines que le son inherentes, encuentra un fuerte respaldo en la construcción doctrinaria y tendencia judicial norteamericana que se ha comentado. Ello se afirma, dado que la escuela postula la necesidad de ir más allá

judicial de la justicia constitucional y ofende la separación de poderes haciendo daño al legislativo; la ofensa a la separación de poderes, a su vez, mina la legitimidad de la justicia constitucional. No sólo para mantener la separación de poderes; no sólo para preservar el carácter judicial de la justicia constitucional, sino también para salvaguardar las razones de su legitimidad, es necesario rechazar la doctrina de la Constitución viviente, aunque se haya impuesto con la fuerza de los hechos en la práctica de las cortes...

Véase: Zagrebelsky, Gustavo, "jueces constitucionales"..., *cit.*, p. 1141.

⁵⁵⁰ Zagrebelsky asume posición propia en cuanto a los riesgos que estima que pudieran enfrentarse con relación a lo incontrolada que pudiera resultar la aplicación de la doctrina. Véase:

El objetivo de la jurisprudencia y de la reforma es concurrente. Las líneas de mutuo respeto son elásticas, como consecuencia de la discrecionalidad en que, con distinta medida, se mueven a la una y la otra. Por eso pueden entrar en colisión, y donde los procedimientos de reforma, con los cuales el legislador podría contener la expansión de la discrecionalidad judicial, son particularmente gravosos, el riesgo que corren las cortes es el de convertir se en una fuente incontrolada y de ser así rechazadas por la comunidad en la que operan.

Véase: *Ibidem*, p. 1145.

⁵⁵¹ Al referirse al constitucionalismo como "práctica del Estado constitucional", el profesor Aragón Reyes postula que una de sus calidades más relevantes reside en la capacidad de adaptar el texto constitucional a las circunstancias cambiantes, por medio de la interpretación, sin transformar la redacción originaria. Ello se produce, sobre todo, como refiere Hesse, "cuando la Constitución contiene 'un mesurado equilibrio' entre la 'precisión' (necesaria para la claridad de las reglas de juego y para la configuración material de su significado) y la 'apertura' (el margen de indeterminación o flexibilidad que hace posible el pluralismo)". Luego, afirma, que la política constitucional y la cultura jurídica constitucional "componen precisamente las dos condiciones para que exista esta otra condición evolutiva, esta continua adaptación que es capaz de hacer de una Constitución 'viva' una Constitución 'viviente'". Esa posición de Aragón evidencia mayor apertura a la doctrina de la Constitución viviente que a la que él llama "falso neoconstitucionalista". Para mayor abundamiento, véase: Aragón Reyes, Manuel, "Dos problemas falsos...", *cit.*, p. 17.

de la literalidad de la voluntad constitucional originaria para encontrar la solución de conflictos constitucionales, posibilitando que, por medio de la interpretación, se atribuya, a los enunciados fundamentales, los sentidos que más se adecuen a las exigencias de las poblaciones presentes –al momento en que se realiza la actividad interpretativa–⁵⁵².

Las reflexiones anteriores, las cuales derivan de haber conocido los significativos logros de concebir a la Constitución como un instrumento viviente, permiten reconocer que, a pesar de ser un tanto autónomos en la creación de sus doctrinas jurídicas, los norteamericanos han alcanzado un encomiable desarrollo con sus fallos constitucionales. Esa es una experiencia que debe ser tomada en cuenta, en tanto puede servir de apoyo para la emisión de sentencias en el ámbito de la jurisdicción constitucional latinoamericana

9.2.3 Neoconstitucionalismo

Mucho se dice respecto a que la emisión de sentencias constitucionales que se apoyan en interpretaciones que no responden a los diseños originales son, más que de otra influencia doctrinaria, consecuencia del neoconstitucionalismo, denominación que se le ha atribuido a la corriente jurídico-doctrinaria que ha postulado la necesidad de una progresiva constitucionalización del ordenamiento normativo y ha impulsado a los juzgadores a resolver reconociendo efectiva fuerza al texto constitucional. Pese a ese reconocimiento, es sano admitir que la definición de los alcances de ese movimiento no ha sido detallada con precisión en los estudios que lo han abordado⁵⁵³, por lo que se estima conveniente traer a

⁵⁵² En esa línea, López Medina, refiriéndose a cómo la doctrina es receptada por el tribunal constitucional colombiano, indica: “La doctrina del ‘derecho viviente’ promete deferencia pero también niveles mayores de constitucionalización de la interpretación legal realizada por los jueces y la administración pública”. Para abundar en el tema, véase: López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis/Universidad de los Andes, 2006, p. 136.

⁵⁵³ Prueba de ello es lo expresado por Peña Freire, en cuanto a que constituye “una noción altamente polifacética y cuyo significado definitivo está por decantar”. Véase: Peña Freire, Antonio Manuel, “Constitucionalismo y garantismo: una relación difícil”, *Anales de la cátedra Francisco*

cuenta algunos puntos de vista con relación a cómo este es concebido.

En primer término, se evoca que al término *neoconstitucionalismo* se le suele atribuir la connotación de proceso histórico que tiene inicio con la transformación verificada en los ordenamientos jurídicos europeos, al adoptar nuevas constituciones con posterioridad al final de la Segunda Guerra Mundial, reconociéndoles, a estas, fuerza normativa directa, y al instituir la creación de tribunales constitucionales. Esas transformaciones pueden percibirse con claridad, al ser emitidas las constituciones de Estados como Alemania e Italia y, de manera más tardía, en España⁵⁵⁴.

Al entender el neoconstitucionalismo como proceso histórico se alude a una nueva o renovada fase del constitucionalismo europeo; sin embargo, es preciso referir que las transformaciones del sistema se expandieron, con posterioridad, a América Latina, a los antiguos Estados socialistas del viejo continente y a algunos de otros continentes, tal el caso de Sudáfrica, India y Turquía, cuyas constituciones, como cuerpos normativos fundamentales, experimentaron la adquisición de una importancia inusitada; consiguientemente, igual relevancia le fue atribuida a los tribunales constitucionales, como órganos jurisdiccionales encargados de asegurar la supremacía de las disposiciones fundamentales,

Suárez, núm. 41, 2007, p. 239. En el trabajo de Romero Martínez, este autor arguye que el neoconstitucionalismo puede ser entendido como un “esquema teórico” que explica el proceso de transformación de la tradición formalista del derecho, derivado de la aceptación y comprensión de la norma fundamental como norma jurídica. Líneas adelante, evoca los nombres de connotados juristas partidarios de esa escuela, tal el caso de Zagrebelsky, Comanducci y Prieto Sanchís, incluso incluye a Ferrajoli y Dworkin. Lo cierto, a juicio del tesista, es que a cada uno de ellos les caracteriza postulados no del todo coincidentes y su adscripción expresa a otras escuelas hace pensar que efectivamente concurre la imprecisión de definición antes aludida. *Cfr.*: Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 17 y ss.

⁵⁵⁴ A guisa de ejemplo, se citan los trabajos siguientes: (a) Carbonell, Miguel, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, *Constitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 9 y 10; (b) Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2009”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXV, 2008, p. 5. Disponible en línea: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>. Consultado el 24 de marzo de 2019; (c) Aldunarte Lizana, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, vol. XXIII, núm. 1, 2010, p. 83 y 100; y (d) Durán Pérez, Ángel y Ramos Vásquez, Eréndira Nohemí, “La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia”, *Revista Justicia Electoral*, núm 1, vol. 10, 2012, pp. 174 y 175.

especialmente por medio de la protección de los derechos humanos.

En suma, a lo que en este segmento se le ha concedido la connotación de fenómeno histórico –esencialmente doctrinario y con influjo en el ámbito jurisprudencial– destaca por el hecho de que el magno texto constitucional pasa a ser una disposición de efectivo carácter supremo, centro de todo el sistema normativo y de aplicación directa, tarea principalmente encomendada a los tribunales constitucionales. En ese estado cosas, se experimenta una transformación caracterizada porque “[d]e la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces”⁵⁵⁵.

Es pertinente referir que ese desarrollo es concomitante con el fortalecimiento del concepto de derechos humanos y la aprobación de declaraciones universales y regionales sobre esa materia, así como los subsecuentes acuerdos para la emisión de los pactos internacionales de derechos humanos, con lo que se configura un “nuevo paradigma de convivencia jurídica nacional e internacional...”⁵⁵⁶. Con esa nueva visión, y debido a ser identificada la persona humana como el elemento central dentro del sistema normativo, el renovado Derecho Constitucional ya no se presenta simplemente como el instrumento para limitar y controlar el poder público, sino que va más allá, a modo de afianzar la vigencia de los derechos fundamentales y posibilitar su tutela. De esa forma, más que una herramienta de establecimiento de límites y control, aquel Derecho asume

⁵⁵⁵ La cita textual evocada es una transcripción del trabajo de Alfonso Santiago, referido con antelación. Véase: Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo...”, *cit.*, p. 7. En apoyo a lo referido en el párrafo citado y dado que una de las notas características del neoconstitucionalismo es que los Estados “constitucionalicen” su sistema jurídico, es conveniente traer a cuenta lo que Guastini ha referido en cuanto a qué condiciones deben estar presentes para que se pueda hablar de la constitucionalización de aquel sistema. Estas son: (a) la existencia de una constitución rígida; (b) la garantía jurisdiccional de la Constitución; (c) la fuerza vinculante del magno texto; (d) la “sobreinterpretación” del articulado constitucional; esto implica una interpretación extensiva; (e) la aplicación directa de la normativa constitucional; (f) la interpretación conforme a la constitución por parte de las disposiciones normativas infraconstitucionales; y (g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Para mayor abundamiento sobre lo que implica cada una de esas condiciones, *Cfr.*: Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed, Madrid, Trotta, 2009, pp. 49 a 58.

⁵⁵⁶ Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo...”, *cit.*, p. 8.

un rol más dinámico, convirtiéndose en la garantía de exigencia de la observancia de los derechos humanos. Así las cosas, queda claro que el advenimiento del neoconstitucionalismo, en cuanto producto del devenir histórico, es paralelo a los esfuerzos por establecer un Estado constitucional de Derecho.

Más que fenómeno del proceso histórico, Comanducci refiere que la dicción *neoconstitucionalismo* constituye una “etiqueta” que, a finales de los años noventa del siglo XX, algunos integrantes de la denominada Escuela Genovesa de la Teoría del Derecho –encontrándose dentro de ellos: Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y el propio Comanducci– empezaron a utilizar como forma de clasificar, con una finalidad crítica, algunas posiciones postpositivas de la filosofía jurídica contemporánea⁵⁵⁷; esas propuestas no se distinguen por apoyarse en coincidencias totales, pues lo que, en realidad, concurre entre ellas son aproximaciones teóricas⁵⁵⁸.

Apoyándose en el modelo de acepciones que Bobbio utilizó con relación al positivismo jurídico y del cual se hizo referencia en el numeral 9.2.1⁵⁵⁹, Comanducci también refiere que el neoconstitucionalismo puede asumir diversas formas⁵⁶⁰; a saber: (a) **la de una teoría del derecho**, que aspira a describir los

⁵⁵⁷ Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 87. El texto citado forma parte de la nota al pie 2 del artículo del autor en mención.

⁵⁵⁸ Además de los juristas de los que Comanducci hace mención, Salazar Ugarte agrega en la categoría de neoconstitucionalistas “desde Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por Nino y Alexy, hasta voces en América Latina como M. Carbonell o C. Bernal Pulido”. Sobre la etiquetación como tal, el autor indica:

...probablemente, autores como Dworkin o R. Alexy no sepan que sus teorías se consideran neoconstitucionalistas en el ámbito de la doctrina constitucional italo/española/latinoamericana, como tampoco lo supo C. Nino, que falleció antes de que el término se acuñara; mientras que un garantista como Ferrajoli o como P. Andrés Ibáñez sabe que lo es porque ha decidido serlo. Este hecho no le resta pertinencia al uso del membrete «neoconstitucionalismo», pero nos exige utilizarlo con mesura...

Véase: Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, *Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 293 y 294.

⁵⁵⁹ En ese numeral se hace un esfuerzo de síntesis de la clasificación contenida en el siguiente trabajo: Bobbio, Norberto, *El problema...*, cit., pp.39 a 49.

⁵⁶⁰ Según Atienza, Comanducci no desvincula al neoconstitucionalismo del positivismo, tal como otros que lo presentan como la contracara; tan así es su planteamiento, que lo llega a denominar: “el positivismo jurídico de nuestros días”, lo que, motivado por los matices de la forma en que concibe la escuela doctrinaria, lleva al jurista español evocado a clasificarlo como un representante

logros de la constitucionalización o, lo que es lo mismo, el proceso que ha comportado la modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos por cierta fuerza invasora de la positivización del catálogo de derechos fundamentales, así como por la presencia de principios y no solo de reglas en el articulado constitucional y por la aplicación de la preceptiva fundamental en la interpretación y aplicación de la ley; así, el neoconstitucionalismo se presenta como una alternativa respecto de la teoría iuspositivista tradicional; (b) también puede presentarse **como una ideología constitucionalista**, la cual lleva a segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, colocando como objeto central la finalidad de garantizar los derechos fundamentales; y (c) igualmente, **como una posición metodológica** –usando las palabras de Bobbio: modo de acercarse al estudio del Derecho–, la que, de forma contraria a los postulados del positivismo metodológico y conceptual, advierte una conexión necesaria entre Derecho y moral, siendo los principios constitucionales y los derechos fundamentales el puente que permite encontrar ese nexo⁵⁶¹.

del “neoconstitucionalismo en sentido débil”, que es aquel que “se opondría a tesis como la del estatualismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo, que fueron defendidas por los positivistas de épocas anteriores (del XIX) y que a Comanducci le parecen obsoleta”; esta versión del neoconstitucionalismo, a decir de Atienza, tiene una cara diferente de aquel que postulan quienes suscriben una “versión fuerte”, esto es,

...quienes asumen un concepto sustantivo o valorativo de Constitución que les lleva a defender que la ciencia del Derecho tiene también un carácter normativo, de manera que no es meramente descriptiva o explicativa (Ferrajoli) o que la ciencia del Derecho debe elaborarse desde un punto de vista interno, de manera que sus cultivadores tienen que adherirse a los valores constitucionales (Zagrebelsky).

Para mayor abundamiento, véase: Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico...”, *cit.*, p. 4. Por su parte, Ahumada, apoyándose en una definición aportada por Comanducci, indica que este lo presenta como “una variante o desarrollo del constitucionalismo”, del cual distinguiría por el debilitamiento o pérdida de sus rasgos características; en tal virtud, más que por una limitación del poder, el neoconstitucionalista propugna fundamentalmente por la garantía de los derechos fundamentales. *Cfr.*: Ahumada, M^a Ángeles, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁶¹ Para abundar sobre el sentido de cada una de las acepciones comentadas, así también para conocer las críticas que se han hecho valer con antelación a cada una de ellas, es recomendable la lectura integral del trabajo *Ibidem*, pp. 90 a 99. En una línea muy semejante a la de Comanducci, Prieto Sanchís, apoyándose en los distintos usos del cual es objeto, refiere que el término neoconstitucionalismo es utilizado para hacer referencia a tres acepciones posibles, a saber: (a) **para designar un modelo de Estado constitucional de Derecho**, caracterizado esencialmente por el fuerte contenido normativo del magno texto, así como de la garantía jurisdiccional de su observancia, concediendo, para ello, un protagonismo inusitado a los jueces; dentro de ese marco, el citado autor refiere que el neoconstitucionalismo propugna por “constituciones normativas garantizadas”; el carácter normativo deviene que, además de regular cuestiones relativas a la organización del poder y las fuentes del Derecho, genera de modo directo derechos y obligaciones

Basándose en la caracterización que Comanducci aporta sobre el neoconstitucionalismo –según lo expuesto en el párrafo anterior–, Ahumada indica que pudiera pensarse que el término alude a una modalidad de sistema constitucional –tal el caso de Alemania– o bien a ciertas posiciones doctrinales – como la asumida por Alexy–; sin embargo, según su parecer, no debe tenerse, de forma genérica, como identificador del constitucionalismo contemporáneo, sino de todas las teorías explicativas y justificativas de ciertas prácticas constitucionales del presente, las que, en conjunto, alientan el constitucionalismo “fuertemente judicialista y judicializado, fundamentalista en materia de definiciones y derechos...”⁵⁶². El tesista estima que una conceptualización así justifica la práctica jurisdiccional de producción de resoluciones cuyos contenidos propenden al mayor desarrollo de los derechos fundamentales.

No obstante el esfuerzo de aportar la definición compartida precedentemente, Ahumada acepta la indeterminación del sustantivo, por lo que, luego de evocar las definiciones de Pozzolo, Barberis, Ruiz Miguel y Prieto Sanchís⁵⁶³, menciona que,

inmediatamente exigibles; por su parte, el carácter garantizado del magno texto supone que sus preceptos pueden hacerse valer por medio de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos; (b) **como teoría del Derecho**, la cual presenta como rasgos más sobresalientes la prevalencia de los principios sobre las reglas, así como de la ponderación sobre la subsunción; además, la teoría postula la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en la solución de todos los conflictos, así como la omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario y la coexistencia de una constelación plural de valores; y (c) **como ideología**, el neoconstitucionalismo puede connotar la filosofía política que considera al Estado constitucional de Derecho como la forma de organización política más justa; igualmente, puede referirse a una ideología, en tanto que supone que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho y donde ello existe, se da una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral; por último, el concepto tiene una dimensión ideológica en cuanto representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho. Para abundar en cada una de las acepciones y sus contenidos, véase: Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 201 y ss.

⁵⁶² Ahumada, Ma Ángeles, *op. cit.*, p. 127, 134 y 135.

⁵⁶³ De manera concreta, haber advertido la concurrencia de connotaciones dispersas del término neoconstitucionalismo, es resultado de los comentarios de la definición de Comanducci y de los juistas que se mencionan en la siguiente transcripción:

Susanna Pozzolo propone llamar neoconstitucionalismo a cierto enfoque del derecho, compartido por un grupo de iusfilósofos que coinciden en poner el acento en ciertas nociones (principios vs. normas, ponderación vs. subsunción) y en desplazar su atención de la ley a la constitución y del legislador al juez. Según esta autora, “aquello que distingue a la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional”, el “modelo axiológico de la constitución concebida como norma”, conforme al cual

según el caso, este es utilizado para referirse a una corriente de pensamiento iusfilosófico, un enfoque –*approach*– jurídico, una nueva cultura jurídica o un nuevo paradigma jurídico, un medio de Estado, una forma de constitucionalismo⁵⁶⁴.

A lo antes dicho, Prieto Sanchís agrega que la visión del neoconstitucionalismo supone el afianzamiento de los derechos humanos y, para ello, se trastoca el esquema básico de fuentes del Derecho, ya que se incorporan los tratados internacionales y se hace un llamado a los jueces –de cualquier materia jurídica– a aplicar directamente la Constitución; así las cosas, según Zagrebelsky, “el derecho se transforma en una realidad ‘dúctil’ en manos de los jueces, abandonando las rigideces legalistas. Se adopta por parte de los jueces una actitud antiformalista, que orientan su actuación por los principios ‘pro homine’ y ‘favor libertatis’...”⁵⁶⁵. Además, regirse por los postulados de esa corriente doctrinaria implica que los jueces asuman como propias algunas políticas desatendidas por los poderes políticos, convirtiéndose así en lo que se ha dado en llamar “legisladores positivos, y no sólo negativos”, siendo necesaria para ello una interpretación creativa y dinámica de la Constitución y de los citados tratados, lo que supone un paralelismo con los partidarios de la doctrina norteamericana que defiende la

la autoridad y carácter vinculante de la constitución remiten a una justificación de carácter moral, que se halla en los contenidos de esta norma. “La doctrina neoconstitucionalista”, en consecuencia, “rechaza... la adopción de un modelo descriptivo de la norma constitucional” puramente positivista. **Mauro Barberis** [...] identifica el neoconstitucionalismo con una posición filosófico-jurídica que combate al positivismo con las armas y argumentos del constitucionalismo y que combina elementos del iusnaturalismo y del llamado iuspositivismo inclusivo. Como movimiento iusfilosófico, el neoconstitucionalismo habría comenzado a fraguarse en los años sesenta para adquirir carta de naturaleza ya en los setenta con un hito en la célebre polémica Dworkin-Hart. Desde entonces el neoconstitucionalismo gana terreno favorecido por el fenómeno de la progresiva “constitucionalización” del derecho. **Alfonso Ruiz Miguel** ha explicado que “neoconstitucionalismo” es el nombre que a veces se da a la versión del constitucionalismo encarnada en el “Estado constitucional de Derecho”, un modelo constitucional caracterizado por la rigidez constitucional y el control (externo, normalmente judicial) de constitucionalidad. El término vendría a denotar lo que este modelo de Estado tiene de progreso y triunfo del ideal constitucional y de culminación del camino emprendido por el anterior y más imperfecto “Estado legal (o legislativo) de Derecho”. **Luis Prieto Sanchís** [los aportes de este autor son expuestos líneas atrás en el cuerpo del trabajo de tesis], no ha tenido inconveniente en equiparar “neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo a secas” cuando se emplean para denominar una “presuntamente nueva cultura jurídica”...

Véase: *Ibidem*, pp. 129 a 131.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 131.

⁵⁶⁵ Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo...”, *cit.*, p. 9.

“*living Constitution*”⁵⁶⁶.

Se estima pertinente hacer una reflexión respecto de la adscripción que, muchas veces, se hace de Dworkin y Ferrajoli al neoconstitucionalismo. Respecto del primero, se advierte que, si bien sus postulados fueron tomados en cuenta por partidarios de esta escuela, principalmente en lo referente a la influencia de la moral en el Derecho, es desacertado colocarle esa etiqueta, ya que su línea de pensamiento era más proclive al postpositivismo –esto se abordó en el numeral 9.2.1–. Con relación al segundo, tal vez pueda percibirse arbitrario alojarlo como partidario de esta corriente, cuando él mismo ha sido reacio a ello, prefiriendo su identificación con la bandera del garantismo, con lo cual sostendría una recia crítica a las concepciones constitucionales meramente procedimentales o formales, las que únicamente podrían ser legítimas en cuanto constituyan un medio para garantizar un fin. Pese a ese deslinde intencional del jurista, ha de destacarse su posición crítica al positivismo tradicional y el hecho de que algunas de sus proposiciones han sido utilizadas como apoyo por teóricos neoconstitucionalistas, tal como lo concierne a la instauración de mecanismos de efectividad de los derechos fundamentales⁵⁶⁷.

El profesor Aragón Reyes realiza una seria crítica al neoconstitucionalismo –con mayor precisión: al falso neoconstitucionalismo– y, de paso, al garantismo –que algunos toman como una vertiente de aquel–, refiriendo que son “nominalismos vacíos de entidad teórica o concepciones por completo ajenas a la teoría en que la

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 15. De igual utilidad que el trabajo de Prieto Sanchís es el artículo de Durán Pérez y Ramos Vásquez, que asumen que, entre la posibilidad de dedicarse al estudio de la validez, eficacia y justicia de los enunciados normativos, el positivismo solo se ocupaba de la primera, por lo que lo segundo y tercero, según esa escuela doctrinaria, correspondía a la sociología jurídica, a la filosofía o la ética. En sentido contrario, el neoconstitucionalismo postula por atender esas tres matrices, experimentándose una cierta renuncia “al formalismo jurídico, al legicentrismo, al legalismo, al juridicismo extremo, transitando a una redefinición integradora en la norma”, de modo que la aplicación de aquellos enunciados depende no solo de que sean válidamente dictados, sino justos, porque respeten o protejan los derechos humanos y sean eficaces porque estén garantizados en la práctica. *Cfr.*: Durán Pérez, Ángel y Ramos Vásquez, Eréndira Nohemí, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁶⁷ Romero Martínez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 32.

Constitución se desenvuelve⁵⁶⁸. Se nota más algidez en su posición aversa, cuando indica que hay quienes entienden al neoconstitucionalismo como la manifestación de la superación de la vieja idea de Constitución, sustituyéndola conceptualmente en la ley fundamental que hace prevalecer lo siguiente: (a) el poder sobre el control; (b) la unidad de acción estatal sobre la división de poderes (c) el entendimiento político de la democracia sobre su entendimiento jurídico; (d) la democracia directa sobre la indirecta; (e) la voluntad política sobre las leyes; y (f) en fin, el Estado decisionista sobre el Estado de derecho. Afirma que, con esas notas características, esa corriente de pensamiento no le hace justicia a la designación que se le atribuye, pues, a su juicio, de constitucionalismo no tiene nada y más bien debiera denominarse “anticonstitucionalismo”⁵⁶⁹. Ello es así porque si es despreciada la democracia parlamentaria, no se asegura totalmente la independencia judicial, disminuyen el control y la responsabilidad de los poderes público, entre otras situaciones similares, entonces, sencillamente, desaparece el Estado constitucional, en el que la democracia y el Estado de derecho resultan inseparables⁵⁷⁰. De esa manera, el referido autor es enfático en indicar que no profesa ninguna simpatía a la connotación que se le atribuye al neoconstitucionalismo en el sentido de presentarlo como equivalente al fenómeno de amplitud del deber ser contenido en las disposiciones normativas constitucionales; la razón de ello es que se presta a usos incorrectos. Según su parecer, el juez constitucional no debe suplantar al legislador realizando interpretaciones políticas, pues estas corresponden ser realizadas por el legislador y no a los jueces⁵⁷¹.

Pese a lo dicho en los dos párrafos que preceden, el profesor Aragón Reyes rescata el neoconstitucionalismo –el que no es falso, según su modo de ver– que suponga la conservación de los principios esenciales del Estado de derecho y que

⁵⁶⁸ Aragón Reyes, Manuel, “Dos problemas falsos...”, p. 4.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁷⁰ *Loc. cit.*

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 23.

la evolución que conlleva propenda cabalmente a "mejorar" el constitucionalismo y no a destruirlo⁵⁷². A juicio del tesista, la posición del autor aludido implica un entendimiento extremo de la corriente y no rescata su verdadera esencia, en cuanto que, además de la necesidad de establecer límites a la función estatal, el constitucionalismo contemporáneo debe propender a las respuestas más efectivas en la realización constante de los derechos fundamentales.

Otra posición a tomar en cuenta es la del profesor García Amado, quien, colocándose en la diatriba, sostiene que el neoconstitucionalismo consiste en una doctrina de caracteres difusos, de la que, pese a que son identificados algunos connotados tratadistas como sus más relevantes aportadores, tal el caso de Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky, esta "no ha encontrado aún plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia"; esa vaguedad e imprecisión, a su juicio, la convierte en una teoría atractiva y novedosa, cuyos cometidos principales serían reforzar la influencia política "de la presunta ciencia jurídico constitucional" e impulsar un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes constitucionales, lo que pone en jaque arraigados principios como el democrático y de soberanía popular⁵⁷³. En una posición en la que arrecia su enfoque crítico, el autor en mención se pronuncia sobre la relevancia que reviste la ideología dentro de la escuela doctrinaria que se comenta, pues basta con conocer la adscripción política del neoconstitucionalista encargado de juzgar y los patrones morales con los que comulga para anticipar qué fallo reputará como el

⁵⁷² *Ibidem*, p. 5.

⁵⁷³ García Amado, Juan Antonio, "Sobre el neoconstitucionalismo...", *cit.*, p. 24. Más adelante –p. 26–, el autor evocado hace un parangón entre el neoconstitucionalismo y el positivismo del siglo XIX, refiriendo que ambos son extremos que "se tocan y que se combaten", por razón de su semejanza estructural y de sus similares pretensiones políticas. No obstante, al primero le caracteriza el hecho de encargar al juez atribuciones que el positivismo esencialmente encargaba al legislador. Esa afirmación se pone de manifiesto en el siguiente párrafo:

Donde aquel [el positivismo] tomaba como axioma la idea del legislador racional, éste adopta con similar convicción la del juez racional; donde aquél quería ver en el legislador un mero portavoz de los intereses objetivos de la nación o de las esencias inmutables y necesarias del Derecho, y en la ley la plasmación perfecta de la justicia ideal, éste [el neoconstitucionalismo] hace de la Constitución la quintaesencia de la verdad moral y de la justicia objetiva, y de los jueces los traductores seguros de esas verdades axiológico-jurídicas a decisiones materialmente justas y objetivamente correctas, sin asomo de subjetivismo ni desfiguración por intereses políticos o gremiales...

correcto para el caso⁵⁷⁴; igualmente, critica el hecho de que la se le atribuya, diga lo que diga, un carácter prioritariamente moral a los enunciados constitucionales, lo que le permite asumir que quienes postulan esas ideas se apoyan en lo que se podría denominar la “canonización de las normas constitucionales”, en tanto supone la incuestionabilidad de la verdad suprema que, por su contenido moral, le son inherentes, lo cual refuta porque el hecho que las constituciones modernas se inspiren en la moral propia del liberalismo ilustrado, y se hayan nutrido de componentes que derivan del marxismo y de las luchas sociales, no significa que en estas se cristalice, como si se tratara de un dogma, un orden objetivo de valores y supremas verdades morales⁵⁷⁵. Por último, conviene traer a cuenta la

⁵⁷⁴ Cfr.: *Ibidem*, p. 28. Pese a la indefinición y a la decidida influencia del elemento ideológico en los juzgadores que adscriben al neoconstitucionalismo, líneas adelante –pp. 28 a 31–, García Amado hace un esfuerzo por identificar los caracteres definitorios de esa corriente, a saber: (i) la presencia en las constituciones de cláusulas de derechos fundamentales y de mecanismos para su garantía, así también de cláusulas de carácter valorativo; (ii) un orden de valores de carácter objetivo; (iii) el magno texto refleja un orden social necesario; (iv) el orden de valores o la moral constitucionalizada poseen una fuerza resolutoria tal para dar respuesta cierta o aproximada para cualquier caso; (v) la existencia de órganos –los jueces en general y los tribunales constitucionales en particular– que velen por la efectiva plasmación en cada caso de las respuestas constitucionalmente posibles y correctas; (vi) dado que las respuestas a las controversias dependen del orden axiológico constitucional, los juzgadores no ejercen su función con discrecionalidad ninguna o, bien, la podría ejercer solamente en los casos que, a la luz de las circunstancias, concurre un empate entre derechos y principios constitucionalmente concurrentes; (vii) el aplicador judicial ha de hacer uso del método de la ponderación para captar las soluciones objetivamente impuestas por la Constitución para los casos que conlleven relevancia constitucional; (viii) lo antes referido lleva a los tribunales constitucionales a convertirse en suprainstancias judiciales de revisión; (ix) hay un fuerte desplazamiento de la argumentación y de sus reglas básicas, pues tal argumentación adquiere tintes demostrativos, sino de mostrar que se plasma en la decisión la respuesta que la Constitución axiológica prescribe; y (x) la presencia de tres componentes filosóficos rotundos, tales como: (x.i) en lo ontológico, el objetivismo derivado de afirmar que tras los enunciados constitucionales, en su ambigüedad y vaguedad, existe un orden constitucional de valores bien preciso; (x.ii) en lo epistemológico, el cognoscitivismo que resulta de afirmar que las soluciones que se desprenden del orden axiológico constitucional pueden ser conocidas y aplicadas por los jueces; (x.iii) en lo político y social, el elitista, en tanto que se entiende que solo los jueces y, en especial los tribunales constitucionales están en capacidad para captar ese orden axiológico. Plasmado lo anterior, puede afirmarse que el esfuerzo de síntesis respecto de las notas características referidas es plausible; no obstante, debe dejarse en claro que, a decir del autor, estas no forzosamente pueden presentarse en un sistema jurídico que ha seguido una línea neoconstitucionalismo; aunque la concurrencia de un mayor número de notas será una expresión del grado o escala en que se sigue esa escuela. Cfr.: *Ibidem*, p. 31.

⁵⁷⁵ Cfr.: *Ibidem*, p. 34. Al concluir el tema de las “dudosas novedades” que supone el constitucionalismo –p. 40–, el autor acentúa su crítica sobre la pretendida sacralización de las disposiciones normativas constitucionales y el menosprecio por la función desarrolladora del contenido constitucional de las leyes; ello se patentiza en el siguiente párrafo:

refutación que García Amado hace valer en cuanto a la posibilidad de una interpretación subjetiva que conlleva la averiguación de los valores que motivan al creador de la normativa a interpretar; a su juicio, deben preferirse criterios objetivos que permitan una aplicación de los enunciados normativos con desvinculación de cualquier ideología⁵⁷⁶.

Con relación a la incidencia que los postulados de esa corriente doctrinaria han tenido sobre la interpretación, especialmente en el ámbito constitucional, Carbonell sostiene que esta ha supuesto un renovado panorama caracterizado por lo siguiente:

Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera. Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos⁵⁷⁷.

Se comparte lo expresado en el párrafo antes transcrito, en cuanto a que los tribunales que han abrazado los postulados neoconstitucionalistas han afrontado la complejidad que ha entrañado apoyarse en novedosas herramientas, todo a

...a mayor indeterminación lingüística de tales enunciados, y a mayor presencia de sistemas morales concurrentes en la sociedad pluralista para rellenarlos de contenido, mayor discrecionalidad de sus intérpretes y aplicadores; y cuando esas normas, así enunciadas, se aplican directamente sin mediación legal, también mayor discrecionalidad de sus aplicadores a efectos de configurar y precisar sus concretos contenidos.

⁵⁷⁶ García Amado ejemplifica la necesidad de preferir los criterios objetivos con el caso de la interpretación que devenía necesaria con la legislación vigente en tiempos del nazismo, pues, según su criterio, sería un sarcasmo pretender que su sentido último fuera encontrado en los valores que movían al legislador nacional socialista. *Cfr.: Ibidem*, pp. 59 y 60.

⁵⁷⁷ Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 163 y 163.

modo de hacer posible la máxima protección de los derechos fundamentales y hacer de la Constitución un instrumento normativo de innegable aplicabilidad cotidiana⁵⁷⁸. De manera concomitante, los discursos argumentos de los juzgadores han experimentado variaciones, ya que, soslayando la otrora relevancia que le era reconocida a las formas y a la literalidad, se han inclinado por privilegiar la argumentación creativa que lleve consigo la realización práctica y constante de la Constitución.

La aceptación que ha tenido en gran parte de la población la actividad jurisdiccional basada en el modelo neoconstitucionalista ha obedecido a la positiva receptividad de los pronunciamientos tribunales que han conllevado a que la tutela de los derechos humanos sea una realidad palpable. Esa percepción es compartida por Grández, quien sostiene que “[e]l neo-constitucionalismo se legitima y legitima también la actuación de los jueces a partir de la defensa de los derechos fundamentales”⁵⁷⁹; ello deviene del hecho que, según su parecer, “los derechos fundamentales legitiman la organización estatal al constituir el ‘mínimo de moralidad’ exigible a todo Derecho...”⁵⁸⁰.

En tanto el neoconstitucionalismo –en todas sus manifestaciones– ha dado cabida a prácticas jurisdiccionales dinámicas y creativas en aras de lograr la plena vigencia de los derechos fundamentales, ha de concluirse que la producción de las sentencias constitucionales que motivan este trabajo ha encontrado en este movimiento una importante fuente de respaldo.

⁵⁷⁸ Peña Freire refiere que es innegable que el neoconstitucionalismo, como mínimo, representa “un punto de inflexión en la historia del constitucionalismo”, en el entendido que se pasa de un catálogo de derechos en esencia defensivo, formado esencialmente por libertades negativas que exigen la limitación del poder político, a un catálogo plagado de derechos sociales que requieren de políticas públicas de intervención tanto en la sociedad civil como en la vida privada de los individuos. *Cfr.*: Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 240.

⁵⁷⁹ Grández Castro, Pedro P., *op. cit.*, p. 37.

⁵⁸⁰ *Loc. cit.*

9.3 Importancia de la interpretación constitucional creativa

En las líneas finales del presente capítulo es pertinente destacar que los resultados de la interpretación creativa han abonado al prestigio de los tribunales constitucionales, en la medida que con estas se han logrado respuestas que han significado soluciones adecuadas a graves problemas y que, en la mayoría de los casos, han sido bien recibidas por la población.

Este tipo de interpretación, manifestada en renovados discursos jurisdiccionales, evidencia la afortunada evolución experimentada en la búsqueda de las buenas razones para sustentar las decisiones de los tribunales. Ciertamente, superar las antañonas posiciones que se constreñían a determinar el sentido de los enunciados normativos apoyándose en la literalidad, ha sido producto de la madurez lograda gracias al decisivo influjo de las teorías escépticas y eclécticas de la interpretación y de las novedosas corrientes doctrinarias constitucionales.

Dado que a los jueces constitucionales les es reconocida, constitucional y legalmente, la autoridad para demarcar los sentidos admisibles de los preceptos fundamentales y, por añadidura, de la normativa infraconstitucional que es objeto de análisis, deviene natural que el foro jurídico siga con atención los fallos que emiten; en alguna medida, también gran parte del resto de la población está atento a estos. Cuando esos pronunciamientos van más allá de la literalidad de los textos normativos interpretados, lógico es que se acuda más a los discursos que guían los sentidos que a estos debieran atribuirse. Por esa razón, resulta fuera de cuestionamiento aseverar que el producto de la labor del intérprete constitucional creativo tiene una incidencia innegable, además de dotarle de legitimidad y legitimación.

La experiencia jurisdiccional ha demostrado que los discursos argumentativos que denotan actividad interpretativa creativa, además de haber mostrado notable receptividad positiva, también han constituido lo que metafóricamente puede denominarse como una especie de buena medicina a grandes males, lo cual no se

lograría con la interpretación radicalmente literal como antaño, a fuerza, debía hacerse. Por ello, es dable resaltar la importancia de aquellos –de los discursos en mención–.

10. Reflexiones finales respecto de la actividad interpretativa en el ámbito de la jurisdicción constitucional

Llegado a este punto es pertinente destacar que el tema de la interpretación en el control constitucional normativo realizado por órganos jurisdiccionales resulta bastante complejo, por lo que su abordaje en un solo capítulo se torna insuficiente si se quisiera conocerlo a profundidad. Basta hacer un repaso de la diversidad de concepciones y acepciones de la interpretación para concluir lo apasionado, pero inacabado, que pueda resultar su estudio. Otros tópicos, como los objetos, límites y cuestionamientos recurrentes a la actividad interpretativa ponen de manifiesto la existencia de debates inacabados y de aportaciones que no sean.

Para la determinación de los alcances de un artículo constitucional y para la protección misma de los derechos básicos a las personas, es fundamental conocer el sentido que es atribuido a esos enunciados, principalmente por parte de los agentes interpretativos a los que se les reconoce autoridad en la realización de esa tarea. Por ese motivo, es innegable que la interpretación que realizan los jueces constitucionales, respecto del magno texto, es de suma trascendencia e incidencia.

Cuando se abordó lo relativo a la importancia del control constitucional normativo se realizó la indicación que cada vez más la población entera, y no solo el foro de abogados, está al pendiente del contenido de los fallos que emanan de los tribunales constitucionales, pues, en gran medida, de estos depende la determinación de los alcances de los derechos fundamentales y, muchas veces, dependen también las políticas públicas y la protección que los administrados pueden exigir ante los órganos del Estado. Ahora, al abordar lo concerniente a la

actividad interpretativa en esa rama jurídica, es obligado hacer reiteración de esa idea, enfatizando que esa tarea es medular en dicho control y que los discursos, que expresan los resultados a los que se arriban en los procesos interpretativos, delimitan los sentidos que deben ser atribuidos tanto a las disposiciones normativas constitucionales como a los enunciados que son objeto de aquel control.

Los instrumentos en los cuales, por antonomasia, quedan plasmados los argumentos producto de la actividad interpretativa creativa son las resoluciones jurisdiccionales y, esencialmente, en las sentencias; por ello, estas merecen un abordaje especial, que es el que se tratará de realizar en el capítulo subsiguiente.

Capítulo III

Las sentencias en el control constitucional normativo

1. Importancia del tema

El abordaje del tema de las sentencias atípicas como modalidad de resolución jurisdiccional en controversias constitucionales y, en particular, en planteamientos de inconstitucionalidades directas, impone, como cuestión previa, la necesidad de desarrollar el concepto sentencia, así como determinar los tipos, efectos y alcances.

Ha de destacarse que la concepción actual de sentencia es producto de la evolución de la actividad de juzgamiento, la que, con la consolidación de la separación de los poderes del Estado, constituye la función que, por antonomasia, caracteriza a los tribunales. Ese desarrollo evolutivo también ha estado presente en los fallos emanados de la jurisdicción constitucional, lo que es comprensible, principalmente, si se tiene en cuenta que el diseño primigenio del órgano de control de la legitimidad de las disposiciones normativas con relación al magno texto le facultaba, esencialmente, para emitir decisiones esencialmente estimatorias o desestimatorias; de modo que, de decantarse por la primera modalidad, se produciría la expulsión del ordenamiento jurídico de esos enunciados.

Hoy por hoy se asiste a un escenario en el que es innegable el protagonismo de los tribunales constitucionales; en gran parte, como consecuencia de modalidades especiales de pronunciamientos a las que cada vez la población se acostumbra más, pero que, con justicia, es menester indicar que inicialmente provocaron señalamientos que pueden resumirse en cuestionamientos sobre la competencia para emitirlos, en tanto se les acusaba de ser producto de la invasión de las

atribuciones de otros poderes estatales. Es más, aún persisten objeciones de ese tipo; empero, dadas las consecuencias positivas que esos fallos han conllevado, su aceptación es más palpable.

Determinar cómo ha sido logrado el panorama expuesto en el párrafo precedente precisa de un estudio que permita advertir qué margen de acción es válido al emitir los fallos constitucionales, esto en razón de los tipos posibles y de los principios que informan su emisión. Sobre tales puntos versará el capítulo que inicia con el presente apartado.

2. Definición de sentencia

Ciertamente, en el presente capítulo no se tiene la intención de abundar en el abordaje de un tema respecto del cual puede afirmarse –sin riesgo de equivocación– que quienes han navegado en el estudio del Derecho tienen un concepto formado al respecto. No obstante, en razón de los fines del presente trabajo y sin ánimo de descubrimiento alguno, en este apartado se advierte pertinente hacer relación de algunas definiciones sobre lo que son las sentencias, a modo de establecer, desde la perspectiva propia, las notas que caracterizan a estos actos procesales, lo que será de utilidad cuando se analicen las modalidades atípicas de esos fallos.

Respecto de la idea que se suele manejar en el ámbito jurídico, con relación al concepto que se comenta, es dable indicar que, *grosso modo*, la sentencia es considerada como el acto procesal por el cual los juzgadores emiten su decisión sobre la controversia sometida a su resolución. Al estimar insuficiente conformarse con esa concepción tan general, en los párrafos subsiguientes se evocarán algunas definiciones que se han aportado al respecto.

En primer término, conviene referir que etimológicamente, el vocablo “sentencia” proviene del latín *sententia* o *sententiae*, que alude a sentimiento, opinión, idea o

manera de ver las cosas⁵⁸¹. Sobre esa base, puede afirmarse que la connotación que originalmente se le atribuyó el término corresponde al sentimiento o percepción que el juzgador se formaba sobre la controversia sometida a su decisión.

Para el jurista italiano Rocco, la sentencia es “el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés”⁵⁸². Líneas adelante, refiere que “el elemento esencial y característico de la sentencia es el juicio lógico”⁵⁸³ del juez, en tanto que es eminentemente el acto por el que este no expresa cabalmente su propia voluntad, sino que expone su juicio sobre la voluntad del órgano legislativo, manifestada en abstracto, con relación al caso concreto objeto de estudio. Al referirse a la función de ese acto jurisdiccional, postuló que “es la declaración de las relaciones jurídicas inciertas”⁵⁸⁴. Es oportuno comentar que esa visión refleja una influencia marcada por el positivismo imperante en la época en el connotado jurista realizó su aporte doctrinario.

De la escuela iusprocesalista italiana de principios del siglo pasado, también se evoca al insigne profesor Chiovenda, quien hace referencia a la “sentencia de fondo”, definiéndola como la resolución del juez, por la que se pronuncia si “estima o rechaza la demanda del actor dirigida a obtener la declaración de la existencia de una voluntad de ley que le garantice un bien, o de la inexistencia de una

⁵⁸¹ Segura Munguía, Santiago, *Lexicón etimológico y semántico del latín y de las voces actuales que proceden de raíces latinas o griegas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2014, p. 685. Esa raíz etimológica también es reconocida por la suprema autoridad en materia lingüística. Cfr.: Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23a. ed., Madrid, Real Academia Española, 2014. Disponible en línea en la página electrónica: <http://dle.rae.es/?id=Xb6DGYA>. Consultado el 12 de abril de 2018.

⁵⁸² Rocco, Alfredo, *La sentencia civil. La interpretación de las leyes procesal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal/Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2002, p. 51.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 204.

voluntad de ley que le garantice al demandado”⁵⁸⁵. Más adelante explica que “estimar” la pretensión del actor significa “actuar la ley a favor del actor” de un modo positivo o negativo, según sea el caso, afirmando así la existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien al promotor de la acción⁵⁸⁶. Lo expuesto da cuenta de una posición marcada por la búsqueda de la “voluntad” inmersa en la ley, dado que el jurista ve en la sentencia un acto en el que el juzgador se limita a acoger una pretensión en función de esa voluntad.

Una posición más evolucionada asume Couture, quien sostiene que el vocablo “sentencia” denota, al mismo tiempo, un acto jurídico procesal y el documento en el que queda contenido; para mayor entendimiento, explica que, como acto, este “emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento”⁵⁸⁷; en tanto que, como documento, “es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida”⁵⁸⁸. Líneas más adelante, el iusprocesalista en mención se extiende explicando esas connotaciones y refiere que, en cuanto acto, la sentencia es, en sí misma, un juicio u operación de carácter crítico, en el que el juzgador se decanta por elegir entre la tesis del acto o la del demandado –o eventualmente una tercera–, según le parezca más ajustada a Derecho. Añade que esa labor es producto de todo un proceso intelectual y critica las posiciones doctrinarias que sostienen que la sentencia es producto de una pura operación lógica deductiva o silogística, como alguna vez postuló el barón de Montesquieu⁵⁸⁹. Igualmente, se pronuncia sobre la sentencia como un documento, en tanto es elemento material, indispensable en un Derecho evolucionado, para reflejar la existencia de aquel

⁵⁸⁵ Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. I, 3a. ed., trad. de José Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1922, p. 160.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 161.

⁵⁸⁷ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, México, Editora Nacional, 1981, p. 277.

⁵⁸⁸ *Loc. cit.*

⁵⁸⁹ *Ibidem*, pp. 279 y 280.

acto, a fin de que produzca efectos hacia el mundo jurídico⁵⁹⁰. Para concluir con este autor, es pertinente evocar que él alude a la necesidad de dos elementos para que concurra una sentencia, a saber: “la voluntad del juez e integridad del documento”⁵⁹¹. Lo expuesto pone de manifiesto que, cuando el connotado iusprocesalista escribió sobre el tema, ya existían expresiones de superación de las ideas positivistas a ultranza.

El procesalista español Guasp postula que la sentencia es “el acto del órgano jurisdiccional en que este emite su juicio sobre la conformidad o desconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión satisfaciéndola en todo caso”⁵⁹².

El connotado iusconstitucionalista mexicano Fix-Zamudio define la sentencia como: “la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso”⁵⁹³. La definición aportada es, en extremo, general; sin embargo, reúne los elementos característicos de ese tipo de pronunciamientos jurisdiccionales.

Por su parte, Lino Enrique Palacio efectúa el aporte siguiente: “Se define a la sentencia definitiva como el acto del órgano judicial en cuya virtud éste, agotadas las etapas de iniciación y desarrollo, decide actuar o denegar la actuación de la pretensión o petición extra contenciosa que fue objeto del proceso”⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 289.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 290.

⁵⁹² Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1978, p. 511.

⁵⁹³ Fix-Zamudio, Héctor, *Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, t. P-Z, 5a. ed., México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 2891.

⁵⁹⁴ Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, t. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 420. Coinciden con esa definición, García Castillo y Santiago Jiménez, quienes en un trabajo sobre la materia, hacen relación de algunas definiciones que han sido aportadas sobre lo que es una sentencia y, a manera de conclusión, sostienen que “es el resultado de una serie de reflexiones producidas por el Juez ante un conflicto de intereses, de acuerdo con la defensa que las partes adujeron durante el proceso”. Véase: García Castillo, Zoraida y Santiago Jiménez, José Alejandro, “Generalidades sobre la técnica jurídica para la elaboración de sentencias”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 54, núm. 241, 2004, p. 86.

Para corolario de lo expuesto, puede establecerse que, bien sea considerado como un acto procesal o documento contentivo de ese acto, la sentencia implica la emisión de la decisión del juzgador respecto de las pretensiones de fondo de las partes –con ello, se excluye la posibilidad de utilizar el término para referirse a las resoluciones *mere-interlocutorias* o *interlocutorias*–; para ello, habrá de analizar sus posiciones y los elementos probatorios aportados se estima adecuado aportar una definición sobre la base de lo que el tesista asume que expresa de la mejor manera el concepto que se comenta en este apartado.

3. Tipos de sentencias

Refiere Nogueira Alcalá, que “[l]os distintos tipos de sentencias constituyen diferentes formas de buscar la solución más justa, adecuada y adaptada al contexto y condiciones en que la sentencia deberá operar, teniendo en consideración las consecuencias jurídicas del fallo...”⁵⁹⁵. En efecto, las variedades de fallos presuponen las alternativas con que cuentan los jueces para afrontar las controversias sometidas al ámbito de sus decisiones.

Aunado a lo anterior, a juicio del tesista, el estudio de las modalidades de sentencias emitidas en inconstitucionalidades generales conlleva la necesidad de estar al tanto de los tipos de fallos existentes, según la doctrina iusprocesal general. Ello es así, dado que esas clasificaciones pueden servir de apoyo en la comprensión de los pronunciamientos creativos que emanan del área jurisdiccional constitucional.

Dicho lo anterior, se evoca a Rocco, quien, en su trabajo *La sentencia civil. La interpretación de las leyes procesales*, hace referencia a la existencia de una división tripartita de modalidades de sentencias, a saber: **condenatorias, de declaración** y **constitutivas**, clasificación que, según su parecer, deriva de

⁵⁹⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, *La justicia y los tribunales...*, cit., p. 354.

diferentes aportes doctrinarios relativos a la función esencial de ese tipo de resoluciones⁵⁹⁶.

La tipología relacionada por el jurista italiano es desarrollada por Couture, quien, tomando en consideración el derecho sustancial o material que ponen en vigor, aduce que estas se dividen en declarativas, de condena, constitutivas y cautelares⁵⁹⁷, las cuales, puntualmente, explica en los siguientes términos⁵⁹⁸: (a) las **declarativas** o, bien, de **mera declaración**, son las que tendrían por objeto la pura declaración de existencia de un derecho; dentro de esa especie entra el fallo absolutorio, por el cual se declara la inexistencia de un derecho; como ejemplos concretos, el jurista mencionado refiere que, como expresiones de este tipo de sentencias, se cuenta a las que se pronuncian sobre la falsedad de un documento, la inexistencia de una obligación o la jactancia, por señalar algunas; (b) las **de condena**, que son las que “imponen el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo –dar, hacer–, ya sea en sentido negativo –no hacer, abstenerse–”; de ese modo, la condena consistirá en imponer al obligado el cumplimiento de una prestación o, bien, en conminarle a la abstención de actos que se le prohíben o deshacer lo realizado; y (c) las **constitutivas**, las cuales son las que, “sin limitarse a una mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico”; como ejemplo de este tipo de fallos, señala las que crean un estado jurídico nuevo, hacen cesar el existente, lo modifican o lo sustituyen por otro, tal como sucede en el caso de un pronunciamiento sobre una disolución matrimonial. A esa trilogía de fallos, Couture agrega una modalidad especial: (d) las **cautelares**, que serían las disposiciones que resuelven acciones preventivas o cautelares; aunque refiere que en la doctrina reciente de la época es vacilante en cuanto al carácter autónomo de este tipo de fallos, dado que, con estas, se está en presencia de

⁵⁹⁶ Rocco, Alfredo, *op. cit.*, p. 204.

⁵⁹⁷ Couture, Eduardo J., *op. cit.*, p. 314.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, pp. 314 a 325.

“providencias constitutivas”, precisa que la tendencia es a reconocerle sus especiales caracteres, posición a la que él adhiere.

Guasp, evocado por Iglesias Machado, adujo que la verdadera clasificación de las sentencias debe primar el criterio ordenador con relación a las especies de procesos de cognición a que la sentencia sirve como medio de decisión; por ello, indicó que la “verdadera clasificación” es la que las considera como **declarativas, constitutivas y de condena** –en esto coincide con la tipología a que se refirieron, en su momento, Rocco y Couture–; empero, el iusprocesalista admitía la existencia de otros criterios de clasificación, tales como: (i) **en razón de su ámbito**, pudiendo ser **totales** o **parciales**; (ii) **en virtud de su significado**, clasificándose en **estimatorias** o **desestimatorias**; y (iii) **por su repercusión**, siendo **firmes** o **no firmes o recurribles**; en estas hace la salvedad que pueden ser sentencias **simplemente definitivas**, que son las que ponen fin a la primera instancia y las que deciden los recursos que se interponen en esa fase⁵⁹⁹. Esa clasificación enriquece el panorama respecto de los fallos jurisdiccionales posibles, lo cual puede ser transpolado al ámbito constitucional.

Enriquecedor también resulta la tipología aportada por Prieto Castro, quien sostuvo que la clasificación de las sentencias “finales” puede atender a los criterios siguientes: (a) **por su objeto y contenido**, el jurista se inclina por la clasificación más clásica y a la que más se adhiere en el iusprocesalismo, por lo que aduce que pueden ser **declarativas, constitutivas o de condena**; (b) **por el objeto que acogen**, pueden ser **estimatorias** o **desestimatorias** –de las pretensiones del actor– o **absolutorias** –del demandado–; (c) **según la precisión del fallo**, la condena puede ser **líquida** o **con reserva de liquidación**; (d) **según el procedimiento**, los fallos son **contradictorios** o **dictadas en rebeldía**; (e) **en razón de la cosa juzgada que se alcanza**, puede indicarse que las hay **susceptibles de alcanzar la cosa juzgada material** o la **cosa juzgada formal**; y

⁵⁹⁹ Iglesias Machado, Salvador, *La sentencia en el proceso civil*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 52 y 53.

(f) **en atención a su impugnabilidad** que contra ellas queda interponer, las hay sentencias **simplemente definitivas y firmes**⁶⁰⁰.

Si bien las tipologías comentadas son de innegable utilidad, debe aclararse que no se comparte etiquetar como “sentencias” a pronunciamientos jurisdiccionales que no se adecuen a las notas características que se dejaron plasmadas en el epílogo del apartado anterior; en especial, las que no suponen la resolución final dictada de alguna de las instancias que conforman el proceso.

Lo determinante respecto de la enunciación de tipos de sentencias radica, más que todo, en que permite advertir que los connotados iusprocesalistas citados no abrigaron la posibilidad de emitir fallos atípicos, o sea de los que no corresponden a las alternativas o modalidades reguladas en las leyes procesales, que son los pronunciamientos aceptados por tradición.

3.1 Las sentencias constitucionales

Al hablar de las modalidades de sentencias, es oportuno referir que estas también podrían clasificarse en función de la materia del tema que se examina o del ramo del tribunal que las dicta, pudiendo hacerse referencia a resoluciones penales, civiles, laborales o contencioso administrativo, entre otros. Para algunos puede resultar muy obvia esa clasificación y hasta ocioso su abordaje; no obstante, en virtud del objeto del presente trabajo, se estima conveniente hacer hincapié en los fallos que emanan de la jurisdicción constitucional, los cuales, en el decurso de esta tesis, serán denominadas *sentencias constitucionales*⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, 2a. ed., Pamplona, Aranzadi, 1985, pp. 770 y 771.

⁶⁰¹ La precisión terminológica es oportuna, pues pudiera estimarse que esa denominación también podría ser atribuida a toda sentencia que no sea “inconstitucional”, connotación que no se pretende usar en este trabajo. La necesidad de precisar lo anterior surge de lo indicado por García Belaunde y Eto Cruz:

Al derivar de la referida jurisdicción, entrarían en esta categoría de fallos los que emanan de la resolución de las diversas garantías constitucionales, a saber: el amparo, el hábeas corpus o exhibición personal y las inconstitucionalidades directa e indirecta. Esos pronunciamientos asumen particularidades propias en función del mecanismo de control constitucional del que emanan; por ello, García Belaunde y Eto Cruz asocian esas sentencias con algunas modalidades abordadas con antelación, indicando que: “puede señalarse que las sentencias que tutelan los derechos fundamentales son sentencias de condena; puesto que contienen un mandato ejecutivo, y por ende se trata de resoluciones que pueden ser objeto de ejecución forzosa”⁶⁰². Para ejemplificar que el contenido de las resoluciones puede dar lugar a que se les ubique en otra categoría, indican que, si estos evidencian que el juzgador no solo “ejecuta” los mandatos constitucionales concernientes a los derechos fundamentales, sino que van más allá, revelando una valoración interpretativa, de ponderaciones y de creación, los fallos también podrían asumir características constitutivas⁶⁰³.

Con posterioridad, apoyándose en la tradicional clasificación doctrinaria que las cataloga como de condena, declarativas y constitutivas, los autores relacionados precisan que, según la naturaleza de lo que resuelven y en función de los caracteres del control constitucional en Perú, las sentencias constitucionales pueden ser categorizadas, aunque no de forma excluyente, de la manera siguiente: (a) **de condena**, para los casos de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento; (b) **constitutivas**, normalmente para los casos de amparo cuando constituyen un derecho o una posición jurídica con relación a un objeto o a una situación que tenga que ver con un derecho de contenido constitucional

Por lo pronto, todas las sentencias son constitucionales o deben serlo, en la medida que deben basarse en la Constitución y deben respetarla. Y si esto no sucede, pues simplemente estamos ante sentencias inconstitucionales, sobre las cuales en numerosos ordenamientos existen remedios para conjurarlas...

Líneas adelante, los autores hacen referencia a la existencia del concepto *sentencia constitucional en sentido estricto*. Para mayor abundamiento, véase: García Belaunde, Domingo y Eto Cruz, Gerardo, “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, 2008, pp. 265 y ss.

⁶⁰² García Belaunde, Domingo y Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, p. 270.

⁶⁰³ *Loc. cit.*

directo; esta modalidad también puede aplicar para los fallos de procesos de constitucionalidad o competenciales; (c) **declarativas**, que normalmente se manifiestan en las sentencias del control abstracto de enunciados normativos por la vía la acción popular y en algunos casos de inconstitucionalidad; aunque no se descarta procesos de amparo, en los que puede darse igual declaración, si bien en forma accesoria e interpartes; y (d) las que pueden integrar, según la naturaleza de la pretensión, el carácter de **constitutivas y, a la vez, de condena**; o pueden presentarse sentencias declarativas y, a la vez, de condena⁶⁰⁴; o sea que estas últimas son mixtas.

El esfuerzo de sistematización que realizan García Belaunde y Eto Cruz es laudable, a todas luces; no obstante, es pertinente precisar que su propuesta, en efecto, responde a la realidad peruana, dado que, en otros ordenamientos jurídicos, tal como acontece en Guatemala, las sentencias estimativas que resuelven inconstitucionalidades generales o abstractas son esencialmente constitutivas, pues repercuten en la vigencia del enunciado normativo que se declara inconstitucional. El carácter declarativo es reconocido a los fallos concernientes a inconstitucionalidades indirectas, por conllevar una mera declaración de inconstitucional que no incide en la vida de la disposición normativa, aunque también podría reconocérsele esa calidad a los fallos que desestiman acción de inconstitucionalidad general, pues no trastocan la vigencia de la disposición objeto de examen.

En el desarrollo del trabajo de tesis, especial interés y detenimiento ameritarán los fallos que dictan los tribunales en ocasión de ejercer el control constitucional normativo directo, los cuales presentan la singularidad de contener el examen, en abstracto, de la conformidad de los enunciados normativos con la ley fundamental, tanto en su esencia, como en el procedimiento de formación.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 271. De alguna forma, esto desdice lo expresado con antelación por los mismos autores, en cuanto a que las sentencias constitucionales que tutelan derechos fundamentales son de condena.

En un intento por definir a las sentencias constitucionales, García Belaunde, citado por Olano García, refiere que estas son tan sentencias como las otras –las dictadas en la jurisdicción ordinaria– y pueden presentar la misma estructura⁶⁰⁵; sin embargo, agrega:

[L]a temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige[n] a satisfacer un interés privado o de beneficio de grupo, sino que persigue[n] cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aun más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales, tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa⁶⁰⁶.

La definición anterior revela la especial relevancia de los fallos constitucionales, justamente por la materia de los casos que resuelven. Es obligado hacer la observación que lo referente a que estas no persiguen la satisfacción de un interés privado o de grupo, es un punto sobre el cual no se puede compartir si se toma en cuenta la existencia de garantías constitucionales –el amparo y la exhibición personal, por ejemplo– que sí dan lugar a ello, en razón de las pretensiones que las caracterizan. Es de destacar que, años más tarde, en el trabajo que García Belaunde realizaría conjuntamente con Eto Cruz, sostendría simplemente que

⁶⁰⁵ Sobre el particular, es pertinente destacar que en Guatemala la estructura de las sentencias dictadas en las jurisdicciones ordinaria y constitucional son semejantes, pero no presentan identidad y se rigen por reglas diferentes. Ello es así, dado que las primeras se rigen por el artículo 147 de la LOJ y las segundas por lo dispuesto en los artículos 35 a 39 del AC 1-2013, según el tipo de garantía instada.

⁶⁰⁶ Véase: Olano García, Hernán Alejandro, “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, *Universitas*, núm. 108, 2004, pp. 574 y 575. La referencia bibliográfica que se aporta respecto del trabajo del profesor García Belaunde es la siguiente: “GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, ‘Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales’, en: Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM”.

“sentencia constitucional es toda aquella resolución que pone punto final a un proceso constitucional, sea en sede judicial, sea en sede constitucional. Pero con carácter de firme”⁶⁰⁷. Según el parecer del tesista, la sencillez de esa enunciación no la descalifica, pues alcanza para detallar la función esencial en cuanto a decidir en definitiva un proceso de rango constitucional.

Monroy Cabra, también es citado por Olano García, refiriendo, de manera sucinta y precisa, que, para ese iusconstitucionalista, “[l]a sentencia constitucional es el acto procesal con el cual culmina el proceso constitucional. Además, es la forma como los tribunales constitucionales interpretan la Constitución, considerándose la sentencia constitucional por la doctrina moderna, como fuente de derecho”⁶⁰⁸.

Respecto de la trascendencia de los fallos constitucionales, Monroy Cabra indica que “la doctrina parece orientarse a situar las sentencias constitucionales en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley (cuando en las sentencias se interpretan constitucionalmente las leyes), en todo caso no es un lugar inferior al que ocupan las leyes”⁶⁰⁹. Luego, añade que el fundamento de esa posición privilegiada es producto de la existencia misma de la justicia constitucional, lo cual equivale a decir que los tribunales constitucionales, como garantes de la Constitución, deben estar en una posición superior ante los poderes estatales constituidos; por lo menos, en cuanto a las decisiones que emiten⁶¹⁰.

Ciertamente, las decisiones jurisdiccionales constitucionales –sin hacer referencia a alguna garantía procesal en particular– presentan una importancia extraordinaria, por variadas razones; en especial, porque:

- a) son dictadas por los tribunales constitucionales en ejercicio de la trascendental encomienda de ser guardianes del texto fundamental;

⁶⁰⁷ García Belaunde, Domingo y Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, p. 266.

⁶⁰⁸ Olano García, Hernán Alejandro, *op. cit.*, p. 575.

⁶⁰⁹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 22.

⁶¹⁰ *Loc. cit.*

- b) constituyen instrumentos esenciales para lograr la instauración de un Estado constitucional de Derecho y fortalecer la institucionalidad estatal;
- c) son los mecanismos jurídicos más adecuados para realizar el contenido constitucional –cuyo articulado suele estar anegado de cláusulas abstractas– y actualizarlo en razón del espíritu del magno texto y de las exigencias de los nuevos tiempos –sin precisar reforma formal alguna–;
- d) constituyen unos de los mecanismos más adecuados y eficaces por los que los Estados pueden lograr la dignificación de sus habitantes;
- e) a diferencia de las resoluciones adoptadas en la jurisdicción ordinaria, las cuales ponen fin a litigios que se suscitan entre particulares, con efectos directos hacia estos, los fallos constitucionales –o, al menos, algunos de estos– pueden presentar un nivel de incidencia que trasciende a los sujetos procesales, particularmente cuando definen contenidos interpretativos y los alcances de las disposiciones normativas constitucionales e infraconstitucionales –o incluso, convencionales–;
- f) por su conducto se puede delimitar el ámbito de competencias de los órganos del poder público, así como controlar su ejercicio;
- g) dependiendo de la garantía instada, pueden restaurar –directa o indirectamente– el goce de los derechos fundamentales o prevenir su vulneración;
- h) son los medios por los cuales puede producirse la consolidación del reconocimiento de derechos inherentes a la persona humana y que no han sido objeto de regulación interna; e
- i) pueden avalar o anular una decisión gubernamental de restricción de derechos, o fijar condiciones para que ello se produzca⁶¹¹.

⁶¹¹ Con relación a algunas particularidades de los fallos constitucionales, se pronuncia Rivera Santiviáñez, al referir lo siguiente:

Tomando en cuenta el papel que desempeñan los tribunales o cortes constitucionales en el Estado social y democrático constitucional de Derecho, como máximo guardián e intérprete de la Constitución, se puede afirmar que las resoluciones emitidas en la jurisdicción constitucional adquieren una trascendental importancia. A través de ellas se da concreción normativa a las cláusulas abstractas de la Constitución, convirtiendo los derechos políticos y abstractos en derechos jurídicos y concretos; asimismo se desarrollan

El detalle de elementos que puede abordar las sentencias constitucionales, según el listado no exhaustivo expuesto en el párrafo que precede, permite advertir que se está ante pronunciamientos jurisdiccionales que difieren sustancialmente de los que se dictan en la jurisdicción ordinaria, no por la estructura y formalidades que deben observarse, sino por la materia que resuelven y por la posibilidad de transformar realidades que incumben a casi toda la población estatal. Mayor es el nivel de trascendencia en el caso de los fallos que son producto de procesos de de inconstitucionalidad directa de disposiciones normativas, ya que, de las decisiones que se dicten, depende la vigencia de esas disposiciones o, en su caso –como se verá más adelante–, la precisión de la interpretación más adecuada para que guarde conformidad constitucional; inclusive pudiera motivar la actuación de algún órgano estatal que, por desidia o con intención, no cumple con los mandatos constitucionales. Esto último ha sido posible por la emisión de pronunciamientos que salen del calco tradicional y sobre los cuales se pretende abundar en el capítulo subsiguiente, por ser el tema sustancial de este trabajo de tesis.

4. Requisitos de las sentencias

Ciertamente la emisión de sentencias está sujeta a ciertos requisitos en su emisión. No todo fallo por el que el tribunal se pronuncia sobre el fondo de una controversia puede estimarse que reviste de validez, dado que su forma y

las normas generales de la Ley Fundamental del Estado, en cuyo cometido se crea Derecho extrayendo innumerables normas implícitas, no expresas, contenidas en la Constitución, que sean idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. De ahí que, en el constitucionalismo contemporáneo se ha cambiado la concepción clásica sobre la función de la Jurisdicción Constitucional, pues frente a la visión kelseniana del “legislador negativo” hoy se la concibe en la función “creadora del Derecho”. Entonces, se podría afirmar que las decisiones adoptadas por la jurisdicción constitucional tienen la forma y contenido jurídico, pero tienen efectos de carácter político, ello obliga a que, en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, se brinde un especial cuidado al estudio de las sentencias constitucionales.

Para mayor abundamiento, véase: Rivera Santiváñez, José Antonio, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2006, pp. 586 y 587.

contenido deben responder a las exigencias de cada ordenamiento jurídico procesal.

Cuando hacemos referencia a **requisitos de forma**, aludimos a las condiciones externas que deben observarse en la emisión de sentencias; debe tenerse presente que es usual que en la normativa procedimental de cada Estado se establezcan listados de puntos que deben quedar contenidos en los fallos, a efecto de plasmar ordenadamente los datos de las partes procesales, las circunstancias de hecho que motivan los planteamientos, los elementos probatorios aportados, los razonamientos de la decisión que se asume y los pronunciamientos finales⁶¹². Por otro lado, cuando se hace alusión a **requisitos esenciales o sustanciales** la referencia atañe no a la forma, sino a los elementos internos o intrínsecos del fallo, los que son necesarios para que la respuesta jurisdiccional sea recibida como legítima, en razón de cumplir con examinar a profundidad la solicitud, las alegaciones y, en suma, todo el caso sometido a conocimiento del juzgador, emitiéndose un pronunciamiento de forma congruente, exhaustiva y motivada. Si bien existe un importante abordaje doctrinal sobre el tema, no es de extrañar que muchos tribunales hayan sido receptivos de tales requisitos⁶¹³.

⁶¹² En el caso concreto de Guatemala, el artículo 147 de la Ley el Organismo Judicial determina los requisitos externos de las sentencias, disponiendo lo siguiente:

Las sentencias se redactarán expresando: a). Nombre completo, razón social o denominación y domicilio de los litigantes; en su caso, de las personas que los hubiesen representado; y el nombre de los abogados de cada parte. b) Clase y tipo de proceso y el objeto sobre el que versó, en relación a los hechos. c) Se consignará en párrafos separados resúmenes sobre el memorial de demanda, su contestación, la reconvenición, las excepciones interpuestas y los hechos que se hubieren sujetado a prueba. d) Las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas y de cuales de los hechos sujetos a discusión se estiman probados; se expondrán, asimismo, las doctrinas fundamentales de derecho y principios que sean aplicables al caso y se analizarán las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia. e) La parte resolutive, que contendrá decisiones expresas y precisas, congruentes con el objeto del proceso.

⁶¹³ A guisa de ejemplo, se evoca la SCC de 12 de mayo de 2016 (Exp. 415-2016), en cuya parte considerativa se indica:

La doctrina considera que entre los elementos sustanciales de la sentencia se encuentran los siguientes: la congruencia, la motivación y la exhaustividad. El primero, consiste en la correspondencia o relación lógica entre lo alegado por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal; el segundo, se asienta en la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de la resolución; y el último, significa que el tribunal al decidir, debe agotar, todos los puntos aducidos por las partes y referirse a las pruebas rendidas.

Los anteriores requisitos fueron desarrollados en el trabajo *Instituciones de derecho procesal civil*, de los juristas mexicanos De Piña y Castillo Larrañaga; tiempo después, en una obra más reciente, Ovalle Favela los retoma y los explica de la siguiente manera:

Los *requisitos externos* o *formales* son las exigencias que establecen las leyes sobre la forma que debe revestir la sentencia. Se refieren a la sentencia como documento. [...] Los *requisitos internos* o *sustanciales* de la sentencia son aquellos que conciernen ya no al documento, sino al acto mismo de la sentencia. De acuerdo con De Piña y Castillo Larrañaga, los requisitos internos o sustanciales de las sentencias son tres: la *congruencia*, la *motivación* y la *exhaustividad*⁶¹⁴.

Es oportuno indicar que, a diferencia de lo que suele suceder con relación a los requisitos externos, los que usualmente son precisados en la normativa procesal mediante uno o más enunciados específicos, las exigencias internas o sustanciales no siempre son expresados de manera puntual en las disposiciones procesales⁶¹⁵, pudiéndose estimar que su desarrollo puede derivar del contenido de preceptiva constitucional, de principios informantes, de aportes doctrinarios o de precedentes jurisprudenciales. A pesar de ello, importante es aclarar que la inobservancia de los elementos formales ordinariamente conlleva la subsanación

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/831305.415-2016.pdf>

⁶¹⁴ Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 9a. ed., México, Oxford University Press, 2006, p. 205. También apoyándose en los mismos autores, Gómez Lara postula lo siguiente:

Por requisitos *internos* o *sustanciales* de las sentencias deben entenderse no aquellos de formación o estructura, examinados en el capítulo anterior, sino los aspectos esenciales de contenido que toda sentencia debe poseer. De Pina y Castillo Larrañaga explican que dichos requisitos son congruencia, motivación y exhaustividad.

Véase: Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford University Press, 2004, p. 331.

⁶¹⁵ En el caso de Guatemala es pertinente indicar que no existe una disposición normativa que aborde, de manera expresa y en conjunto, esos requisitos. La situación es distinta en España, donde el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puntualmente refiere:

Las sentencias deben ser **claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes**, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate... [el énfasis es añadido].

Lo resaltado significa que la ley procedimental evocada reconoce como requisitos internos la claridad, precisión, exhaustividad y congruencia del fallo.

del fallo jurisdiccional, en tanto que inobservar los requisitos sustanciales pueden derivar en la anulación del pronunciamiento.

A juicio del tesista, los requisitos internos o sustanciales referidos por De Piña y Castillo Larrañaga pueden tomarse como exigencias razonables de las sentencias, en tanto propenden a que en los pronunciamientos queden contenidas razones consistentes de la decisión que se asume. En virtud de esa relevancia, en los siguientes subincisos se hará una breve relación de los requisitos en mención.

4.1 La congruencia

Para referirse a la congruencia, Ovalle Favela cita la definición aportada por Pedro Aragonese, quien, en su obra *Sentencias congruentes. Pretensión, oposición, fallo*, le reconoció un carácter más allá de simple requisito y la catalogó como todo un “principio normativo” delimitador de las facultades resolutorias de los órganos jurisdiccionales y, en razón del cual, “debe haber identidad entre lo resuelto y lo controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional en el ordenamiento jurídico”⁶¹⁶.

La definición precedente coincide con la aportada por García Lara, quien entiende que congruencia entraña “una correspondencia o relación entre lo aducido por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal”⁶¹⁷. En palabras de Murillo Villar, la sentencia congruente es la que “adecúa las peticiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito y la parte dispositiva de la resolución judicial”⁶¹⁸. De esa forma, si concurre la correspondencia o adecuación indicadas, el fallo cumpliría el requisito de congruencia y, de manera contraria, si en este se hace

⁶¹⁶ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 206. A la obra citada de Aragonese le atribuye los datos siguientes: “Pedro Aragonese, *Sentencias congruentes. Pretensión, oposición, fallo*. Aguilar, Madrid, 1957, p. 87”.

⁶¹⁷ Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, p. 331.

⁶¹⁸ Murillo Villar, Alfonso, “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, Editorial Complutense, núm. 2, 1995, p. 11.

referencia a puntos que no han sido materia del litigio, ni de las posiciones de las partes, irremediablemente devendrá incongruente.

Según Ovalle Favela, en pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de México se ha formado tesis jurisprudencial distinguiendo entre dos posibles modalidades de congruencia de la sentencia, al referir que la observancia de ese principio implica que las sentencias: "...deben dictarse en concordancia con la demanda y con la contestación formuladas por las partes, y que no contengan resoluciones ni afirmaciones que se contradigan entre sí. El primer aspecto constituye la congruencia externa y el segundo la interna..."⁶¹⁹. En esos términos, la necesidad de congruencia supone: (a) concordancia entre lo resuelto y las pretensiones objeto de examen; y (b) coherencia entre los distintos fragmentos del tallo.

El TCE se ha referido a la congruencia de las resoluciones como elemento a tomar en cuenta cuando se denuncia violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que implica la exigencia de los tribunales de dar respuesta a las pretensiones y causas de pedir. A guisa de ejemplo, se evoca un fragmento de un pronunciamiento emitido por ese órgano jurisdiccional:

En efecto, es nuestra doctrina que, para que exista el vicio de incongruencia omisiva, es preciso que la Sentencia o la resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuizada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial aun estando motivada (SSTC 16/1998, de 26 de enero, FJ 4; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 86/2000, de 27 de marzo, FJ 4; 156/2000, de 12 de junio, FJ 4), siendo posible incluso la desestimación tácita (por todas, STC 86/2000, de 27 de marzo, FJ 4)⁶²⁰.

⁶¹⁹ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 206.

⁶²⁰ Fragmento de la STCE 33/2002, de 11 de febrero. Disponible en la página electrónica: <https://www.boe.es/boe/dias/2002/03/14/pdfs/T00047-00056.pdf>. Con relación al examen de razonabilidad jurídica de las decisiones jurisdiccionales, en el que la determinación de la congruencia constituye un elemento a tomar en cuenta, véase: Mercader Uguina, Jesús R., "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y 'canon reforzado' de

Igualmente, útil es el aporte de un fallo anterior del tribunal constitucional, que hace referencia a lo que supone al *juicio de congruencia*.

El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*–. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidend*⁶²¹.

Para concluir con el abordaje de la congruencia, como principio que debe informar la emisión de las sentencias, es oportuno dejar asentado que el tesista comparte lo expresado precedentemente, en cuanto a que este implica la necesidad de que la resolución final de fondo que se emita sea congruente con lo discutido dentro del proceso jurisdiccional; igualmente, que los distintos puntos o pasajes del fallo presenten una conexión armoniosa.

Definida la posición que se asume respecto del requisito sustancial objeto de estudio de este segmento, es preciso referir que el tesista es de la idea que la emisión de fallos congruentes hace parte de la necesidad de resoluciones que contengan razones consistentes de las decisiones que se asumen. Ello es así, dado que no podría considerarse como buena razón de lo resuelto, aquella que no derive de los puntos sometidos a conocimiento del juzgador por las partes procesales. Téngase presente que los pronunciamientos de calidad, que dan respuestas acertadas a las pretensiones que se hacen valer, son los que provocan

motivación de la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Estudios de Derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Santander, PUbliCan, ediciones de la Universidad de Cantabria, 2009, pp. 637 y 638.

⁶²¹ Fragmento de la STCE 136/1998, de 29 de junio. Disponible en la página electrónica: <https://www.boe.es/boe/dias/1998/07/30/pdfs/T00008-00011.pdf>

la legitimación de los órganos jurisdiccionales. El caso de los tribunales constitucionales no puede ser la excepción.

4.2 La motivación

En líneas generales ha de indicarse que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no viene de tiempos recientes, ya que, como bien refiere Díaz Sampedro, estudios realizados desde el Derecho Romano por algunos iusprocesalistas, como Biondi, Bonfante, Chioventa, Visky y Bertolini, entre otros, dan cuenta que, desde los primeros momentos de la aplicación, existieron algunas acciones judiciales que incorporaban la motivación en sus sentencias como una formalidad que podía ser exigida en función del tipo de asunto que tratara la acción judicial. Lo mismo ocurrió con el Derecho canónico ancestral, en la que la exigencia no operaba de forma general, pero sí para algún tipo de decisiones⁶²². No obstante, en la conclusión de su trabajo, precisa –Díaz Sampedro– que si bien en otros períodos de la historia existieron expresiones de esa exigencia, este quedó garantizado en las constituciones del Estado contemporáneo, cuyo advenimiento supuso la consagración de una conciencia colectiva social e intelectual por mejorar las Ciencias Jurídicas; ello se ha producido así, dado que en un sistema liberal se desarrollaron de forma más palpable las garantías procesales a modo de evitar que el Estado ejerciera con autoritarismo sus poderes sin tratar de razonar cómo se producía su reclamada actuación⁶²³.

Ante el panorama descrito en el párrafo precedente, puede afirmarse que el deber de motivar, tal cual es concebido en la actualidad, es la consecuencia de la evolución histórica de las sociedades, que han tenido en los tribunales contemporáneos los instrumentos palpables para exigir que sean respetados sus derechos y, de manera concreta, tienen en las motivaciones que quedan

⁶²² Díaz Sampedro, Braulio, “La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica”, *Foro, Nueva época*, núm. 5, 2007, pp. 61 y 62.

⁶²³ *Ibidem*, pp. 84 y 85.

plasmadas en sus fallos una ventana de transparencia para evitar la arbitrariedad en las decisiones que emiten.

En la práctica, la afortunada tendencia a exigir la racionalización de los fallos jurisdiccionales en el Estado constitucional de Derecho ha desembocado en la necesidad de jueces técnicos y con mayor preparación, que sean capaces de aportar discursos argumentativos que razonablemente justifiquen sus actuaciones, en especial los fallos que emiten.

Realizada la introducción al tema, conviene hacer relación de cómo definir el concepto que da título a este subinciso. Al respecto, se evoca a Taruffo, quien, enarbolando una posición crítica, sostiene que el concepto de motivación suele aparecer ampliamente indeterminado, siendo tratado frecuentemente como algo que tiene un contenido “móvil”, en tanto que, con escasas variaciones de lenguaje, es común que se refiera que motivar es expresar los “motivos” o las “razones del decidir” o del “*iter* lógico seguido por el juez para llegar a la decisión”⁶²⁴, lo cual le sabe a moverse en el restringido campo de la tautología y de la indeterminación, lo que, lejos de definir, reenvían al receptor de la definición al plano de las nociones intuitivas propias de quienes manejan conceptos indeterminados que son

⁶²⁴ A guisa de ejemplo de los lugares comunes referidos por Taruffo, se evoca que Gómez Lara asume que la motivación alude a la “obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución”. El autor en referencia indica que esa obligación concierne a toda autoridad pública al emitir resoluciones y resalta que, para el caso de los actos de decisión de los órganos jurisdiccionales, esa necesidad de motivar se “redobla o acentúa” en las sentencias, en tanto constituyen la disposición más importante que se emite en un proceso jurisdiccional, por ser dictada en la fase final para resolver la controversia. Véase: Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, p. 332. Por su parte, Murillo Villar se refiere a la motivación de la sentencia, en cuanto constituye un “acto importantísimo y culmen de la actividad jurisdiccional”, por la que se justifica el fallo a tomar y se “expresa las razones que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta para decidir en el sentido en que lo haya hecho”. Véase: Murillo Villar, Alfonso, *op. cit.*, p. 11. Ovalle Favela sostiene que el deber de motivar las sentencias consiste en la exigencia para el juzgador, en cuanto a “precisar los hechos en que funde su decisión, con base en las pruebas practicadas en el proceso”; agrega que la motivación supone la necesidad de que sean analizados y valorados los medios de prueba diligenciados en el proceso, ya que, basándose en esa labor –en el análisis y valoración efectuadas–, se determinarán los hechos en que se funda la decisión a tomar; además, motivar implica la indicación de las disposiciones normativas en las cuales la funda y exposición de las razones por las cuales se consideró aplicables esa preceptiva. *Cfr.*: Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 207.

patrimonio del conocimiento común⁶²⁵. El carácter de “movilidad” de la noción de motivación se pone mayormente de manifiesto cuando en la doctrina se plantea la necesidad de establecer “lo que, en la sentencia, está cubierto por el ‘*iducatum*’ – o sentido de la decisión asumida en el fallo–, designándose, por exclusión, que motivación es “aquello que no pasa a través del *iudicatum*”⁶²⁶. Esto puede comprenderse bien con la conocida consideración de Calamandrei, en cuanto a que “la motivación no es el fiel resultado lógico-psicológico del proceso que ha llevado al juez a la decisión, sino más bien la apología que el juez elabora *a posteriori* de la decisión misma”⁶²⁷. Según Taruffo, el aporte de Calamandrei ha sido incomprendido en el ámbito jurisprudencial como en la doctrina; sin embargo, presenta utilidad al servir de sustento para descartar las definiciones de tipo tautológico.

Aunado a lo anterior, Taruffo sostiene la inexistencia de una definición unívoca y exhaustiva de la definición de motivación, pues esta solo podría ser el resultado de la suma de las características captadas por medio de todos los diferentes enfoques posibles. Así las cosas, es preferible reconocer la posibilidad de que sean aportadas varias definiciones sobre la motivación en correlación de las variadas perspectivas bajo las cuales esta pudiera ser estudiada, verbigracia: (a) **como discurso** –en tanto conjunto de proposiciones vinculadas entre sí e insertadas en un mismo contexto que es identificable de manera autónoma–, el cual se caracteriza por: (a.i) ser “finito”, dado que también es finito el número de las proposiciones que lo componen y, en consecuencia, son identificables los límites materiales de su extensión; (a.ii) el discurso de una sentencia está determinada por el hecho de tener una estructura cerrada, en tanto su contenido debe atender a los lineamientos establecidos en la normativa procesal aplicable; y (b) **como conjunto ordenado de proposiciones**, entendiendo la proposición

⁶²⁵ Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 6.

⁶²⁶ *Loc. cit.*

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 7.

como el conjunto de entidades lingüísticas que expresa un “juicio” sobre una cosa, un estado de cosas, una persona o, en general, un objeto material o inmaterial. O sea que toda motivación se manifestaría como enunciado, aserción, afirmación, juicio, etc⁶²⁸. Al apostar por una concepción en la que interactúan los enfoques analítico y estructural, la visión de Taruffo implica entender la sentencia como “un conjunto ordenado de proposiciones” o, bien, “como un contexto estructurado” en razón de la función desempeñada por el discurso⁶²⁹.

Según Andrés Ibáñez, desde hace mucho tiempo ha sido costumbre hablar de la necesidad de motivación de las sentencias, en términos que sugieren con claridad la exigencia de un discurso justificativo; esto –como refirió Aarnio– es consecuencia no solo de exigir que las decisiones estén dotadas de autoridad, sino también de razones⁶³⁰. Coincidiendo con Taruffo, el iusfilósofo español indica que es un lugar común identificar a la motivación con el *iter* lógico, incluso psicológico de cómo se asumió una decisión; sin embargo, a su juicio, ello es erróneo, porque “en él se produce una confusión de dos planos, el de la decisión y el de su justificación” y porque en cada uno de esos planos ha de operarse con criterios metodológicos de distinta naturaleza, dado que el proceso decisional es de carácter heurístico, lo que hace que quien lo protagoniza no lo pueda expresar al exterior con fidelidad; por ello, lo que debe hacer el juez no es describir o transcribir el proceso decisional, sino que “justificar con rigor y honestidad intelectual la corrección de la decisión adoptada. Es preciso acreditar que la decisión no es arbitraria sino que se funda en razones objetivables, esto es, susceptibles de verbalización, y dignas de ser tenidas por intersubjetivamente válidas”⁶³¹. En esa medida, motivar conlleva explicar con un porqué fundado y razonable que se ha tomado la decisión de acoger o rechazar una pretensión.

⁶²⁸ Para mayor abundamiento sobre esos dos enfoques, véase: *Ibidem*, pp. 17 a 21.

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 21.

⁶³⁰ Andrés Ibáñez, Perfecto, “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia”, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 34

⁶³¹ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

Andrés Ibáñez también nos remite a un abordaje muy particular de justificación, del que se hizo relación cuando se trató lo atinente a los esfuerzos por construir una teoría de la argumentación –numeral 4.1.1 del capítulo II–; esto es, lo concerniente a los postulados de Wróblewski en cuanto a la justificación de las decisiones jurídicas. En estos, el iusfilósofo polaco sostiene que efectuar justificaciones constituye una parte del discurso jurídico o cualquier “razonamiento verbalizado conectado con problemas jurídicos que, en nuestra cultura jurídica, se espera sean tratados de una manera racional”⁶³², equivaliendo lo racional a lo que “es justificable mediante una argumentación apropiada”⁶³³.

Para Wróblewski, la exigencia de justificación conlleva que las decisiones en cuestión no sean evidentes ni arbitrarias. Ese concepto –el de justificación– está relacionado con el de racionalidad, teniéndose por “racional” aquella proposición, norma o valoración justificable mediante una argumentación apropiada. Este tema tiene dos aristas, a saber: la racionalidad interna, que se produce cuando la decisión es inferida apropiadamente de sus premisas; en cambio, cuando se hace referencia a que tales premisas son aceptadas correctamente, se alude a la racionalidad externa de la decisión⁶³⁴. Ello está relacionado, a la vez, con la posibilidad de que se presenten cuatro tipos de justificaciones relevantes; las primeras dos son la consecuencia entre la necesidad de racionalidad interna y externa; y las otras dos, con la oposición entre la lógica formal y no formal⁶³⁵.

⁶³² Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho...*, *cit.*, p. 45.

⁶³³ *Ibidem*, p. 46.

⁶³⁴ *Loc. cit.*

⁶³⁵ Este punto fue abordado en el inciso 4.1.1 del capítulo II, cuyo contenido se transcribe:

...la **justificación interna** está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica; así, esta estaría justificada si es inferida de sus premisas, según las reglas de inferencia aceptadas –ejemplo sería la justificación de tipo silogística–. De esa forma, es condición de la justificación la existencia de una regla con la cual poder verificar la racionalidad interna de la decisión. Por su parte, la **justificación externa** se produce cuando las premisas son calificadas como buenas, de acuerdo a los estándares utilizados por quien realiza la calificación respectiva. Así una decisión podría presentar justificación interna, pero no externa si las valoraciones utilizadas por el que toma la decisión son rechazadas por el agente encargado del análisis de la decisión. Por otro lado, la **justificación formal** es la que se verifica con el auxilio de alguna lógica formal –del tipo que sea–, en el entendido que, en efecto, existe una para tal tarea verificadora. Para ese efecto “adecuación” significa que hay un cálculo lógico formal, cuyos teoremas pueden ser interpretados por las expresiones lingüísticas usadas por quien toma la decisión. La **justificación no formal** es opuesta a la anterior, ya que no está determinada por cálculos lógico formales

Destaca Wróblewski que el problema de la justificación externa es más complicado que el de la interna, pues aquella tiene que ver con las premisas de la decisión jurídica, las cuales están construidas por proposiciones, directivas y valores. Más que todo, la complicación estriba en determinar si esas premisas han sido aceptadas correcta o equivocadamente. A su juicio, en tanto que las decisiones jurídicas dependen de valores y directivas, su racionalidad está ligada a su justificación⁶³⁶. En suma, el autor llama a tener en cuenta “[q]ue las razones de la decisión jurídica, que dependen de valores y directivas, sean buenas o malas, eso es objeto de persuasión mediante una argumentación apropiada”⁶³⁷.

En su abordaje sobre la motivación de las sentencias, el profesor Igartua Salaverría sostiene que en el mundo que toca ahora vivir se ha entronizado la necesidad de justificar racionalmente cualquier decisión judicial, suponiendo el afortunado “entierro de creencias en iluminaciones privadas y el destierro de aquellas prácticas canonizadas por el autoritario *sic volo sic iubeo* (el equivalente de nuestro vernáculo ordeno y mando)”⁶³⁸. Añade que, como seña de identidad, se ha elevado, a nivel de principio general de Derecho, la obligación de motivar las decisiones judiciales, lo que quiere decir que “la jurisdicción lleva aneja la motivación”⁶³⁹.

En cuanto a la posibilidad de definir el término motivación, el profesor relacionado expresa que no pasaría de un “insípido prelude” si sus esfuerzos los centrara en censar todos los usos variados del vocablo motivación; no obstante, haciendo acopio de estos, refiere que, de forma acrítica y mayoritaria, por un lado, se le utiliza para hacer referencia al *iter* mental del juez conducente a la decisión; y, por otro, algunos –los realistas americanos y sus epígonos– suscriben a la “ocurrencia

aplicables para la toma de decisiones jurídicas. En ese contexto, este tipo de justificación estaría relacionada con formulaciones teóricas de la argumentación jurídica, tal como la tónica de Viehweg o la retórica de Perelman.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁶³⁷ *Ibidem*, p. 66.

⁶³⁸ Igartua Salaverría, Juan, “La motivación de las sentencias”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, p. 143.

⁶³⁹ *Loc. cit.*

opuesta”, o sea: que los jueces llegan a sus decisiones mediante corazonadas, intereses o simpatías y que la motivación solo sirve para enmascarar y racionalizar “los resortes reales que gobiernan su actividad judicante”⁶⁴⁰. A su juicio –del autor que se comenta–, ambas posturas antagónicas son deudoras del mismo vicio, dejando maltrecha a la motivación, infravalorándola. Ese error compartido deriva de la fusión y confusión de dos asuntos netamente distintos: la decisión y la motivación; según su criterio, la decisión se vincula más a la idea de descubrimiento, en tanto que la motivación a la de justificación. Ubicándose en el espacio de este último concepto, refiere que cuando se trata de motivar no importa tanto como se ha llegado a la decisión, sino como se justifica⁶⁴¹.

Con relación al reconocimiento constitucional de la motivación como principio, indica el profesor Igartua Salaverría que, con las únicas excepciones producidas en la Constitución francesa de 1795 y la belga de 1835, ese es un fenómeno relativamente reciente, ya que, más que todo, fue después de la Segunda Guerra Mundial que comenzó a insertarse el principio, como parte del sistema de garantías de las constituciones democráticas⁶⁴². Ese extremo ha posibilitado que en la jurisdicción constitucional frecuentemente se planteen denuncias de lesión constitucional cuestionando que la falta de motivación o que esta se ha desarrollado de manera indebida. También ha dado lugar a que se hayan emitido fallos con los que se han desarrollado los alcances del concepto, de acuerdo con la visión del tribunal.

Como ejemplo de lo antes dicho, se evoca al TCE, el cual se ha pronunciado con relación a la motivación en los siguientes términos:

Ante todo, es preciso señalar que el deber de motivar las resoluciones judiciales no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 144.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 146.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 149.

determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, sino que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en Derecho de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso, en atención a la finalidad que con la motivación ha de lograrse, y que queda confiado al órgano jurisdiccional competente⁶⁴³.

Debe hacerse notar que el contenido del fallo transcrito da cuenta de una inclinación a la concepción psicologista de la motivación, según la cual esta implicaría la descripción del proceso mental que siguió el juzgador para tomar la decisión, la cual sería válida en tanto sea producto de la descripción de un proceso mental lógico y jurídicamente correcto. A juicio de Igartua Salaverría, esa inclinación supone una visión cegada del concepto⁶⁴⁴.

Tiempo después, el tribunal relacionado tuvo la oportunidad de manifestarse sobre la motivación como derecho fundamental de las partes intervinientes en el proceso –lo que se había abordado también en las sentencias 13/1987 y 56/1987, entre otras–, apartándose de la inclinación psicologista ocasionadora de críticas. Concretamente se indicó:

Según esta doctrina, la obligación de motivar las Sentencias que el art. 120.3 de la Constitución impone a los órganos jurisdiccionales, puesta en conexión con el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24.1 de la propia Constitución –entendido como derecho a una resolución jurídicamente fundada– conduce a integrar en el contenido de esta garantía constitucional el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales y, por tanto, el enlace de las mismas con la ley y el sistema general de fuentes de la cual son aplicación. La motivación de las Sentencias es, por consiguiente, una consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la Ley y el derecho constitucional del justiciable a exigirla encuentra su fundamento, por otro lado coincidente con el

⁶⁴³ Fragmento de la STCE 100/1987, de 12 de junio. Disponible en la página electrónica: <https://www.boe.es/boe/dias/1987/07/09/pdfs/T00002-00004.pdf>

⁶⁴⁴ Igartua Salaverría, Juan, *op. cit.*, p 146. A juicio del autor, la visión psicologista también se pone de manifiesto en los fallos 176/1985 y 70/1990.

interés general de la comunidad, en que el conocimiento de las razones que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrastar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan y, en último término, a oponerse a decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución...⁶⁴⁵.

Los fragmentos de las sentencias transcritas dan cuenta que el tribunal, al examinar denuncias de violación constitucional dirigidos contra fallos a los que se les señaló de carecer de debida motivación, ha precisado que las partes procesales tienen derecho a una resolución judicial desprovista de arbitrariedad, lo que, conforme a la interpretación que Rodríguez Boente hace de esa jurisprudencia, puede acontecer tanto por ausencia de la motivación en sí, por su irrazonabilidad, o error en la selección de la disposición normativa aplicable o en su interpretación. Resalta que el yerro al seleccionar el enunciado⁶⁴⁶. Al concluir, la autora asume que el tribunal en mención es del criterio que “una sentencia no razonada o arbitraria equivale a una verdadera denegación de justicia”⁶⁴⁷.

Otro aspecto relevante de la motivación es que posibilita que la actuación de los juzgados se legitime frente a la población, por medio del control que puede ser ejercido, al poder conocer las razones en las que apoyo la decisión asumida y determinar la consistencia de las consideraciones efectuadas. Respecto de ese punto, el jurista alemán Hans Reichel –identificado como un representante moderado de la corriente del Derecho Libre–, citado por Ovalle Favela, expresó ya a principios del siglo pasado: “Los fundamentos de la resolución judicial tienen por objeto no sólo convencer a las partes, sino más bien fiscalizar al juez con respecto

⁶⁴⁵ Fragmento de la STCE 14/1991, de 12 de junio. Disponible en la página electrónica: <https://www.boe.es/boe/dias/1991/02/25/pdfs/T00012-00013.pdf>. Igartua Salaverría refiere que son sentencias en las que “bríosamente” se ha abordado la motivación las siguientes: 61/1983, 5/1986, 55/1987, 56/1987 y 14/1991. Para mayor abundamiento, véase: Igartua Salaverría, Juan, *op. cit.*, p 153.

⁶⁴⁶ Rodríguez Boente, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003, pp. 239 y 240.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 240.

a su fidelidad legal, impidiendo sentencias inspiradas en una vaga equidad o en el capricho”⁶⁴⁸. En esa línea, se pronuncia Tomás-Ramón Fernández, citado por Atienza, al referir: “Comprobar la consistencia de las razones dadas por el órgano o autoridad que ejercita un poder discrecional es el único control posible de las decisiones adoptadas en el círculo de lo discrecional”⁶⁴⁹. Igualmente, la sentencia 55/1987 del TCE indica que: “La Constitución requiere que el Juez motive sus Sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional”⁶⁵⁰.

Ahora bien, determinadas las bondades de la motivación, el dilema radica en determinar cuándo puede considerarse cumplida la exigencia de motivación, ya que la sola prescripción de que una sentencia debe ser motivada, de por sí, adolece de la claridad precisa para establecer cuándo aquella está ausente o concurre algún vicio en las consideraciones, tal como la contradicción o insuficiencia. Este último punto invita a reflexionar sobre la extensión adecuada de la motivación; sobre esto en la sentencia 14/1991 del TCE se expresó:

[E]se derecho a la motivación de las sentencias ha sido matizado por la misma doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener de la cuestiones que se decide, sino que debe considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; no existiendo, por tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial⁶⁵¹.

Sin ánimos de exhaustividad en cómo lograr el cumplimiento de la exigencia que se comenta, se evoca a Atienza, quien refiere que “la motivación judicial ‘ideal’ es

⁶⁴⁸ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 208. La referencia bibliográfica aportada por Ovalle Favela es la siguiente: “Hans Reichel. *La ley y la sentencia* (1914), trad. de Emilio Miñada Villagrasa, Reus, Madrid, 1921, p. 9”.

⁶⁴⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 538.

⁶⁵⁰ Fragmento de la STCE 55/1987, de 13 de mayo. Disponible en la página electrónica: <https://www.boe.es/boe/dias/1987/06/05/pdfs/T00010-00012.pdf>.

⁶⁵¹ STCE 14/1991, de 12 de junio. Disponible en la página electrónica: <https://www.boe.es/boe/dias/1991/02/25/pdfs/T00012-00013.pdf>.

alcanzada cuando se obren buenas razones organizadas en forma adecuada para que sea posible la persuasión⁶⁵². En ese sentido, se concluye que la buena motivación es la que es contentiva de buenas razones respecto de la decisión asumida.

Para concluir este subtema, ha de indicarse que la exigencia de que los juzgadores expongan las razones de la decisión que asumen es un elemento que hace parte del derecho a la justicia o a la debida tutela judicial, pudiendo también concebirse como un claro límite a la actividad jurisdiccional. No posibilitar que se conozcan los motivos de una decisión jurisdiccional torna nugatorio ese derecho fundamental e, incluso, deslegitima la función jurisdiccional. En la emisión de fallos constitucionales deviene sumamente relevante el cumplimiento de esa exigencia, la que no puede ser soslayada bajo ninguna circunstancia. Con mayor razón se advierte esa necesidad cuando se ha optado por la emisión de sentencias no tradicionales, dado que su respaldo dependerá de la consistencia de la motivación sobre el porqué de la opción. Para el caso de los pronunciamientos interpretativos, esa relevancia es superlativa, dado que al juzgador le es exigido “argumentar el paso de la disposición a la norma jurídica, en definitiva, se le impone la obligación de expresar en la decisión el razonamiento interpretativo llevado a cabo para determinar el significado otorgado a la disposición o disposiciones utilizadas⁶⁵³”.

4.3 La exhaustividad

El último requisito esencial por abordar es percibido, muchas veces, como manifestación de la necesidad de congruencia de los fallos jurisdiccionales, por

⁶⁵² Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 136. Para no dejar halo de duda respecto de la propuesta, ha de entenderse que la connotación adecuada del término *razones* sería la que aporta Dewey, correspondiente a “las consideraciones que han pesado a la hora de alcanzar la conclusión...”. Esta aparece en un fragmento transcrito por Atienza en el trabajo relacionado –p. 118–.

⁶⁵³ Ezquiaga Ganuzas, Franciso Javier, *Las motivaciones de las decisiones interpretativas electorales*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012, p. 79.

ello se suele hacer referencia a “incongruencia omisiva o fallo corto”⁶⁵⁴; sin embargo, pese a su innegable interrelación, el autor del presente trabajo estima que se trata de una exigencia con contenidos propios. Esa aseveración se realiza pues si se dejare de resolver sobre algún punto litigioso, no siendo exhaustivo, más que contrariar la necesaria congruencia, se incurre en una actuación omisiva o incompleta, en tanto no son respondidos todos los puntos relativos a la controversia, lo cual es diferente a la distorsión o alteración de esos puntos.

Es dable indicar que la exhaustividad también es concebida como parte de lo que podría considerarse una buena motivación; de hecho, Taruffo hace referencia a la “completitud” como principio de esta, aduciendo que, sin soslayar la necesidad de brevedad y claridad en los pronunciamientos jurisdiccionales –lo que implica reducir al mínimo los elementos superfluos y las argumentaciones no necesarias–, para tener por “completa” la motivación, esta debe ofrecer una justificación adecuada respecto de la interpretación, verificación de los hechos, calificación jurídica del supuesto de hecho y de las consecuencias jurídicas que se desprenden de la decisión⁶⁵⁵. A juicio del tesista, la interrelación de ambas exigencias es irrefutable; no obstante, se es del criterio que requerir el agotamiento de todos los puntos de la controversia atañe más a una cuestión de exhaustividad que a motivación.

El profesor Gómez Lara es de la idea que “una sentencia es exhaustiva en cuanto haya tratado todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna”⁶⁵⁶. Ello implica que el juzgador, al emitir su fallo, (a) debe agotar todos los puntos aducidos por las partes procesales; y (b) pronunciarse sobre cada una de las pruebas aportadas. Por tal razón, la decisión jurisdiccional no gozará de la indicada característica si dejare de referirse a algún

⁶⁵⁴ Según Jorge Malem Seña, citado por Atienza, esto “se produce cuando se omite dar una respuesta motivada a algunas de las cuestiones jurídicas planteadas por las partes”. Véase: Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 149.

⁶⁵⁵ Cfr.: Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 381 a 383.

⁶⁵⁶ Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, p. 332.

punto, argumentación o prueba⁶⁵⁷. Omitir dar respuesta a cada uno de los aspectos sobre los cuales gira la controversia puede, incluso, traducirse en una manifestación de denegación de justicia, si no existiera la posibilidad de superar esa grave falencia.

Según Blanco López, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, en su artículo 218.1, hace referencia al deber de resolver exhaustivamente cuando preceptúa que en la sentencia deben ser decididos “todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate”; no obstante –añade–, el Tribunal Constitucional no ha abordado esa exigencia desligándola de la congruencia, sino como parte de esta, dado que, cuando ha estimado que un fallo no ha sido exhaustivo, se ha pronunciado en el sentido que ello comporta incongruencia por defecto u omisión –ello puede constatarse en el fragmento transcrito de la sentencia 33/2001, que quedó contenido en el inciso 4.1 de este capítulo–; también refiere que esa falencia ha significado que se estime vulnerado el derecho a una tutela judicial efectiva, pues “el silencio judicial supondría la negación del derecho a obtener una sentencia fundada en derecho sobre las pretensiones sobre las cuestiones planteadas en la demanda”⁶⁵⁸.

Se concluye, entonces, que dar respuestas a todos los puntos hechos valer por las partes procesales constituye un requisito de ineludible cumplimiento en la emisión de resoluciones jurisdiccionales, en aras de hacer realidad el derecho a la justicia, cuya necesidad de protección motiva a los sujetos a instar la actividad tribunalicia.

⁶⁵⁷ *Loc. cit.*

⁶⁵⁸ Blanco López, Jorge, *et al.*, *El proceso civil. Parte general, el juicio verbal y el juicio ordinario*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 275. En razón del contenido del enunciado normativo que cita, en la misma página el autor relacionado agrega como requisitos sustanciales de una sentencia la claridad y precisión, refiriéndose a estos en los siguientes términos:

Claridad. Claridad significa fácil comprensión, de modo que de la mera lectura de la sentencia se deduzca de inmediato lo resuelto, sin necesidad de deducciones mentales, evitando pronunciamientos contradictorios que produzcan confusión o duda sobre su contenido. **Precisión.** Este requisito puede considerarse como una manifestación del anterior, y significa que la sentencia ha de limitarse a examinar y resolver la problemática debatida. Valiéndose sólo de razonamientos relevantes, huyendo de alusiones y referencias a cuestiones que nada tienen que ver con el objeto de debate. La precisión incide de manea especial en el fallo de la sentencia, en tanto que debe ser claro y determinante, sin dejar dudas sobre su contenido, de modo que la ejecución, en su caso, pueda llevarse a cabo sin necesidad de resolver cuestiones que debieran quedar resueltas en la sentencia.

4.4 Reflexiones sobre la aplicabilidad de los requisitos esenciales o sustanciales en las sentencias constitucionales

Desde el primer capítulo de este trabajo –aunque se ha enfatizado más en el segundo– se ha insistido en la necesidad de que las decisiones jurisdiccionales se apoyen en razones consistentes, lo cual se reitera enfáticamente en este segmento. Los requisitos internos, esenciales o sustanciales que han sido abordados precedentemente se complementan entre sí en aras de alcanzar esas razones, ya que no podría aceptarse como buen discurso argumentativo el que presenta incongruencias entre sus distintas partes, el que contiene una motivación indebida, espuria o falaz, así también el que no agota las respuestas que deben ser proferidas, en atención a los puntos sometidos al escrutinio del tribunal.

Sabido es que el buen discurso argumentativo no solo depende de los elementos relacionados, pues, como sostiene Atienza, hay otros factores no necesariamente técnicos que determinan su calidad, tal el caso de la ética, la moderación, la independencia y la imparcialidad. Evocando las tres tareas que se solían adjudicar al orador de la Roma antigua –en la que se concebía como el hombre bueno experto en hablar bien–, al abordar lo concerniente a la buena argumentación, el referido iusfilósofo español sostiene que en esta deben interrelacionarse elementos racionales, emocionales y éticos, necesarios para que tenga lugar la persuasión⁶⁵⁹. Pues bien, la exigencia de congruencia, motivación y exhaustividad hacen parte de los factores técnicos del buen discurso.

⁶⁵⁹ Textualmente, el autor expresa:

La interrelación entre elementos racionales, emocionales y éticos, necesaria para que tenga lugar la persuasión, está también presente en las tres tareas que se solían adjudicar al orador: enseñar, deleitar y conmover. Cada una de ellas, además, aparecía asociada a un determinado estilo oratorio: enseñar supone probar que es verdadero o correcto lo que se defiende y requiere de un estilo sencillo; deleitar implica ganarse la voluntad de quienes escuchan, para lo que es adecuado el estilo moderado; y para conmover, esto es, para excitar los sentimientos y mover a la acción, lo que se requiere es el estilo vehemente. [Más adelante agrega:] seguramente todas las reglas que es posible establecer para argumentar bien (en sentido técnico y ético) pueden condensarse en estas dos: tener en cuenta el contexto, las circunstancias en las que se desarrolla cada argumentación; y atender siempre al conjunto

La observancia de los requisitos comentados da pie a que los juzgadores legitimen su actuación y, para el caso de los órganos jurisdiccionales encargados del control constitucional, resulta también necesario el cumplimiento de esas exigencias; no podría ser de otro modo, pues es preciso que lo decidido respecto de la constitucionalidad de una disposición normativa –para el caso de las inconstitucionalidades– o cualesquiera otro acto de autoridad –en los casos de amparos y hábeas corpus– presente la congruencia, el razonamiento motivado y la exhaustividad, que la relevancia de hacer prevalecer el articulado constitucional requiere.

La posibilidad de emisión de modalidades atípicas de fallos en ocasión del ejercicio de ese control constitucional normativo tampoco autoriza que sea soslayada la necesidad de pronunciamientos congruentes, bien motivados y exhaustivos, ya que estos elementos abonan a lograr que las decisiones asumidas lleven consigo razones consistentes.

Como se indicó en líneas precedentes, los requisitos en cuestión no suelen derivar de reglas escritas, sino más bien están implícitos en mandatos de optimización de observancia incuestionable, tal el caso del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, que imponen a los juzgadores el deber de dictar resoluciones con razonamientos convincentes y que agoten dar respuestas a los puntos sometidos a discusión. Los fallos constitucionales tradicionales y atípicos posibilitan la realización práctica de aquellos mandatos, por lo que se reitera la necesidad de que estos presenten congruencia, motivación y exhaustividad.

5. Efectos de las sentencias

Lograr la emisión de una sentencia firme significa que el caso ha sido examinado

de la argumentación, pues lo que persuade no suele ser un único elemento, sino una combinación de factores.

Véase: Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 652 y 653.

por el tribunal, el cual ha emitido pronunciamiento respecto de si le asiste la razón al promotor de las actuaciones jurisdiccionales. Sin embargo, más allá de caer en lo tautológico de indicar que el efecto propio de un fallo jurisdiccional es lograr una decisión sobre el asunto sometido a discusión, en el presente apartado se tiene la intención de hacer análisis de las consecuencias concretas que derivan de su emisión.

Ciertamente, contar con una sentencia firme trae consigo, en la mayoría de los casos, la facultad de la parte vencedora de la contienda jurisdiccional de exigir la ejecución de lo decidido e, incluso, la potestad de dicha parte a cobrar los gastos y costas que le fueron ocasionadas con la promoción del proceso. El carácter firme que puede alcanzar una sentencia definitiva también permite alcanzar la autoridad de cosa juzgada.

Refiere Rosende Villar que, durante mucho tiempo, se estimó que el concepto de cosa juzgada condensaba todos los efectos posibles de una sentencia y que cualesquiera otras consecuencias jurídicas, de forma directa o indirecta, derivaban de aquella; no obstante, conforme los estudios sobre las resoluciones jurisdiccionales definitivas avanzaron, quedó demostrada la insuficiencia de esa noción para explicar esos posibles efectos⁶⁶⁰; ello se logró, en parte, por importantes aportes, como el de Leibman, que permitieron determinar que, con relación a los terceros, no podrían estimarse que los efectos que repercutían sobre estos fueran producto directo de la cosa juzgada, sino, más bien, de la eficacia misma de la sentencia emitida⁶⁶¹.

Con base en la diferenciación de los efectos de las sentencias es que Carnelutti aseveró que la cosa juzgada se presenta como una manifestación de la eficacia directa de los fallos jurisdiccionales definitivos y atañe solo a las partes que intervinieron en las actuaciones procesales, así como a las pretensiones que se

⁶⁶⁰ Rosende Villar, Cecilia, "Efectos directos y reflejos de la sentencia", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 3, 2001, p. 490.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 492.

hicieron valer –que pueden asumir diferentes modalidades, en razón de lo pretendido, que podría ser: la constitución o la declaración de una relación, o bien una condena–. Así las cosas, en la cosa juzgada radica lo que denominó la **eficacia directa** de una sentencia. En adición, el iusprocesalista también apostó por la existencia de la **eficacia refleja**, la cual concierne a quienes no tuvieron la calidad de partes procesales, pero que “tienen una conexión de interdependencia con la relación jurídica decidida, de modo que por reflejo la cosa juzgada las alcanza”⁶⁶².

Conforme lo expresado, la visión de Carnelutti implica que, además de los efectos directos –o de eficacia interpartes–, las sentencias traerían consigo consecuencias indirectas, colaterales, secundarias o reflejas –de eficacia ultrapartes–, las cuales atañen a cualesquier terceros y no presentan límites subjetivos determinados⁶⁶³. Para ejemplificar estos últimos, puede indicarse que entran dentro de esa categoría las siguientes consecuencias: (i) que lo decidido en un fallo ajeno constituye un presupuesto de solución de una nueva controversia que se somete a resolución jurisdiccional, dándose la posibilidad de invocar lo decidido en una sentencia anterior como cosa juzgada positiva o prejudicial –resolución precedente–; y (ii) que el pronunciamiento emitido resulta inejecutable frente a cualquier tercero⁶⁶⁴. Esto último es de suma importancia para entender la trascendencia y alta repercusión de los fallos constitucionales atípicos.

⁶⁶² Machado Martins, Priscila, *La cosa juzgada constitucional*, Madrid, Reus, 2017, p. 142.

⁶⁶³ Nieva Fenoll aborda desde una visión muy particular los alcances de la eficacia que conlleva la cosa juzgada. Su posición queda de manifiesto en el siguiente fragmento:

...el postulado de que la cosa juzgada tenga solamente efectos *inter partes* acaba por cuestionarse por completo si se tiene en cuenta la situación de aquellos ciudadanos a los que les es indiferente la sentencia. Reconozcamos con claridad que estos ciudadanos son la inmensa mayoría en cualquier proceso. Pues bien, si aplicáramos el principio *inter partes* resultaría que todos estos ciudadanos –que se cuentan por millones– podrían discutir el contenido de la sentencia *a posteriori* si les interesare, lo que creo que hasta el momento no ha sido defendido por nadie. Una nueva prueba de que **la cosa juzgada también se impone a aquellos que no fueron parte en el proceso, simplemente porque lo requiere la estabilidad de las resoluciones judiciales**... [el énfasis es añadido].

El autor desarrolla este tema en extenso en: Nieva Fenoll, Jordi, “La cosa juzgada: el fin de un mito”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 9 –nueva época–, 2016, pp. 130 y 131.

⁶⁶⁴ Rosende Villar, Cecilia, *op. cit.*, p. 496 y ss.

A juicio del tesista, si bien unas consecuencias pueden estimarse directas y otras reflejas, la realidad es que, en esencia, ambas derivan de la fuerza que adquiere un pronunciamiento jurisdiccional con autoridad de cosa juzgada o, si se le quiere ver así, tienen íntima vinculación con ese concepto; ello es razón suficiente para realizar un abordaje particularizado en el subinciso siguiente.

5.1 La cosa juzgada

Para comenzar, es pertinente referir que es usual encontrar trabajos que aborden ese concepto –el de cosa juzgada– como el efecto natural de las sentencias definitivas, en tanto que su definitividad implica irrefutabilidad y estabilidad. No obstante, a juicio del tesista, es más apropiado estimarlo como el estado o cualidad que alcanza todo pronunciamiento jurisdiccional con carácter definitivo; por ello, no resulta extraño encontrar apoyo doctrinario a posiciones en ese sentido⁶⁶⁵, principalmente por el hecho que también una decisión interlocutoria definitiva puede adquirir el efecto de estabilidad referido.

Es dable indicar que, a fin de dar adecuada solución a las controversias jurídicas, la función jurisdiccional precisa de un sistema de impartición de justicia que, además de ágil y rápido, sea eficaz; esto último requiere que, a partir de un momento determinado, los fallos sean inalterables y obligatorios, así como que irradien sus efectos hacia cualquier tercero. En ese orden de ideas, puede afirmarse que la eficacia de la labor tribunalicia depende, en gran medida, de la

⁶⁶⁵ En esa línea, Rivera Santiváñez sostiene que la cosa juzgada no es en rigor un efecto de la sentencia, sino que “más propiamente es una cualidad de ella; por lo mismo se materializa en la aplicación del principio nos bis in idem, es decir; en la prohibición de juzgar dos veces la misma cuestión o los mismos hechos”. Rivera Santiváñez, José Antonio, *op. cit.*, p. 587. Igualmente, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, pronunciándose respecto de las sentencias que se dictan en la jurisdicción constitucional, indican: “La cosa juzgada constitucional es el atributo, la calidad o la autoridad de definitividad o firmeza que adquieren las sentencias constitucionales; no es propiamente un efecto de la sentencia constitucional, sino una cualidad que pueden adquirir esos efectos...”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, “Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 15, 2009, p. 240.

eficacia de la cosa juzgada⁶⁶⁶. Con apoyo en lo expresado, se afirma que la cosa juzgada encuentra fundamento en el principio de seguridad jurídica, que supone la quiebra absoluta a un estado de desprotección y que impone que la discusión del tema controvertido y sometido a resolución de los tribunales tenga un momento final, lo que se alcanzaría al obtener un pronunciamiento con carácter irrevocable –calidad que solo es atribuible a las decisiones jurisdiccionales, ya que solo estos deciden con cosa juzgada– sin que exista posibilidad de revisión⁶⁶⁷.

El insigne iusprocesalista Couture postuló que la sentencia tiene como “efecto fundamental la producción de la cosa juzgada”⁶⁶⁸ y añade que, a su juicio, este es el efecto más importante y significativo de todos, pudiendo incluso referirse a esta como un efecto del proceso mismo y de la propia función jurisdiccional⁶⁶⁹. En su intento por aportar definiciones valederas sobre el término jurídico, el autor mencionado refiere que, en su acepción literal, este alude a “como un objeto ha sido motivo de un juicio”⁶⁷⁰; sin embargo, líneas adelante, expresa que la significación del concepto jurídico va más allá de la suma de los dos vocablos que lo conforman y que si bien en el Derecho Romano ya existía la idea de la “*res iudicata*”⁶⁷¹, para referirse a lo decidido o a lo que ha sido materia de decisión judicial, esta no coincide plenamente con la concepción que se tenía en los tiempos en que –Couture– escribió su obra. De esa cuenta, destacando la calidad

⁶⁶⁶ Calaza López, Sonia, “La cosa juzgada en el proceso civil y penal”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2004, núm. 24, 2004, p. 131.

⁶⁶⁷ Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro, *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco*, vol. 2, 5a. ed., Guatemala, Magna Terra Editores, 2010, pp. 361 y 362.

⁶⁶⁸ Couture, Eduardo J., *op. cit.*, p. 327.

⁶⁶⁹ *Loc. cit.*

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 400.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 401. Nieva Fenoll también hace relación de la antigüedad del concepto, indicando que los juristas romanos lo recogieron en el Digesto, precisamente con la denominación “*res iudicata*”; sin embargo, precisa que el término tuvo un uso anterior, en el Código de Hammurabi, estando regulado en “el precepto el VI, § 5”, el cual prescribía:

Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso.

Para mayor abundamiento, véase: Nieva Fenoll, Jordi, *op. cit.*, p. 115.

de atributo de la jurisdicción, aporta la siguiente definición de cosa juzgada: “es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”⁶⁷².

Con un enfoque más amplio, en tanto aborda la cosa juzgada no solo como imposibilidad de modificación de una decisión judicial, el profesor Luna Serrano concibe la cosa juzgada como una manifestación necesaria de la seguridad jurídica en las decisiones de los órganos jurisdiccionales y, en concreto, define el instituto jurídico procesal en los términos siguientes:

[E]s un vínculo que viene a significar la eficacia normativa del discernimiento judicial, la sujeción al pronunciamiento de las partes implicadas en el proceso con el que aquel termina, del juez que lo dicta y de todo juez posterior, el impedimento y la inutilidad de cualquier discusión sobre la justicia o la injusticia de lo decidido en el proceso o la consideración de ser derecho el pronunciamiento con el que acaba el mismo⁶⁷³.

En un trabajo que da cuenta de la evolución conceptual de la figura jurídica, Nieva Fenoll asume que la noción romana inspiraría la regulación de la cosa juzgada en ulteriores disposiciones normativas procesales; no obstante, precisa que un ensayo del connotado maestro Savigny, respecto del tema, permitió superar en buena medida su dogmatización. Pese al valioso aporte del insigne jurista alemán, su estudio fue objeto de lecturas incompletas que permitieron el surgimiento de las teorías procesal y material sobre la cosa juzgada y, de forma paralela, las

⁶⁷² Couture, Eduardo J., *op. cit.*, p. 401. Es importante indicar que, luego de aportar la definición citada, Couture hace referencia a dos connotaciones posibles de la cosa juzgada, a saber: (a) como autoridad, en tanto que es una calidad o inherencia, atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando adquiere carácter definitivo; y (b) como eficacia, en tanto la emisión de una sentencia firme supone inimpugnabilidad –en tanto impide todo ataque ulterior tendente a obtener la revisión del mismo asunto–, inmutabilidad –refiriéndose al carácter inmodificable de la decisión, lo que implica que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podría alterar los términos de una sentencia que adquirió el carácter de cosa juzgada– y coercibilidad –lo que consiste en la eventual posibilidad de la ejecución forzada, si se insta su obligado cumplimiento–.

⁶⁷³ Luna Serrano, Agustín, *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 208.

concepciones de cosa juzgada formal y material⁶⁷⁴; ello se explica mejor en el párrafo siguiente:

La teoría material concibió la función de la cosa juzgada como la creación o eliminación de una acción y, sin embargo, según la teoría procesal, la cosa juzgada sólo implica el vínculo del segundo juez a la primera sentencia, siendo por tanto la cosa juzgada un fenómeno exclusivamente de Derecho procesal. De un modo similar, la cosa juzgada material protege el contenido de la sentencia. Dicho de otro modo, la integridad del objeto litigioso, es decir, esa realidad material y jurídica declarada por el juez, antiguamente conceptuada como «acción». Sin embargo, la cosa juzgada formal simplemente significaría la irrevocabilidad de la sentencia en el mismo proceso, lo que obviamente es una cuestión de carácter netamente procesal o formal. La prueba definitiva del inadvertido origen de estas dos categorías en las teorías material y procesal, y su compatibilidad se demuestra cuando la doctrina actual unánimemente [sic] expresa que la cosa juzgada formal es presupuesto de la materia⁶⁷⁵.

La concepción de la doble dimensión de la cosa juzgada es aceptada en los tiempos presentes; por ello, se asume la **cosa juzgada formal** como la expresión que define “la imposibilidad de alterar, por vía de recurso el contenido de una resolución judicial firme e irrevocable”⁶⁷⁶, o sea que destaca el logro de contar con una decisión respecto de la cual ya no es viable impugnación alguna. Por su parte, la **cosa juzgada material** atañe a “la imposibilidad de enjuiciar, por vía de un nuevo proceso, un asunto que ya ha sido objeto de resolución judicial firme e

⁶⁷⁴ Nieva Fenoll, Jordi, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 118. Según Montero Aroca y Chacón Corado, la cosa juzgada puede ser concebida de dos modos, a saber:

- a) En el primer sentido se toma en cuenta un estado jurídico en sí mismo, sin atender a nada fuera de él, y así se dice que respecto de una determinada cuestión existe cosa juzgada. b) En el segundo sentido, el dinámico, la cosa juzgada se refiere al efecto que produce una resolución judicial sobre un proceso que se inicia con posterioridad, lo que comporta la comparación entre los objetos de dos procesos diferentes, aquél en el que se formó la cosa juzgada y aquél otro en el que debe incidir; en este segundo sentido el efecto de la cosa juzgada suele referirse a la sentencia final.

Para mayor abundamiento, véase: Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro, *op. cit.*, p. 362.

⁶⁷⁶ Calaza López, Sonia, *op. cit.*, p. 133.

irrevocable⁶⁷⁷; esta noción tiende a proteger el contenido de la sentencia u objeto litigioso; es decir, la realidad material y jurídica declarada por el juzgador; además, presupone la existencia de cosa juzgada formal⁶⁷⁸.

La posibilidad de oponer la existencia de una decisión jurisdiccional que haya adquirido la autoridad y eficacia que la cosa juzgada otorga requiere el cumplimiento de ciertos requisitos –entendidos en la doctrina como límites–, los cuales están relacionados con identidades que deben presentarse en la nueva controversia, respecto de la ya resuelta. Este punto lo aborda Montero Aroca y Chacón Corado, al expresar lo siguiente:

La vinculación en que se resuelve la cosa juzgada formada en un proceso con relación a otro proceso posterior es obvio que ha de requerir una serie de identidades entre los dos. La cosa juzgada sólo podrá oponerse en el segundo proceso cuando la pretensión ejercitada en ese sea la misma que se resolvió en el primero. Estamos así diciendo que los límites de la cosa juzgada han de referirse a la pretensión y a sus elementos identificadores. Cabría así efectuar una remisión a los elementos identificadores de la pretensión, esto es, a sus elementos subjetivos (las partes) y a sus elementos objetivos (causa de pedir y petición)...⁶⁷⁹.

A propósito de los límites ante la posibilidad de oponer la existencia de un pronunciamiento que haya causado cosa juzgada, Nieva Fenoll advierte también la necesidad de establecer delimitaciones temporales razonables, pues estima anormal que alguien tenga abierta la posibilidad de reivindicar derechos –de

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 137. Líneas adelante, cuando se refiere al “efecto negativo o excluyente” de la cosa juzgada material, la autora señala que la noción “responde al clásico principio del non bis in idem”, en tanto implica la imposibilidad de entablar un nuevo proceso entre las mismas partes en relación con un objeto idéntico de aquel y respecto del cual ya se ha emitido una resolución judicial firme. Este efecto complementa al positivo, relativo a la vinculación que produce el fallo en el sentido de imposibilitar que, mediante proceso posterior, se conozca nuevamente el asunto.

⁶⁷⁸ Nieva Fenoll, Jordi, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁷⁹ Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro, *op. cit.*, p. 375. Además, se sugiere tener presente que, respecto del tema de los límites de la cosa juzgada o requisitos de existencia, el artículo 155 de la LOJ preceptúa lo siguiente: “Hay cosa juzgada cuando la sentencia es ejecutoriada, siempre que haya identidad de personas. cosas. pretensión y causa o razón de pedir”.

dominio, por ejemplo– remontándose a sentencias antañonas –de varios siglos atrás–, proferidas en circunstancias por completo distintas a las actuales. El jurista indica que comparte esa necesidad para que se estudie la problemática, pero no fija posición concreta al respecto⁶⁸⁰. Sobre ese particular, el tesista asume que, en efecto, el tema es controvertido; no obstante, una vez que exista una resolución definitiva emitida por órgano jurisdiccional legitimado, la eficacia de lo decidido puede hacerse valer en cualquier momento de la posteridad.

Por último, vale traer a cuenta que si bien la cosa juzgada resulta un efecto fundamental de las sentencias definitivas y que la actuación tribunalicia se desarrolla en aras de que lo resuelto alcance ese atributo, los fallos jurisdiccionales que logran ese nivel de estabilidad no son completamente inmutables, dado que si derivaran de actuaciones respecto de las cuales se determina que están infestadas de vicios o fraudes procesales, podrían dar lugar, excepcionalmente, a una declaratoria en ese sentido, cuando existiere una vía para lograr un pronunciamiento tal. El concepto de cosa juzgada fraudulenta ha tenido desarrollo en la doctrina desde hace varias décadas atrás e incluso ha sido abordada legalmente, tal como sucede en el caso de Perú, donde el artículo 178 del Código Procesal Civil regula esa posibilidad; no obstante, es dable resaltar que ese concepto adquirió gran relevancia práctica en el espacio americano cuando la Corte IDH lo utilizara para referirse a los fallos que derivan de graves irregularidades dentro de los procesos judiciales. Ello aconteció por primera vez en la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2004 en el caso Carpio Nicolle y otros contra Guatemala, en la que, al respecto, se indicó:

125. Está demostrado que la obstrucción sistemática a la administración de justicia y al debido proceso ha impedido identificar, juzgar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la ejecución de los señores Carpio Nicolle, Villacorta Fajardo, Ávila Guzmán y Rivas González, así como de las lesiones graves de Sydney Shaw Díaz, y ha generado en las varias víctimas del caso sentimientos de

⁶⁸⁰ Nieva Fenoll, Jordi, *op. cit.*, p. 132 y 133.

inseguridad, impotencia y angustia (supra párrs. 76.23 a 76.65, 118 d) y e)). [...]

131. El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada “**cosa juzgada fraudulenta**” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.

132. Ha quedado plenamente demostrado (supra párr. 76.23 a 76.61) que el juicio del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvo contaminado por tales graves vicios. Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana...⁶⁸¹ [el énfasis es añadido].

En este apartado se ha tenido la intención de hacer un abordaje, en términos generales, respecto de los efectos que derivan de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales. En función de los fines del presente trabajo de tesis, se asume que ese resultaría incompleto y, a la vez, ocioso si no se hiciera relación en específico de las consecuencias que derivan de los fallos dictados en las garantías constitucionales y, en particular, cuando es realizado el control constitucional normativo en abstracto. Esto último se desarrollará en el subinciso siguiente.

5.2 Los efectos de las sentencias constitucionales

Especial detenimiento merece lo relativo a los efectos que conlleva la emisión de sentencias emitidas en ejercicio del control constitucional, las que, como se ha venido refiriendo, resuelven controversias de singulares matices y tienen la trascendencia de ser instrumentos de actualización del texto fundamental.

En virtud de las variedades de garantías constitucionales y, de manera concomitante, de los correspondientes pronunciamientos, es obligado indicar que

⁶⁸¹ La sentencia comentada puede ser encontrada en la página http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf

no resulta técnicamente correcto referirse sobre los efectos que conllevan esas sentencias, de manera global, pasando por alto que cada una comporta consecuencias distintas.

5.2.1 Los efectos de las sentencias en el control constitucional de actos de autoridad no normativos

Puede afirmarse que las disposiciones jurisdiccionales que resuelven garantías constitucionales instadas para proteger derechos fundamentales en situaciones particulares, como sucede en el amparo o el hábeas corpus, difieren en sus efectos frente a las que resuelven las promovidas para propiciar el control constitucional normativo. Es más, incluso lo que resulta de la estimativa de un planteamiento de las segunda de las garantías procesales en mención –regulada como exhibición personal en Guatemala– difiere de lo que se dispone al acoger una solicitud de protección que el amparo conlleva, pues el primer mecanismo comporta el efecto de dotar protección respecto a dos derechos fundamentales –a saber: la libertad y la integridad personal– y de estimarse la pretensión, se ordenaría que cese la privación ilegal de libertad o los vejámenes infligidos, atribuyendo responsabilidad a quienes hubieren causado esos atropellos.

El amparo, en cambio, protege con relación a la gran mayoría de derechos –los referidos anteriormente quedarían excluidos– y conlleva como efecto la restauración del goce los derechos que se han estimado violados o, si el mecanismo de control constitucional ha sido promovido contra una supuesta amenaza, conllevaría prevenir que se concrete el riesgo advertido⁶⁸². Además, de

⁶⁸² Es pertinente indicar que el artículo 99 de la LAEPC es muy lacónico al abordar lo atinente a la resolución de la exhibición personal y no detalla los efectos que pueden disponerse. Véase: “En la audiencia de la exhibición se levantará acta en la que se asentarán todas las incidencias que en ella ocurran. Seguidamente se emitirá resolución declarando la procedencia o improcedencia de la exhibición”. No obstante, ese enunciado normativo puede complementarse con lo dispuesto en los artículos 107 de la misma ley, que prescribe:

Comprobados los hechos que dieron lugar a la solicitud de exhibición, el mismo tribunal, o en su caso el ejecutor, hará lo posible por agotar la pesquisa a fin de averiguar quiénes son los directamente

una decisión estimatoria de un amparo derivará una consecuente orden de reponer el estado de cosas al momento anterior en que se produjo el acto de autoridad declarado inconstitucional o, para el caso de una acción preventiva, se dispondrán órdenes con el propósito de que no alcance concreción la amenaza advertida. Los efectos indicados no son excluyentes de otros que, dadas las circunstancias y necesidades, pueden asumirse en los pronunciamientos⁶⁸³.

Definidos, *grosso modo*, los efectos particulares que asumen los fallos que emanan de lo que se ha dado en denominar la jurisdicción constitucional de la libertad, conviene traer a cuenta, lo indicado párrafos atrás, en torno a que esas sentencias tutelan los derechos fundamentales en casos concretos, por lo que, al

responsables, lo cual se hará constar en la resolución que dicte el tribunal. Lo conducente se certificará al tribunal correspondiente para el encausamiento de los responsables.

Así también el artículo 108, que dispone:

Las autoridades que ordenaren el ocultamiento del detenido o se negaren a presentarlo al tribunal respectivo, o que en cualquier otra forma burlaren la garantía de la exhibición personal, así como los agentes ejecutores, incurrirán en el delito de plagio, serán separados de sus cargos y sancionados de conformidad con la ley.

Y el artículo 109 del mismo cuerpo legal que indica:

Si como resultado de las diligencias practicadas se tuvieren indicios de que la persona a cuyo favor se interpuso la exhibición hubiese desaparecido, el tribunal ordenará inmediatamente la pesquisa del caso. Las autoridades de policía quedan obligadas a informar al tribunal, al Procurador de los Derechos Humanos y a los interesados, acerca de las investigaciones realizadas, las que deben ser constantes hasta tener noticia cierta sobre el paradero de la persona desaparecida, a su vez el Tribunal de Exhibición Personal remitirá informe de las diligencias y de toda novedad que sobrevenga, a la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁸³ En concreto, el artículo 49 de la LAEPC dispone como efectos posibles:

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, 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 ésta 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.

Lo regulado en la disposición normativa transcrita se complementa con lo normado en los artículos siguientes: 51, que prescribe que si se hubiere consumado el acto reclamado de manera irreparable o hubiere cesado sus efectos, la sentencia hará la declaración correspondiente y mandará a deducir responsabilidades civiles y penales. También el artículo 52 dispone que, decretada la procedencia del amparo, en la propia sentencia se conminará al obligado a que dé exacto cumplimiento a lo resuelto dentro del término de veinticuatro horas, salvo que para ello fuere necesario mayor tiempo a juicio del tribunal. También es atinente el artículo 53 de la misma ley, que establece que en la misma sentencia se apercibirá al obligado, que en caso de incumplimiento incurrirá en multa de cien a cuatro mil quetzales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes.

ser normalmente pronunciamientos de condena, conllevan un mandato ejecutivo, lo que implica que pueden ser objeto de ejecución forzosa⁶⁸⁴.

Uno de los temas que ha sido objeto de gran discusión es el relativo a la cosa juzgada como efecto natural de las sentencias y su aplicabilidad en el ámbito constitucional; al respecto, ha de indicarse que un fallo que acoge una solicitud de protección de derechos fundamentales alcanza el estado de definitividad cuando no procede medio de impugnación alguno para revertir lo decidido.

Particular atención merece hace referencia en cuanto al efecto material de la cosa juzgada, pues ha de precisarse que la doctrina y la normativa procesal no ha sido abierta a la posibilidad de cerrar la discusión futura de un caso, sobre la base de la concurrencia de nuevos elementos de comprobación de la vulneración constitucional⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Respecto del cumplimiento forzoso de una exhibición personal, la LAEPC no contiene una regulación específica, sino solamente regula lo referente a las funciones de la figura del ejecutor – artículos 101 a 105–; ello se explica por la particularidad sumaria, sencilla y célérica de la garantía constitucional. No obstante, el artículo 113 hace remisión, por aplicación supletoria –en lo pertinente–, a la normativa relativa a la ejecución de una sentencia de amparo. Definido ese extremo, se evoca el contenido del artículo 54, que dispone:

Si el obligado no hubiere dado exacto cumplimiento a lo resuelto, de oficio se ordenará su encausamiento certificándose lo conducente, sin perjuicio de dictarse todas aquellas medidas que conduzcan a la inmediata ejecución de la resolución de amparo. Si el obligado a cumplir con 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 artículo 55 prescribe:

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. Para este efecto podrá librar órdenes y mandamientos a autoridades, funcionarios o empleados de la administración pública o personas obligadas.

Además de lo dispuesto en esos enunciados, debe tenerse presente que los artículos 72 y 73 de la LAEPC, regulan el curso de queja, que es un correctivo procesal que puede ser invocado en los procesos de amparo cuanto el trámite de la garantía no es respetado o no es ejecutada la sentencia que otorga protección constitucional en los términos resueltos. Ese instituto procesal es desarrollado en el artículo 17 del AC 1-2013, el cual contiene disposiciones reglamentarias y complementarias de la referida ley.

⁶⁸⁵ En esa línea, el artículo 190 de la LAEPC, concediéndole únicamente carácter “declarativo” a lo que se decide en el ámbito de la jurisdicción constitucional de la libertad, dispone: “Las resoluciones dictadas en procesos de amparo y de exhibición personal son de efecto declarativo y no causan excepción de cosa juzgada, sin perjuicio de las disposiciones relativas a la jurisprudencia en materia de amparo”.

La inconveniencia de la posición que deja abierta la posibilidad de reexaminar un caso fue abordada, hace muchos años, por el profesor Bidart Campos, al sostener que era inadmisibles que, bajo el pretexto de pretender una tutela judicial amplia de la libertad, “se postule la renovación indefinida de la misma pretensión ante distintos tribunales, como si una vez resuelta la causa por un juez, los otros pudieran volver sobre el mismo caso como si nada hubiera ocurrido”⁶⁸⁶. El tesista comparte la posición del insigne jurista argentino, por lo que es del criterio que la posibilidad de revivir la discusión sobre un determinado asunto en la vía de las garantías constitucionales que pueden ser dirigidas contra actos de autoridad debiera ser algo excepcional, en aras de hacer prevalecer la seguridad jurídica.

5.2.2 Los efectos de las sentencias en el control constitucional normativo

En primer término, ha de comenzarse indicando que, en el caso de las inconstitucionalidades, sus variedades directa e indirecta también presentan efectos diferenciados, lo cual no podría ser de otra manera en función de que cada una arranca de motivaciones distintas. Nótese, por ejemplo, que la inconstitucionalidad indirecta, incidental o en caso concreto tiene por objeto que, al emitir la decisión de fondo en el proceso jurisdiccional subyacente, no se produzca la aplicación del enunciado normativo que se estima inconstitucional; por ello, si se acogiere el planteamiento, se hace declaración en ese sentido. La mayoría de los Estados que regulan esa modalidad de inconstitucionalidad no reconocen posibilidad alguna que lo decidido pudiera conllevar consecuencias *erga omnes*, ya que lo resuelto solo afecta a quienes participan en el proceso jurisdiccional en que aquella es promovida; no obstante, también es oportuno precisar que, por vía de la vinculatoriedad de los fallos precedentes –tema que será abordado con posterioridad–, ese efecto puede ser alcanzado, al menos indirectamente.

⁶⁸⁶ Bidart Campos, Germán, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1969, p. 418.

No puede dejarse pasar por alto la oportunidad de remarcar que las resoluciones dictadas en inconstitucionalidades indirectas solamente comportan efectos *ex tunc*, lo cual implica que lo decidido se retrotrae al momento de instarse la garantía constitucional, no pudiéndose, desde ese momento, emitir resolución que se fundamente en el texto normativo inconstitucional.

Por último, en cuanto a la modalidad indirecta, es dable precisar –como ya se había adelantado– que el pronunciamiento estimativo que se emite tiene un limitado efecto declarativo, por cuanto que solo conlleva efectuar una declaración sobre la ilegitimidad constitucional del precepto cuestionado; empero, ello no tiene repercusión en la vigencia de ese texto normativo, pues lo deja incólume, pudiendo aplicar –a pesar de lo decidido– en otro caso semejante y por cualquier tribunal.

Como bien se ha dicho, dado que en las actuaciones de inconstitucionalidad indirecta no conllevan una condena o conminatoria de cómo proceder dirigida a autoridad alguna, porque lo examinado ha sido un enunciado normativo, no es acertado referir la necesidad de un mecanismo de cumplimiento forzoso en cuanto a la declaración que se realiza. No obstante, es pertinente precisar que, más que una debida ejecución, la normativa que rige ese instituto procesal suele facilitar correctivos ante un incorrecto proceder del tribunal que tramita la garantía, lo que podría activarse si, pese a que se declara que una disposición es inconstitucional, esta resulta siendo aplicada al caso concreto⁶⁸⁷.

Es preciso indicar que en los planteamientos de inconstitucionalidad indirecta, cuando se ha emitido pronunciamiento respecto de la constitucionalidad de la disposición objeto de examen y se ha agotado el planteamiento de recursos o remedios procesales viables, podrá asumirse que este ha alcanzado el estado de cosa juzgada formal. Si bien no suele limitarse a nivel normativo la posibilidad de

⁶⁸⁷ El artículo 17 del AC 1-2013 dispone, en su segundo párrafo, lo siguiente: “Los supuestos que habilitan la queja en amparo son aplicables para la inconstitucionalidad en caso concreto”. Ello es indicativo de que, si se procediere de forma contraria a lo establecido respecto del trámite de la inconstitucionalidad indirecta, puede hacerse uso de ese correctivo procesal.

reiterar el planteamiento, su procedencia es relativa, pues ha de hacerse valer ante el mismo tribunal que tramita las actuaciones jurisdiccionales, el cual ya habría dejado asentada su opinión respecto de la duda que motivó la inconstitucionalidad.

El objeto de estudio del presente trabajo provoca que la atención especial sea puesta en las sentencias que se dictan al ejercer el control constitucional directo o abstracto de las disposiciones normativas. Para determinar sus efectos, es obligado traer a cuenta que, en esencia, el diseño original kelseniano proponía que los tribunales constitucionales se erigieran algo así como en legisladores negativos, decidiendo la expulsión del ordenamiento jurídico de la normativa ordinaria que se determinara que riñe con el articulado constitucional o, en su caso, la permanencia si no concurriera esa riña. Si bien los tiempos han cambiado, esa atribución la han mantenido aquellos tribunales; sin embargo, explicar que su función se constriñe a ser simple expulsor de disposiciones normativas resulta insuficiente, ya que, en épocas recientes, estos han proferido resoluciones creativas que denotan que los órganos jurisdiccionales constitucional han ido más allá de ello.

Sobre la base de lo expuesto precedentemente, puede asumirse que las sentencias que estiman planteamientos de inconstitucionalidad general, directa o abstracta conllevan, como consecuencia normal, dejar sin efecto el cuerpo normativo o solo un segmento de este que haya sido declarado inconstitucional⁶⁸⁸; usualmente, esto se da hacia el futuro, a partir de que se haga saber a la

⁶⁸⁸ Importantes doctrinarios sostienen que el órgano responsable de la creación de la disposición expulsada del ordenamiento jurídico tendría la obligación de no expedirla nuevamente en el sentido que provocó la declaratoria de ilegitimidad constitucional. A juicio del tesista, esa apreciación, además de lógica, se sustenta en la necesidad de reconocer plena autoridad a los tribunales constitucionales, para que no sean burladas sus decisiones; no obstante, en normativas constitucionales, como la guatemalteca, no está regulada prohibición en ese sentido. Para respaldar lo referido, con relación a la posición doctrinaria, véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, p. 242.

población que se ha tomado una decisión en ese sentido –efecto *ex nunc*–⁶⁸⁹ o cuando se disponga, de conformidad con lo que regula la ley procesal constitucional respectiva; respecto de esto último, es pertinente hacer hincapié que algunos ordenamientos jurídicos reconocen efectos retroactivos –*ex tunc*–⁶⁹⁰,

⁶⁸⁹ Nogueira Alcalá refiere que la dotación de efectos *ex nunc* es lo usual en los modelos de control constitucional normativo que se apoyan en la propuesta kelseniana. De manera concreta asume lo siguiente:

En el enfoque kelseniano del Tribunal Constitucional como legislador negativo, el fallo tiene un carácter constitutivo, siendo de anulación y tiene efectos *ex nunc*, vale decir, desde el pronunciamiento y notificación o publicación del fallo hacia el futuro, no afectando las situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma. Al efecto, la Constitución de Austria de 1920, en su artículo 140.5 precisa, “El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller Federal o al Gobernador Regional competente a publicar sin demora la derogación. Se aplicará este precepto por analogía al caso de las acciones interpuestas al amparo del párrafo 4. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el tribunal constitucional no hubiere fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año”. A su vez, el artículo 140.7 determina, “Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia”. Este es el enfoque del Tribunal Austríaco, inspirado en el modelo kelseniano, donde la decisión de declarar la inconstitucionalidad produce efectos *ex nunc* o *pro futuro* por regla general, sin perjuicio de posibilitar que el propio Tribunal module sus sentencias en el tiempo dentro de ciertos límites.

Véase: Nogueira Alcalá, Humberto, “Los tribunales constitucionales...”, *cit.*, p. 128.

⁶⁹⁰ Con relación a la posibilidad de atribuir efectos retroactivos a los fallos de inconstitucionalidad, Nogueira Alcalá trae a cuenta que ello puede ocurrir en los casos siguientes:

...las sentencias tendrán efectos declarativos *ex tunc* si determinan la nulidad de la norma o acto impugnado, eliminándolo del ordenamiento jurídico con efecto retroactivo, considerando que el mismo nunca ha existido; ello es consecuencia de la supremacía constitucional y los efectos de la nulidad de derecho público que es originaria e insanable. Sin embargo, los efectos retroactivos de los fallos se han flexibilizado con el objeto de no afectar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, como lo exige el principio de seguridad jurídica, respecto de decisiones judiciales o contenciosas administrativas que posean la fuerza de cosa juzgada, con la excepción del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, como lo determinan las leyes reguladoras de diversos tribunales constitucionales, entre ellos la alemana y española. [líneas adelante ejemplifica en los siguientes términos:] En efecto, en Alemania, la *Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal*, en su artículo 78 determina “Si el Tribunal Constitucional Federal llega a la convicción que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro derecho federal, entonces declara la nulidad de la ley. Si otras disposiciones de la misma ley son incompatibles con la Ley Fundamental u otro derecho federal, entonces el Tribunal Constitucional Federal igualmente podrá declararlas nulas”. [...] En el caso español, el artículo 39.1 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOT) señala que “Cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”. De acuerdo con tal norma, el Tribunal constitucional al declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, debe declarar su nulidad, dándole a tal decisión efectos retroactivos o *ex tunc*, aun cuando se establecen excepciones en materia de sentencias basadas en autoridad de cosa juzgada. No obstante, el Tribunal Constitucional español en oportunidades ha quebrado el nexo entre inconstitucionalidad y nulidad, posibilitando la primera sin declarar la segunda.

Véase: *Ibidem*, pp. 126 a 128.

especialmente si lo que se dispone es la anulación *ab initio* o la imposibilidad de que lo declarado inconstitucional pudiera producir consecuencias jurídicas desde su raíz.

Ciertamente, los modelos de control constitucional normativo no revelan uniformidad, siendo lo relativo a los efectos temporales de lo decidido un punto respecto del cual existen muchas diferencias⁶⁹¹, aunque ha de indicarse que hay sistemas jurídicos que admiten la posibilidad de disponer ambos tipos de efectos, en razón de las circunstancias procesales o la intención de evitar que lo decidido conlleve resultados nocivos⁶⁹². Este último propósito también dio lugar a que en algunos sistemas se haya admitido, mediante previsión normativa o jurisprudencialmente, la eventualidad de diferir los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad general, para dar plazo al órgano emisor de la disposición normativa a llenar posibles vacíos que dejaría su expulsión inmediata; con ello

⁶⁹¹ Olano García sintetiza el trabajo de Nogueira Alcalá, relativo a los efectos hacia el futuro o al pasado que pueden ser dispuestos en las sentencias que emanan del control constitucional normativo y en el cual se expone qué Estados se inclinan por esas opciones de efectos. En concreto, refiere lo siguiente:

...sobre efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucionalidad o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios, al respecto, así en el derecho comparado, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general. En el *ámbito sudamericano*, existe también una heterogeneidad de criterios en la materia como lo muestran las respectivas legislaciones que encuadran la actividad de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela...

Véase: Olano García, Hernán Alejandro, *op. cit.*, p. 582.

⁶⁹² En Guatemala, la LAEPC regula los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el artículo 140, el cual dispone:

Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.

El precepto normativo transcrito revela los usuales efectos *ex nunc* de la decisión que acoge una inconstitucionalidad general. La disposición anterior es complementada con lo prescrito en el artículo 141, que indica que cuando se hubiere acordado la suspensión provisional conforme al artículo 138, “los efectos del fallo se retrotraerán a la fecha en que se publicó la suspensión”. Esta última disposición transcrita muestra excepcionales efectos *ex tunc*, aunque estos se limitan a que se retrotraiga las consecuencias de lo decidido a la fecha de una eventual suspensión provisional de la vigencia del precepto infraconstitucional y no desde su incorporación al ordenamiento normativo –*ab initio*–.

podría entenderse que se privilegia su vigencia temporal –una especie de “bendición momentánea”–, a pesar de su consabida ilegitimidad constitucional, a fin de impedir consecuencias más traumáticas. Lo expresado da cuenta que diferir los efectos del fallo ha encontrado justificación práctica en razones de conveniencia y no en la legitimidad constitucional del enunciado normativo que mantiene su observancia obligatoria⁶⁹³; esto último resulta por demás controvertido, a la luz del lugar común enarbolado por muchos doctrinarios en cuanto a que la conveniencia no debe ser el elemento motivante del control de constitucionalidad, porque, de alguna forma, implica relegar la fuerza del principio de supremacía de la ley fundamental. Ha de reconocerse que este es un tema que da pie a acalorados debates.

Aunado a lo anterior, se estima conveniente precisar que la postergación de efectos, o *vacatio sententiae*, para cumplir el cometido para el que fue dispuesta, suele estar acompañada de exhortaciones o apelaciones al legislador, a efecto de impulsar la actuación legislativa que corresponda –lo que usualmente implica reformas legales– para no provocar vacíos indeseables. Así las cosas, se suele

⁶⁹³ El profesor Martínez Caballero, refiriéndose a la experiencia colombiana, trae a cuenta que la Corte Constitucional –de la cual formó parte–, ya ha asumido sentencias con efectos diferidos; en concreto evoca como ejemplos las sentencias C-221/97 y C-700/99. El fragmento que comparte es el siguiente:

En otros eventos, también bastante excepcionales, la Corte, por el contrario, ha recurrido a fórmulas de constitucionalidad temporal o inconstitucionalidad diferida, esto es, ha constatado la inconstitucionalidad de una regulación, pero se ha abstenido de anularla, pues ha considerado que el vacío normativo genera una situación muy compleja, por lo cual es necesario permitir que el Legislador corrija la situación. Eso ocurrió en particular con una sentencia que anulaba en su totalidad el sistema de financiación de la adquisición de vivienda, por cuanto la regulación correspondía al Legislador y había sido expedida por el Presidente; sin embargo, la Corte consideró que la anulación inmediata podía ser traumática para la economía, por lo cual debía concederse un plazo de ocho meses al Congreso para que realizara la correspondiente transición normativa.

Véase: Martínez Caballero, Alejandro, “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 2, núm. 1, 2000, p. 16. Por su parte, la peruana Castro Kruzatt refiere que una de las primeras oportunidades en la que el Tribunal Constitucional de su país acudió a esa técnica se encuentra en la sentencia proferida contra la legislación antiterrorista, de 3 de enero de 2003 (Exp. 010-2002-AI/TC), en la que se declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ley 25659, que regulaba el delito de traición a la patria. Indica la citada autora que en una de las tres exhortaciones que incluyó el fallo se apeló la actuación “diligente” de los legisladores. Para mayor abundamiento sobre la experiencia peruana y los casos concretos en los que se aplicó el criterio comentado, véase: Castro Cruzatt, Karin, “El Tribunal Constitucional y las exhortaciones al legislador: el caso peruano”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 15, 2011, p. 97.

hacer un llamado al responsable de legislar para que asuma una conducta de lealtad con la Constitución.

El abordaje de las sentencias constitucionales con efectos diferidos torna necesario indicar que las distintas experiencias jurisprudenciales no se muestran coincidentes en cuanto al tiempo en que puede detenerse la eficacia de la declaratoria de inconstitucionalidad, pudiéndose, al efecto: (i) fijar un plazo específico; (ii) dejar un espacio de maniobra al parlamentario para que su actuación se produzca dentro de un tiempo razonable –a la postre, esta indefinición temporal puede conllevar incumplimiento de lo exhortado–; o (iii) disponer que los efectos del fallo se concretarán cuando el legislador emita la disposición normativa de reemplazo; lo anterior implica dimensionar en el tiempo las consecuencias de la decisión.

Es conveniente recalcar que, como bien se indicó líneas atrás, la incorporación de esa modalidad de efectos, en algunos casos, se ha producido por vía jurisprudencial, sin la concurrencia de respaldo normativo; esa circunstancia, si bien refleja cómo algunas modalidades de sentencias –especialmente, las que se caracterizan por su atipicidad– han significativos instrumentos de la evolución del Derecho, también han ocasionado que la recepción del tema, por parte del foro jurídico y, con mayor razón, por la población en general, se produzca con algún nivel de desconfianza, recelo y hasta rechazo⁶⁹⁴. En la medida que exista

⁶⁹⁴ Castro Kruzatt indica que ni la Constitución ni la normativa procesal constitucional peruanas regularon la posibilidad de diferir los efectos de la sentencia; sin embargo, esta se desarrolló sobre la base de la necesidad de privilegiar otros “bienes de entidad constitucional”. En términos concretos, sostuvo:

...el Tribunal Constitucional peruano hace uso principalmente de la postergación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o *vacatio sententiae*, a la que suele sumar una «exhortación» al legislador a través de la cual pretende impulsar la modificación de la materia normada por la ley inconstitucional. Hay que indicar que dicha figura no ha sido prevista de manera expresa en la Constitución, ni en la legislación procesal constitucional que han apostado por un nexo aparentemente indisoluble entre la declaración de inconstitucionalidad y la expulsión inmediata de la ley enjuiciada. Sin duda dicho régimen es el que disciplina ordinariamente la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad, pero es posible y necesario modular su aplicación cuando la salvaguarda de otros bienes de entidad constitucional lo exija. En todo caso, la previsión de esta capacidad ordenadora de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal podría considerarse conveniente por razones de seguridad jurídica, pero no es presupuesto para sostener su legitimidad...

fundamentación sólida que motive o justifique esa manera de actuar por parte de los tribunales constitucionales, podrá extenderse su aceptación. La posibilidad de emisión de sentencias con esas particularidades por parte del tribunal constitucional guatemalteco será objeto de análisis en el capítulo siguiente.

De la mano con la determinación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad abstracta debe desarrollarse lo tocante a si estos son de tipo constitutivo o, simplemente, declarativo. En razón de ese propósito, se trae a cuenta que, al abordar las clases de sentencias, se indicó que estas pueden asumir la calidad de constitutivas cuando no se limitan a una mera declaración de un derecho, sino que crean, modifican o extinguen un estado jurídico, en cambio son declarativas las que hacen manifestación de la existencia de un derecho; dentro de esa especie entra el fallo absolutorio, por el cual se declara la inexistencia de un derecho. Sobre la base de las notas características de esas modalidades, es dable aseverar que los fallos que estiman los planteamientos de inconstitucionalidades directas son constitutivos, por cuanto que sus efectos producen una situación jurídica nueva. Debe tenerse presente que las resoluciones constitucionales que acogen los planteamientos no se limitan a hacer una declaración de ilegitimidad constitucional, sino que tienen implicaciones que van más allá de cualquier pronunciamiento simplemente indicativo.

Se descarta, por completo, la posibilidad de ubicación de esos fallos en la

Líneas adelante, la autora indica que, a pesar de los laudables fines, esta modalidad de efectos no ha tenido una respuesta ciento por ciento positiva. Específicamente indica:

Pese a la legitimidad de esta herramienta debe reconocerse que en el caso peruano su éxito ha sido relativo, pues su uso por parte del Tribunal no ha estado exento de tropiezos y la reacción del legislador no siempre ha sido consecuente con la responsabilidad que emana de una sentencia de tal naturaleza. Aspectos como la extensión inmotivada del plazo fijado en la respectiva sentencia para la suspensión de la declaración de inconstitucionalidad, la escasa argumentación sobre la necesidad de utilizar el mecanismo de la *vacatio sententiae*, y la actual renuencia del Tribunal a establecer un periodo preciso para la suspensión de su declaración, son algunos de los puntos que merecen un replanteamiento.

Por último, vale la pena evocar que la jurista peruana hace mención de que en España las sentencias constitucionales con efectos diferidos también fueron objeto de cuestionamiento de importantes iusconstitucionalista y, a guisa de ejemplo, trae a cuenta los trabajos que sobre el respecto han desarrollado Gómez Montoro, Garrorena Morales, Díaz Revorio, Pérez Tremps y Blasco Soto. La jurista añade que la exhortación a la intervención del legislador tiene sustento en la “lealtad constitucional”, término que usado en ese contexto estima cuestionable pues parece representar una versión debilitada de supremacía constitucional. *Cfr.: Ibidem*, pp. 97 a 99.

modalidad de condenatorios, pues las decisiones que se asumen no tienen ese sentido; téngase en cuenta que, a pesar de la nocividad que conlleva la vigencia de un enunciado normativo inconstitucional, su objeto no es declarar vencido a su emisor y tampoco el resultado positivo del escrutinio al que habría sido sometida la disposición daría lugar a una ejecución forzosa, pues, en caso de un fallo estimatorio, se produce la pérdida de vigor sin precisar pedimento alguno; la dificultad se suscita precisamente con los fallos no típicos⁶⁹⁵.

Aunque el elemento temporal va de la mano con ello, debe indicarse que el carácter constitutivo de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad no depende de retrotraer o postergar los efectos del pronunciamiento a la fecha en que deja de ser vinculante la disposición normativa, como podría asumirse, sino que obedece a que su vigencia se verá alterada o su contenido trastocado, surgiendo un nuevo estado de cosas, según sea el caso en razón del tipo de fallo emitido –típico o atípico–.

En función de lo expresado precedentemente, es conveniente referir que, al diseñar el modelo de control constitucional normativo concentrado, Kelsen defendió la idea del perfil constitutivo como nota característica de ese tipo de fallos. En concreto, postuló:

[L]a resolución del tribunal constitucional no tiene que anular, como lo hemos indicado con anterioridad, más que un resto de validez; pero no deja de ser una sentencia constitutiva y de anulación. La fórmula de la anulación podría entonces ser, en lugar de "la ley es anulada", "la ley era inconstitucional". Por consecuencia, se tiene que evitar, entonces la aplicación de una ley declarada inconstitucional aun a los hechos anteriores a la sentencia⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ Si bien en este segmento se asume que las sentencias estimatorias emitidas en inconstitucionalidades generales son de carácter constitutivo y no precisan ejecución forzosa, la posición del tésista encuentra motivo de variación con relación a las sentencias constitucionales atípicas, en especial las interpretativas y exhortativas, en las que las medidas de seguimiento al cumplimiento de lo dispuesto pueden ser de utilidad. Esto será abordado en el penúltimo párrafo de este inciso y, con más detenimiento, en el numeral 6.3.1 del último capítulo.

⁶⁹⁶ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 86.

También es pertinente referir que en América Latina prevalece el concepto kelseniano en cuanto a que la sentencia comporta carácter constitutivo y Guatemala no es la excepción. De esa cuenta, apoyándose en el diseño de control constitucional guatemalteco, es dable inclinarse por la posición que enarbola que las sentencias que estiman los planteamientos de esas garantías procesales son constitutivas; esa calidad no les correspondería a los pronunciamientos desestimatorios puros que se quedan en el plano de la declaración. Habrá que determinar –en el capítulo subsiguiente– si igual calidad les corresponde a los fallos atípicos.

Pese a la posición asumida en el párrafo anterior respecto de que las sentencias constitucionales hacen surgir un estado de cosas nuevo desde el momento en que adquieren firmeza, es obligado señalar que algunos enunciados normativos fundamentales guatemaltecos provocan confusión cuando hacen referencia a la nulidad *ipso jure* de la normativa que se oponga a la CPRG⁶⁹⁷, pudiéndose pensar que esa regulación autoriza sostener que lo actuado bajo el imperio de un enunciado normativo inconstitucional no tendría que haber surtido consecuencia alguna. Al respecto, debe indicarse que la normativa procesal constitucional –que desarrolla las garantías reconocidas en la ley fundamental– es clara en cuanto a señalar el momento en que lo decidido cobra fuerza vinculante⁶⁹⁸, debiendo entenderse que la nulidad de pleno derecho a que se refiere el magno texto debe diferirse al momento mismo en que esa preceptiva procesal indique.

Antes de tener por agotado lo concerniente a los caracteres de los efectos constitutivos o declarativos, es obligado precisar que su determinación es un asunto sobre el cual los puntos de vista no muestran que se hayan alcanzado

⁶⁹⁷ A guisa de ejemplo, se evocan los siguientes artículos de la CPRG: (a) 44, tercer párrafo, que prescribe: “Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza” [el énfasis es añadido]; y (b) 175, primer párrafo, que dispone: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*” [en énfasis es añadido].

⁶⁹⁸ Artículos 140 y 141 de la LAEPC.

consensos; esa falta de uniformidad obedece, en gran medida, a que en algunos ordenamientos jurídicos, a pesar de tener un control constitucional concentrado, han apostado por otorgar efectos *ex tunc* a los fallos –tal como en España–, principalmente, por apoyarse en la noción de que la ilegitimidad constitucional solo se declara⁶⁹⁹ y que la disposición normativa habría estado viciada *ab initio*⁷⁰⁰. Lo contrario acontece con los que han consagrado consecuencias *ex nunc*, bajo la idea de que el pronunciamiento de inconstitucionalidad provoca la constitución de una nueva realidad en el estado de cosas.

Ahora bien, con relación a los alcances subjetivos de las sentencias dictadas en inconstitucionalidades directas, en primer término, es dable indicar que una de las notas características de estas es que su incidencia sobrepasa el interés de los promotores de la garantía constitucional, pues los efectos que conlleva son *erga omnes*, o sea que lo decidido repercute en toda la población, como destinataria de las disposiciones normativas de incidencia general, que son objeto de examen y pronunciamiento.

⁶⁹⁹ Para ejemplificar ese extremo se evoca a Caamaño Anido, quien, refiriéndose al sistema de control constitucional español refiere:

Así, se ha argumentado que como la norma contraria a la Constitución es nula, por definición ésta no puede producir efecto alguno, razón por la cual la sentencia de inconstitucionalidad no puede tener más que un efecto declarativo, el efecto de acreditar formalmente la vulneración de la norma suprema. Consiguientemente, si el vicio de nulidad es originario, parece obvio que la desaparición de la norma declarada inconstitucional arrastre la de los actos dictados con arreglo a aquélla. En otras palabras, si la sentencia se limita a “declarar” una nulidad preexistente en la norma impugnada, el principio de que lo nulo no produce efecto alguno se traducirá en que tal vicio de nulidad se traslada a los actos dictados en ejecución de la misma, abriendo la posibilidad, en consecuencia, de considerar indebidos los ingresos hechos en atención a tales actos nulos.

Véase: Caamaño Anido, Miguel A., “Nulidad de la norma tributaria y devolución de ingresos indebidos”, *Anuario da Facultade de Dereito*, núm. 1, 1997, p. 170.

⁷⁰⁰ Pese a lo expresado en la nota al pie de página anterior, Caamaño Anido cuestiona el carácter únicamente declarativo del pronunciamiento, en cuanto que trastocar la vigencia de una disposición normativa supone modificación del ordenamiento jurídico. En concreto, expresa lo siguiente:

Aunque el vicio de la norma sea originario, si una sentencia anula una norma con rango de ley tendrá que tener, por fuerza, naturaleza constitutiva. Difícilmente podrá reconocerse alcance retroactivo a una sentencia que se limita a constatar un vicio de la norma. Con razón se ha dicho que la expulsión del orden jurídico de una de las normas que lo integran supone una modificación del ordenamiento, por lo que nunca podrán tener un carácter meramente declarativo. [Sin embargo, luego, añade:] Pero tampoco quienes han defendido la naturaleza constitutiva de las sentencias de inconstitucionalidad consiguen dar explicación al tema de la conservación de los actos dictados en ejecución de la norma declarada inconstitucional.

Véase: *Loc. cit.*

Los alcances generales de las declaraciones de inconstitucionalidad permiten marcar diferencias con las consecuencias propias de las otras garantías procesales de rango constitucional, cuya incidencia subjetiva lógicamente es limitada, según lo apuntado líneas atrás. Para entender la diferenciación entre los tipos de efectos, ha de tenerse en cuenta la motivación de las solicitudes de inconstitucionalidad directa, la cual suele rebasar la esfera de intereses particulares del promotor.

La atribución de efectos *erga omnes* a un fallo que declara la inconstitucionalidad general implica otorgar a esta una “fuerza similar a la que detenta el Poder Legislativo, pero de carácter inverso, al eliminar el precepto normativo del ordenamiento jurídico” cuando ya forman parte de este y se cristaliza el control represivo o reparador⁷⁰¹. La relación que se hace entre la función jurisdiccional en el control constitucional abstracto y la función legislativa de creación de enunciados normativos permite reafirmar las consecuencias generales que conllevan aquellos pronunciamientos jurisdiccionales cuando lo examinado específicamente son leyes –decretos parlamentarios o el producto de procedimientos legislativos–.

Lo expresado en el párrafo precedente invita a reflexionar si acoger un planteamiento de inconstitucionalidad dirigido contra disposiciones reglamentarias también conllevaría efectos *erga omnes*, dado que, de las variedades de esos cuerpos normativos, se desprende que no todos presentan el mismo nivel de incidencia subjetiva. Ciertamente, no se pone en duda que los reglamentos que emite el Poder Ejecutivo para desarrollar el contenido de una ley –*secundum legem*– conllevan alcances tan amplios como la propia ley que es desarrollada con estos, por lo que los fallos que se dictan con relación a estos lógicamente tendrían que comportar efectos *erga omnes*.

No obstante lo antes dicho, no puede soslayarse la existencia de enunciados

⁷⁰¹ Nogueira Alcalá, Humberto, “La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 8, 2010, p. 100.

reglamentos creados para regular actividades específicas o las funciones de entes estatales autónomos, los cuales no derivan directamente de lo regulado en leyes – *praeter legem*– y cuya incidencia sobre la población total puede resultar dubitable, por cuanto que va dirigida especialmente hacia sectores de la población. En términos prácticos, ha de aceptarse que la decisión que se asuma respecto de la legitimidad constitucional de esos instrumentos normativos puede conllevar un alcance personal menor al que se presenta cuando se emite pronunciamiento con relación a leyes, empero, es preciso destacar que el número de sujetos sobre los que repercute la resolución que se dicta al examinar la constitucionalidad del articulado de los reglamentos suele ser indeterminado, por esa razón ordenamientos jurídicos como el de Guatemala admiten la posibilidad de que sea la inconstitucionalidad directa la vía procesal para realizar el referido examen⁷⁰².

En Guatemala también es posible dirigir los planteamientos de inconstitucionalidad contra *disposiciones de carácter general*, denominándose así a los enunciados que no corresponden ni a la categoría de ley ni de reglamento, pero que norman, con alcance decididamente nacional, determinadas conductas humanas. Para ejemplificarlas, ha de indicarse que no resulta difícil distinguir, como expresión de

⁷⁰² Un ejemplo práctico de pronunciamiento del tribunal constitucional guatemalteco, respecto de la inviabilidad del amparo u otro mecanismo de control que no sea la inconstitucionalidad general para cuestionar un reglamento, se encuentra en el fallo dictado el 5 de agosto de 2011 (Exp. 791-2011), en cuya parte considerativa quedó plasmado lo siguiente:

Para la impugnación de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, la Constitución Política de la República de Guatemala y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad regulan el planteamiento de inconstitucionalidad de normas, ya sea general o en caso concreto. Por consiguiente, cuando se ataca una disposición con aquél carácter por medio del amparo, no es posible examinar el fondo de la pretensión pues éste carece de viabilidad por no constituir la vía idónea para el efecto. [...] Con base en lo anterior y al hacer el estudio del Reglamento reclamado en este amparo, esta Corte aprecia que éste reviste las características de una norma general, puesto que no particulariza sujeto alguno a quien vaya dirigida la decisión de carácter administrativo en ella establecida y, asimismo, sus efectos se difunden en abstracto al conglomerado de todos los vendedores que son arrendatarios de locales comerciales dentro del Mercado Municipal de Amatitlán departamento de Guatemala, lo que permite concluir que lo dispuesto contiene las características de generalidad, abstracción e impersonalidad, propias de las normas jurídicas impugnables por medio de la acción de inconstitucionalidad general, razón por la cual se puede concluir que el amparo no es la vía idónea para declarar la nulidad de una disposición de carácter general. Por las razones consideradas, esta Corte comparte el criterio sustentado por el tribunal de primer grado en el sentido de denegar la protección constitucional que ahora se conoce en alzada, pero por no ser el amparo la vía idónea para solicitar la suspensión de una disposición de carácter general, razón por la cual es procedente confirmar la sentencia apelada...

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/817951.791-2011.pdf>

ese tipo de disposiciones, a los acuerdos ministeriales, los cuales suelen regular las actividades que se desarrollan dentro del Estado y cuya rectoría es encomendada a una cartera ministerial. Pues bien, cuando se suscita el control de la legitimidad constitucional de este tipo especial de manifestaciones normativas habrá de obtenerse sentencias que, lógicamente, también habría que categorizarlas como de efectos *erga omnes*⁷⁰³.

En razón de lo expresado precedentemente, puede darse por descontado que entender los alcances *erga omnes* de las sentencias que acogen o no los planteamientos de inconstitucionalidades no conlleva grandes dificultades, pues supone una repercusión generalizada o, al menos, indeterminada en cuanto al grupo de personas en las que inciden los pronunciamientos.

⁷⁰³ A guisa de ejemplo en cuanto a la posibilidad de examinar la constitucionalidad de disposiciones de carácter general en Guatemala, se evoca un fragmento de la SCC de 9 de julio de 2004 (Exp. 2189-2003), en la que se analizó un tipo muy especial de expresión normativa: una resolución de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica –órgano técnico del Ministerio de Energía y Minas, aunque se le reconoce independencia funcional, el cual se estableció para regular y dirigir el desarrollo de las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica en el territorio nacional guatemalteco–; en esa ocasión se indicó por qué ciertas resoluciones de ese órgano estatal sí tenían contenido normativo e incidencia generalizada. Véase:

En el presente caso se impugna de inconstitucionalidad la resolución CNEE-veintisiete-noventa y nueve, contenida en el acta número ciento trece de la sesión celebrada por el Directorio de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica con fecha uno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, resolución que fue emitida por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica. En la parte resolutive de la misma se estableció “1. Que cualquier cobro, no contemplado en la Ley General de Electricidad y su Reglamento, o no aprobado por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, no podrá ser trasladado a usuarios o a empresas que desarrollen obras de construcción eléctricas, quedando sujetos, quienes los realicen, a las sanciones que ordena la Ley...” Como punto previo esta Corte estima necesario determinar cuál es la naturaleza de la disposición que se impugna (si es de carácter general, con efectos *erga omnes*, o de carácter particular), a fin de determinar si la misma es impugnabile a través del procedimiento de inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales o no. En ese orden de ideas, al analizar la citada disposición, se establece que la misma taxativamente indica que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica resuelve: “1. Que cualquier cobro, no contemplado en la Ley General de Electricidad y su Reglamento, o no aprobado por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, no podrá ser trasladado a usuarios o empresas que desarrollen obras de construcción eléctricas, quedando sujetos, quienes los realicen, a las sanciones que ordena la Ley.” Como puede apreciarse, dicha resolución no se dictó para una entidad específica, sino para la generalidad. En consecuencia, es claro que nos encontramos ante una norma de carácter general que está creando un supuesto jurídico y estableciendo que cualquier situación fáctica que se incluya en el mismo, tendrá como consecuencia que “no podrá ser trasladado a usuarios o a empresas que desarrollen obras de construcción eléctrica”. La resolución referida no resuelve una situación concreta de una persona jurídica contra la cual se inició un procedimiento administrativo, sino establece una situación general aplicable a cualquier sujeto que pudiera situarse en el supuesto de dicha norma. En virtud de lo anterior, esta Corte considera que la norma impugnada es una disposición de carácter general y que, por lo tanto, conforme lo establecido por el artículo 267 de la CPRG y el artículo 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, puede ser impugnada a través del procedimiento de Inconstitucionalidad General de las Leyes.

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835913.2189-2003.pdf>

Oportuno resulta referir que los fallos que no se limitan a manifestarse sobre el acogimiento o no de la solicitud de inconstitucionalidad, sino que asumen posiciones intermedias o de modulación de los contenidos normativos o, bien, disponen exhortaciones también entran dentro del marco de pronunciamientos con aquel tipo de efectos –*erga omnes*–; no obstante, desde ya, es adecuado indicar que uno de los dilemas que se han suscitado con respecto a estos es el escaso nivel de conocimiento que puede darse con relación a su contenido y, en especial de sus consideraciones –contentivas del *holding* o *ratio decidendi*–, que es el segmento en el que suelen quedar las razones del proceder atípico del tribunal o queda reflejado cómo deben ser entendidos los enunciados normativos. Si bien ello implica un problema de eficacia de las sentencias, lo cual conlleva una dificultad práctica que debería ser superada, bajo ningún punto de vista autoriza la inobservancia de lo resuelto⁷⁰⁴. Esto será materia para abordar en los capítulos subsiguientes.

Para cerrar el abordaje de los efectos de las sentencias dictadas en inconstitucionalidades generales, toca hacer referencia a cómo opera la cosa juzgada cuando estas son emitidas. Para el efecto, se trae a cuenta lo dicho, líneas atrás, respecto de las manifestaciones de la cosa juzgada⁷⁰⁵. Sobre esa

⁷⁰⁴ En el caso guatemalteco, debe tenerse presente que el artículo 185 de la LAEPC preceptúa que: “Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos”.

⁷⁰⁵ Los tipos de cosa juzgada a las que se hace referencia son la formal y material; no obstante, aunque no es una clasificación generalizada y aceptada, es pertinente traer a cuenta que Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, quienes citan a Nogueira Alcalá, para ese efecto, indican la existencia de otras expresiones de la cosa juzgada constitucional, a saber:

También se distingue entre la cosa juzgada constitucional *absoluta*, *relativa* o *aparente*. En el primer supuesto, el tribunal constitucional debe haber analizado desde todas las perspectivas posibles la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal suerte que agotó el análisis de las eventuales razones que pudieran expresarse para afirmar la inconstitucionalidad de la norma. En cambio, la *cosa juzgada relativa* se produce cuando el órgano constitucional se limita al análisis preciso de ciertos planteamientos de inconstitucionalidad sin hacer una valoración completa y exhaustiva de todas las razones y aspectos que eventualmente pudieran llevar a la inconstitucionalidad de la norma. La *cosa juzgada aparente*, como su nombre lo indica, sucede cuando *en apariencia* el tribunal decidió previamente sobre la constitucionalidad de la norma, aunque no existen consideraciones en la sentencia. Se trata en realidad de una incongruencia del fallo, debido a que en la parte resolutive hay un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma, pero no contiene motivación alguna sobre el particular, es decir, no se estudió el problema de su conformidad o no con la ley fundamental.

Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, p. 241.

base, en primer término, ha de indicarse que la cosa juzgada formal se alcanzará cuando ya no es viable el planteamiento de medio de impugnación alguno para revertir la decisión asumida o, lo que es lo mismo, se produce la definitividad de la decisión emitida, pudiendo hacerse valer ese extremo dentro de las actuaciones entabladas, no habiendo excepción alguna para que ello se suscite en el caso del control constitucional jurisdiccional.

Ahora bien, la cosa juzgada material concierne a la imposibilidad de motivar que el asunto sea reexaminado en el futuro. Al respecto, ha de indicarse que, dada la materia especial objeto de juzgamiento, lo anterior –el impedimento de pretender nuevo análisis sobre el caso– dependería, en gran medida, del carácter estimatorio o desestimatorio de la resolución de fondo vertida. En ese sentido, la ley procesal constitucional guatemalteca hace referencia a que la cosa juzgada se alcanza únicamente para el caso concreto en el que se plantea⁷⁰⁶.

La explicación a lo anterior es que, si fuere llanamente declarada la inconstitucionalidad pretendida, la materia sobre la cual habría que resolver estaría agotada para un nuevo planteamiento; ahora bien, si el fallo fuere desestimatorio, el efecto de cosa juzgada solo habría de producirse para el propio caso planteado, pues existiría la posibilidad de que, sustentándose en nuevas argumentaciones, pueda formularse otra interposición⁷⁰⁷; ante ese panorama, no

⁷⁰⁶ Específicamente, el segundo párrafo del artículo 190 de la LAEPC establece: “Las resoluciones en casos que contengan planteamiento de inconstitucionalidad de leyes reglamentos y disposiciones de carácter general sólo causan efecto de cosa juzgada con respecto al caso concreto en que fueron dictadas, pero también tienen efectos jurisprudenciales”.

⁷⁰⁷ La interpretación que comparte el tesista quedó plasmada, por primera vez, en: Salguero Salvador, Geovani, *op. cit.*, pp. 191 y 192. En ese texto se cita como apoyo de lo interpretado lo expresado por el exmagistrado constitucional guatemalteco Mynor Pinto Acevedo, quien, oportunamente, refirió:

Contra la sentencia dictada en ese proceso no procede recurso alguno (artículo 142 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad), por lo que produce ese proceso cosa juzgada formal ya que su resolución es irrecurrible, e inimpugnable, una vez ha quedado firme al agotarse la aclaración o ampliación si se hicieren valer. Ahora bien, la cosa juzgada material, es decir la imposibilidad de plantear un nuevo proceso sobre el mismo tema, debería producirse, ya que el iniciar otra acción de inconstitucionalidad respecto de una norma ya declarada inconstitucional carecería de sentido, debido a que el objeto de esta es que una norma que se afirma, contradice la Constitución se confronte con esta a efecto de excluir la norma inferior del ordenamiento jurídico. No tendría caso pensar que podría replantearse la inconstitucionalidad de una ley declarada inconstitucional, si precisamente esta sería una

tendría cabida que alguno de los sujetos que intervienen en las actuaciones pudieran oponer los postulados del principio *ne bis in idem*, pues, en tanto la disposición normativa conserva su vigencia, no habría obstáculo procesal que impida renovar su examen de legitimidad constitucional.

Es dable indicar que el criterio relacionado puede resultar aplicable para todos los ordenamientos jurídicos con un modelo de control constitucional normativo concentrado, ya que, en cualquier lugar, resultaría un absurdo posibilitar que se dirija un nuevo planteamiento contra una disposición que ya está fuera del ordenamiento jurídico y, de igual manera, no habría razón lógica para impedirlo si este se direcciona contra un enunciado vigente y cuya constitucionalidad fue puesta en duda en una acción procesal desestimada.

También es oportuno mencionar que la cosa juzgada que deriva de una sentencia estimatoria que lleva aparejada la expulsión del enunciado normativo cuestionado es de eficacia inmediata y directa, descartando el tipo refleja; esto se explica por las consecuencias generales de la decisión, lo cual no limita sus alcances a impedir que el Poder Legislativo expida nuevamente un texto normativo con el contenido declarado inválido⁷⁰⁸.

Ciertamente, la dificultad que entraña abordar el tema de la cosa juzgada en las sentencias dictadas en inconstitucionalidades directas estriba más en el hecho que, en los actuales momentos, se asiste a un escenario en que muchos de los fallos emitidos presentan características que rebasan el diseño original, asumiendo posiciones intermedias –o sea, que van más allá de la simple estimación o desestimación de las solicitudes planteadas– y sobre las cuales se

ley inexistente o no vigente, por virtud de una sentencia con efectos erga omnes (artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). Respecto de las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad puede afirmarse que producen cosa juzgada formal porque contra ellas no procede recurso alguno, lo que les da ese carácter; sin embargo, estas declaratorias no producen cosa juzgada material puesto que la norma sigue vigente y puede volverse a impugnar por otros o por los mismos motivos, pudiéndose eventualmente declarar inconstitucional en este caso, ya que incluso la Corte de Constitucionalidad puede separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación.

Véase: Pinto Acevedo, Mynor, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁰⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, p. 242.

hará relación pormenorizada en el siguiente capítulo. La dificultad obedece a las peculiaridades de los pronunciamientos, ya que, por ejemplo, las sentencias interpretativas, si bien, en sus segmentos resolutivos –o *decisum*– queda plasmada una declaración de acogimiento o no del planteamiento, lo que les ubica como fallos de ese tipo –que es lo que los hace destacables–, es que contienen –usualmente en sus consideraciones– directrices interpretativas sobre el contenido o alcance de las disposiciones examinadas.

Ante el panorama relacionado, caben las preguntas siguientes:

- A) ¿Puede hacerse valer una línea interpretativa contenida en una sentencia constitucional, aduciéndose cosa juzgada material, para imposibilitar un nuevo planteamiento de inconstitucionalidad de un precepto normativo que es interpretado –por el accionante– de forma distinta al lineamiento establecido?

La complejidad de la cuestionante conlleva una respuesta que difícilmente escapará de que alguno la estime controvertida; pese a ello, el riesgo debe ser asumido, por lo que se hace un intento de contestar en los términos siguientes: a juicio del tesista, si se toma en cuenta la regla respecto a que la cosa juzgada material solo se produce con relación al propio caso planteado y que el enunciado normativo conserva vida, podría indicarse que, en tanto su vigencia persista, puede motivarse cuanta duda de legitimidad constitucional le surja al promotor de ese mecanismo de control, apoyándose en el criterio interpretativo que estime pertinente. Es el tribunal constitucional el que debe hacer valer la vinculatoriedad de sus interpretaciones sobre el sentido, alcance y limitaciones que debe otorgársele a una disposición normativa, según lo haya dejado plasmado en los fallos que emitiera con antelación⁷⁰⁹.

Debe tenerse presente que las leyes procesales constitucionales no suelen

⁷⁰⁹ Al respecto, el artículo 185 de la LAEPC dispone lo siguiente: “Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos”.

contener regulación puntual alguna respecto de la posibilidad de plantear una nueva acción en los términos referidos en la cuestionante anterior, por lo que la promoción de una nueva garantía constitucional no tendría por qué estar restringida; no obstante, se reitera que, al momento de examinar la solicitud, los propios tribunales deben tener en cuenta la preexistencia de la *res interpretata* –o cosa interpretada– que ha sido producto de su propia actuación, cuya eficacia vinculante hacia todos y, a sí mismo –por certeza y seguridad jurídica–, depende de ellos mismos, a menos que, de forma razonada, se supere el criterio interpretativo con una posición diferente. Para respaldar lo dicho, se evoca lo expresado por Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, quienes, apoyándose en la realidad procesal constitucional mexicana, aportan la siguiente reflexión:

[U]na resolución desestimatoria no calificada y adoptada por interpretación conforme a la Constitución mantiene *intacto el texto normativo impugnado* y lo tiene por apegado a la ley fundamental, ya que admite la posibilidad de su aplicación constitucionalmente regular, *sin que produzca efectos de cosa juzgada* por cuanto el proceso de acción de inconstitucionalidad (o controversia constitucional) no ha alcanzado su fin último: expulsar dicho texto del ordenamiento jurídico, sin que le sea jurídicamente posible tener efectos trascendentes a las partes; sin embargo, el razonamiento jurisdiccional en que se basara dicha resolución tendría efectos de precedente persuasivo y constituiría una *tesis aislada* que eventualmente influiría la decisión de casos futuros⁷¹⁰.

Conforme lo expresado, se destaca que, al menos en Guatemala, la normativa procesal constitucional no limita el planteamiento de nuevas solicitudes de inconstitucionalidad si lo cuestionado mantiene su vigencia, así existan interpretaciones escritas en piedra, por lo que es a los tribunales constitucionales a los que concierne defender la fuerza de los argumentos interpretativos en que se sustentó la resolución emitida con antelación.

B) ¿Es viable la solicitud de debido cumplimiento de lo decidido en

⁷¹⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

inconstitucionalidades generales?

Ciertamente, la respuesta que se emita tampoco escapa de controversias, principalmente por el hecho que esos fallos no son de condena –de acuerdo con las tipologías abordadas– y no conllevan un mandato de ejecución que dé lugar a una ejecución forzosa; sin embargo, ha de tenerse presente que si no hay mecanismos que posibiliten la observancia de lo resuelto, se pone en riesgo la eficacia misma del control constitucional normativo⁷¹¹. Si bien este tópico será abordado en el último capítulo de este trabajo de tesis, desde ya se enfatiza la necesidad de dar seguimiento a ese tipo de fallos. En Guatemala, en alguna medida, el panorama no tendría que ser tan complicado si se toma en cuenta que el segundo párrafo del artículo 44 del AC 1-2013 –cuerpo normativo reglamentario y complementario de la ley procesal constitucional– dispone: “La Corte de Constitucionalidad será competente [...] para ejecutar las sentencias de inconstitucionalidad de carácter general, en las que haya pronunciado efectos positivos que deban ser cumplidos”. Se advierte que esa previsión reglamentaria es afortunada y atiende a la necesidad de dotar de eficacia a fallos con contenidos no tradicionales, los cuales no han sido ajenos al tribunal constitucional guatemalteco.

Para concluir, debe enfatizarse la fuerza que conllevan las sentencias que se emiten al ser realizado el control constitucional normativo, siendo esto un punto medular en la determinación de los efectos de los fallos jurisdiccionales que se emiten en ocasión de ese control. A estas alturas de la evolución del Derecho Constitucional, ese es un extremo ni se puede negar ni se debe evadir.

6. Las sentencias como fuentes de Derecho

En momentos actuales se asiste a un escenario en el que el estudio del Derecho

⁷¹¹ Esto será abordado con más detenimiento en el numeral 6.3.1 del último capítulo.

se torna incompleto si se desconocen los criterios sostenidos en las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, al menos los de jerarquía superior. Y es que debe tenerse en cuenta que, a pesar de que en los sistemas jurídicos romano-germánicos –identificados por los anglosajones como sistemas de *civil law*– la producción legislativa tiene un rol preponderante como fuente del Derecho, cada vez es más frecuente que los litigantes invoquen los fallos –o, con mayor precisión: los criterios sostenidos– como el Derecho que sustenta la solución a los casos o que los tribunales fundamenten sus decisiones en sentencias preexistentes, principalmente en asuntos de idéntica o semejante naturaleza⁷¹².

La relevancia que en los sistemas relacionados se ha concedido a las decisiones judiciales se ha venido produciendo más de *facto*, que de *iure*, por cuanto que en estos históricamente se ha reconocido que la tarea de creación del Derecho es ajena al Poder Judicial, aunque ha de precisarse que es usual encontrar en los ordenamientos jurídicos propios del sistema romano germánico que se admita que los criterios jurisprudenciales puedan servir de fundamento complementario al momento de resolver.

Ante el panorama expuesto, surge la duda si tiene base alguna considerar a las sentencias como fuentes del Derecho. Para tener claridad en la respuesta, en primer término, conviene traer a cuenta en qué consiste ese concepto; para el efecto, se evoca a Bobbio, quien sostiene que “[f]uentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento hace depender la

⁷¹² El profesor Ezquiaga Ganuzas, respecto de la producción judicial del Derecho en nuestros sistemas, refiere:

...en el *civil law* se está produciendo en paralelo un constante aumento de la importancia de las decisiones judiciales, las cuales han dejado de ser consideradas simple fuente de normas individuales (que establecen la consecuencia jurídica para el caso concreto), para pasar a ser, al menos alguna de ellas y con determinadas condiciones, fuentes de normas generales (que establece el criterio normativo para la resolución de casos posteriores).

Véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Jurisprudencia y precedente en la argumentación jurídica”, *Voces electorales*, 2016, p. 14. Disponible en línea: https://tje-bc.gob.mx/docs/revista/1505423648_REVISTA%20JUL%20-%20DIC%202016%20-%20PDF.pdf. Consultado el 20 de febrero de 2019.

producción de normas jurídicas”⁷¹³. Igualmente, se evoca a Pizzorusso, para quien el concepto alude a “aquellos hechos o actos jurídicos los cuales, en virtud de las «normas sobre la producción jurídica» vigentes en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas integradoras de aquel ordenamiento”⁷¹⁴.

Según el profesor Bulygin, el dilema de considerar a las sentencias judiciales como fuentes del Derecho ha sido un asunto muy debatido en los últimos doscientos años, pudiendo identificarse tres posiciones claramente diferenciadas, a saber: (a) una teoría o doctrina tradicional sostiene que el Derecho, entendiéndolo como “conjunto de normas generales”, es creado por los legisladores y los jueces deben limitarse a su aplicación a casos particulares; (b) otra teoría sostiene que el Derecho es el “conjunto de todas las normas, generales e individuales”, por lo que los jueces solo tienen potestad para crear las últimas – las individuales–; y (c) otra teoría postula que los jueces no crean Derecho en situaciones normales, pero sí crean “normas generales en situaciones muy especiales”, que es la que defiende el autor de la sistematización expuesta⁷¹⁵. La falta de concesos en cuanto al tema parte del hecho mismo de la inexistencia de acuerdos entre lo que debe entenderse por Derecho y qué quiere decir crearlo, pues nadie podría negar que los jueces dictan sentencias, pero solo quienes adscriben a la tercera teoría comentada toman el riesgo de indicar que estas conllevan la creación de reglas generales.

Bulygin refuta que el papel de los jueces se agote en la simple tarea de la aplicación de las leyes dictadas por el Poder Legislativo, refiriendo que esa visión presupone una idea de Derecho completo y coherente, en el sentido que este contiene una solución para todo problema que sea sometido a su conocimiento, no

⁷¹³ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1987, p. 158.

⁷¹⁴ Pizzorusso, Alessandro, “Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, 1989, p. 270.

⁷¹⁵ Bulygin, Eugenio, “Los jueces ¿Crean Derecho?”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2003, p. 7.

dando cabida a dos o más soluciones incompatibles entre sí; a su juicio, la eventual falta de una disposición normativa para resolver el caso –*laguna de Derecho*– o la coexistencia de dos o más incompatibles que sean aplicables al mismo caso –*conflicto de normas*– impediría a los juzgadores encontrar una solución para el caso⁷¹⁶.

La doctrina tradicional fue objeto de críticas por Kelsen, al que se le identifica con la segunda teoría relacionada y quien sostuvo que las sentencias son, a la vez, actos de aplicación y de creación del Derecho, en tanto que los fallos judiciales constituyen “normas individuales”. A juicio de Bulygin, ese postulado también es cuestionable, por cuanto que la afirmación es producto de una simplificación excesiva, tomando en cuenta que, para atribuir la expresión *norma* –en sentido amplio– a una disposición, se requiere generalidad respecto del sujeto o destinatario⁷¹⁷. En todo caso, lo que podría ser considerado como “norma individual” es la parte dispositiva o resolutoria del caso, la que, si bien constituye un acto de voluntad, no implica creación de Derecho. Debe tenerse presente que la función creativa no podría producirse en el *decisum*⁷¹⁸, sino que se da en la parte considerativa, en la que quedan plasmados los fundamentos fácticos –descripción de los hechos– y normativos –disposición general que ofrece la solución al caso– de lo decidido⁷¹⁹. Eventualmente, el juzgador podría verse en la necesidad de “crear” cuando la disposición normativa general en la que justifica su decisión no es de las creadas por el legislador, pues esta no daría la respuesta pretendida⁷²⁰.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁷¹⁷ Se refiere al sentido amplio y más generalizado de “norma” y no al estricto, el cual, según lo desarrollado en el numeral 5 del capítulo II, corresponde a una visión contemporánea.

⁷¹⁸ A juicio de Bulygin, “la norma individual (parte dispositiva de la sentencia) no es creada por el juez, sino deducida de la norma general fundamente, las definiciones en juego y los hechos del caso”. Véase: Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de Derecho”, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, p. 360.

⁷¹⁹ Bulygin, Eugenio, “Los jueces...”, *cit.*, pp. 12 a 14.

⁷²⁰ Sin ánimo de dar una definición de “crear”, sino que, tan solo, con el objeto de indicar la condición necesaria para que una norma pueda ser considerada como “creada”, Bulygin refiere que “para que una norma formulada por una autoridad normativa sea considerada creada por ella, el contenido de esta norma no ha de ser idéntico al de alguna otra, perteneciente al mismo orden

Los casos concretos en los que ello podría suscitarse se presentan cuando concurren lagunas o contradicciones normativas o, incluso, en casos de “lagunas axiológicas” –la que se presentaría cuando las disposiciones normativas presentan una solución, pero el intérprete la valora como injusta o inadecuada–⁷²¹.

Según la percepción del profesor Aguiló, el movimiento o transición de las disposiciones normativas producto de la creación formal a las que emanan del quehacer judicial, se resume en los siguientes términos: (a) de acuerdo con su función de hacer efectivo el Derecho objetivo, los jueces se ven en la necesidad de realizar transformaciones a las disposiciones del Derecho objetivo para poder resolver casos; (b) en esa actividad, los jueces deben justificar sus decisiones, haciendo explícitas sus razones; (c) para que una decisión sea justificada, debe fundarse en un criterio universal; (d) la universalización implica que un asunto, bajo las mismas circunstancias, pueda resolverse de igual forma; y (e) las manifestaciones de Derecho objetivo aplicado por los juzgadores se ven modificadas cuando se ha tenido que tomar decisiones para poder aplicarlas; así las cosas, la “nueva norma” –producto de las transformaciones realizadas–, junto con los criterios utilizados para justificarlas, se incorporan al conjunto de aquellas que el juez tiene el deber de aplicar. Esto último, a su juicio, no es otra cosa que

jurídico, ni consecuencia lógica (deducible) de otras normas”. Para mayor abundamiento, véase: Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial...”, *cit.*, p. 360. Por su parte, el profesor Aguiló sostiene que la determinación de la existencia de “normas de origen judicial” tiene que ver con el hecho de si en el proceso de aplicación del Derecho objetivo también se contribuye a la formación de ese tipo de Derecho. Según su criterio, el gran problema radica en explicar cómo, dentro del marco de la teoría de las fuentes, se produce esa contribución y a qué responde. *Cfr.*: Aguiló Regla, Josep, “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, III época, 2009, pp. 456 y 457.

⁷²¹ Bulygin, Eugenio, “Los jueces...”, *cit.*, pp. 24 y 25. Igualmente es interesante el trabajo de Victoria Iturralde, quien, con el ánimo de precisar si los fallos jurisdiccionales tienen capacidad creadora, modificatoria o derogatoria de reglas normativas, se ha pronunciado sobre los alcances de la expresión “creación judicial del derecho”, señalando la posibilidad de que se susciten varias situaciones con ese propósito, tales como: (i) la creación material de una “norma particular” para un caso concreto por inexistencia de una preexistente; (ii) la creación material de “normas generales”; esto ocurre cuando una decisión judicial tiene el valor de precedente para casos posteriores; y (iii) la expulsión de una disposición normativa del ordenamiento jurídico. Al respecto, la tratadista clarifica que los jueces no toman la decisión partiendo de la nada, pues se basan en algún principio o disposición normativa implícita preexistente. *Cfr.*: Iturralde, Victoria, “Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de *civil law*. El caso español”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XII, 1995, pp. 402 a 406.

Derecho objetivo⁷²².

El maestro Bidart Campos, citado por Chacín, alguna vez expresó que admitir que los juzgadores crean Derecho, incluso con la emisión de sentencias de efectos generales, no debe ser visto como una usurpación de funciones del Poder Legislativo, ni tampoco como fomentadora de la arbitrariedad, “porque la creación judicial no es originaria ni novedosa, porque esta creación se hace en base a normas de la Constitución, leyes, decretos, reglamentos, etc”. Por ello mismo, la decisión y consecuente directriz normativa tiene su origen o justificación en disposiciones superiores⁷²³.

Hecha la precisión del tránsito hacia la producción judicial normativa, es pertinente referir que, aunque se reconozca la facultad excepcional de los jueces de crear Derecho, esta difiere sustancialmente de la potestad legislativa, por cuanto que las disposiciones normativas que emanan de los parlamentos son obligatorias para todos y, de forma particular, para los juzgadores; en tanto que las emanadas de los jueces no obligan, de manera automática, a otros operadores de justicia, pudiendo devenir su observancia del hecho que las consideraciones sean tomados como precedentes o jurisprudencia a seguir.

Definida la posibilidad de creación de Derecho por parte de los jueces, es pertinente referir que el profesor Pizzorusso ofrece varios criterios de clasificación de las fuentes del Derecho, destacando la distinción entre *fuentes-hecho* y *fuentes-acto*, la primera alude a la producción normativa que tiene lugar mediante la elaboración de disposiciones normativas conforme a modelos de comportamiento derivados de actividades producidas con anterioridad, en tanto que la segunda se produce cuando la producción normativa radica en la elaboración de disposiciones destinadas a su observancia por sus destinatarias. De esa cuenta, cuando se habla de que una decisión ha sido asumida sobre la

⁷²² Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, p. 465.

⁷²³ Chacín Fuenmayor, Ronald, “Acerca del origen del Derecho: novísimo papel del precedente”, *FRONESIS, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, vol. 17, núm. 1, 2010, p. 93.

base de tomar los fallos precedentes como fuentes de Derecho, se alude a *fuentes-hecho*; por su parte, la Constitución, las leyes, los reglamentos u otras disposiciones similares encuadrarían en el otro grupo⁷²⁴.

Apoyado en la distinción entre los conceptos disposición y norma en sentido estricto –que fue abordado en el apartado 5 del capítulo II–, Pizzorusso sostiene que “[l]as normas elaboradas sobre la base de la interpretación de las disposiciones pueden funcionar como disposiciones eventualmente utilizables para la elaboración de las normas a aplicar a los supuestos de hechos concretos”⁷²⁵. Esta aseveración es relevante para este trabajo, por cuanto que asigna la eventual calidad de disposición normativa al criterio que deriva del razonamiento interpretativo plasmado en una sentencia, que podrá ser útil para su aplicación en otros casos concretos⁷²⁶.

A juicio del autor de la tesis, lo expresado en los párrafos que preceden da cuenta que los jueces tienen una función activa en la producción de reglas normativas, lo cual es laudable en tanto permite su evolución –de esas reglas–, así como de la disciplina jurídica, precisamente al ritmo que las necesidades sociales imponen. Ello es así, pues, a la postre, son los jueces los que dicen qué alcances deben ser reconocidos al Derecho objetivo y a los derechos subjetivos que se pretendan hacer valer; esa consideración vale no sólo en los casos pasados, sino también para muchos futuros.

⁷²⁴ Pizzorusso, Alessandro, “Las fuentes del Derecho...”, *cit.*, p. 276 y 277. Apoyándose en la clasificación del profesor italiano, Aguiló también hace referencia a la distinción entre *fuentes-hecho* y *fuentes-acto*; sin embargo, este autor hace distinción entre el modelo de precedente, el cual, según su parecer se aproxima a las *fuentes-acto*, en la medida que el juez que dicta la sentencia tiene poder para introducir frecuentemente normas generales; y el modelo de la jurisprudencia se ajusta más al de *fuentes-hecho*, en la medida que es consecuencia de la reiteración. *Cfr.*: Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, pp. 459 y 460.

⁷²⁵ Pizzorusso, Alessandro, “Las fuentes del Derecho...”, *cit.*, p. 282.

⁷²⁶ El profesor Rivero Ortega hace relación de la importancia de las sentencias como fuentes del Derecho, al extremo de indicar: “son las sentencias de los tribunales las que nos pueden decir lo que es Derecho, no sólo en el caso concreto que resuelven, sino también en los futuros litigios que ante ellos se planteen”. Véase: Rivero Ortega, Ricardo, “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: Reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, pp. 91 y 92.

Al hablar de cómo se genera Derecho mediante fallos jurisdiccionales, obligado resulta hacer referencia especial a los dictados por los tribunales constitucionales, los cuales, según lo referido precedentemente, tienen la capacidad de contener pronunciamientos dirigidos hacia la generalidad, de establecer interpretaciones para ser observadas por toda la población –o por amplios sectores sociales– y de anular o expulsar del ordenamiento jurídico disposiciones normativas con vicio de inconstitucionalidad⁷²⁷.

Según Garrorena Morales, además de ser, ante todo, actos procesales, en tanto son decisiones de un colegio de jueces que ponen fin a un proceso, las sentencias constitucionales también son, en grado eminente, “actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del Derecho”⁷²⁸ e, igualmente, constituyen “indefectiblemente, decisión política..., [en tanto] acto de un poder en dialéctica con los demás poderes del Estado”⁷²⁹.

La necesidad de encontrar el fundamento de la fuerza especial que presenta ese tipo de fallos torna obligado detenerse en el estudio de los institutos jurídicos procesales surgidos de la tradición jurisdiccional y en los cuales han radicado las razones para reconocer que los pronunciamientos de los jueces tienen la virtud de crear Derecho. Los conceptos de los que se hace referencia son el precedente y la jurisprudencia⁷³⁰, los que, a pesar de que muchas veces son utilizados como si fueran sinónimos, presentan matices diferenciadores que será necesario precisar.

⁷²⁷ Respecto del tema abordado, Rivero Ortega refiere: “Con respecto a las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad, el carácter normativo parece incontrovertible, ateniéndose a la terminación del [artículo] 164.1, que establece que éstas «... tienen plenos efectos frente a todos»”. *Ibidem*, p. 103.

⁷²⁸ Garrorena Morales, Ángel, “La sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, p. 7.

⁷²⁹ *Loc. cit.*

⁷³⁰ Coincidentemente, el profesor Ezquiaga Ganuzas refiere que:

Cuando se analiza el valor de las decisiones judiciales en relación con la resolución de casos posteriores, suele ser habitual distinguir entre precedente judicial y jurisprudencia, utilizando un criterio básicamente cuantitativo, y empleando asimismo la distinción para caracterizar el diferente papel que las decisiones judiciales juegan en el sistema de *common law* y *civil law*.

Véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Jurisprudencia y precedente...”, *cit.*, p. 16.

De manera particular, se advierte útil ese abordaje para determinar si los conceptos relacionados son los determinantes para estimar la necesidad de seguimiento de las sentencias constitucionales, en tanto creadoras de directrices de conductas humanas a observar. Esto se verá en los subincisos que siguen.

6.1 La jurisprudencia y doctrina legal

En primer término, es obligado indicar que, además de significar las respuestas de los tribunales a las pretensiones que las partes procesales intentaron hacer valer en casos concretos sometidos a su conocimiento, las sentencias jurisdiccionales tienen el valor de ser una especie de vitrina que deja conocer las posiciones o criterios de los juzgadores respecto de temas sobre los cuales ya se pronunciaron con antelación.

Aunque más adelante se procurará apoyo en las definiciones aportadas sobre el instituto jurídico, ha de indicarse que, en términos generales, el término *jurisprudencia* es utilizado para hacer alusión a la producción de fallos jurisdiccionales y su uso deriva del Derecho Romano, en el que se utilizó atribuyéndose esa labor al *iuris prudentis*; es decir, aquellos poseedores de una forma especial de conocimiento jurídico: el prudencial, el cual, originalmente, le fue reconocida exclusivamente al colegio de los pontífices, pues a estos les era encomendado ser guardianes del Derecho, correspondiéndoles atender y resolver las consultas que les hacían los particulares⁷³¹. El conocimiento de lo acertado jurídicamente para cada caso fue denominado *iuris prudentia* –de donde deriva el vocablo con el que se titula este apartado–; sin embargo, posteriormente, el vocablo experimentó una derivación lingüística, utilizándose para referirse a la ciencia del Derecho y también a la reiteración de criterios jurídicos en las sentencias emanadas de los tribunales.

⁷³¹ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 48.

Con el paso del tiempo, el uso de la expresión se consolidó, así como su concepción dual; sin embargo, en los últimos siglos, ha sido manifiesta la inclinación de los doctrinarios y de la normativa ordinaria a utilizar el vocablo para referirse a la segunda de las connotaciones indicadas anteriormente, atribuyéndosele calidad de fuente de Derecho, en cuanto que la reiteración de pronunciamientos conlleva la generación de directrices jurídicas para regir las conductas humanas.

El descrédito que, previo a la Revolución Francesa, caracterizó a la actividad desarrollada por los jueces –los cuales eran nombrados por los reyes y que constituyeron instrumentos para respaldar jurisprudencialmente los abusos monárquicos– dio lugar a que algunos destacados pensadores de la época postularan la necesidad de desterrar a la jurisprudencia como fuente jurídica. En esa línea, Robespierre propuso a los constituyentes franceses lo siguiente: “La palabra jurisprudencia debe ser borrada de nuestro idioma: no significa nada para el nuevo régimen. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley”⁷³².

Superada la etapa de descrédito, la jurisprudencia se posicionó como fuente creadora de Derecho, siendo considerada, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos que siguen el modelo romano-germánico, como complementaria –o secundaria, si se quiere denominarla así– con relación a lo regulado en las leyes y demás disposiciones normativas⁷³³.

Definido el origen del término y cómo se fue consolidando su uso, conviene traer a cuenta algunas definiciones que sobre este se han aportado, las que ponen de manifiesto sus múltiples acepciones. Para el efecto, se evoca al ilustre jurista

⁷³² El pasaje que contiene el pensamiento de Maximiliano Robespierre es citado en: Lasarte Álvarez, Carlos, “Las corrientes metodológicas y el Derecho Civil”, *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, p. 383.

⁷³³ Con un claro enfoque marcadamente legalista, el artículo 2 de la LOJ otorga a la ley primacía como fuente jurídica, en tanto que a la jurisprudencia le concede el carácter de fuente complementaria. Concretamente regula: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará”.

García Máynez, quien, en el siglo pasado, sostuvo:

La palabra *jurisprudencia* posee dos acepciones distintas. En una de ellas equivale a *ciencia de derecho o teoría del orden jurídico positivo*. En la otra sirve para designar el *conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales*. Algunas veces, la ley otorga a las tesis expuestas en las resoluciones de ciertas autoridades judiciales, carácter obligatorio, relativamente a otras autoridades de inferior rango. [Líneas adelante añade:] En lo que atañe a nuestro derecho podemos hablar, por tanto, de *jurisprudencia obligatoria y no obligatoria*⁷³⁴.

En tiempos más recientes ha persistido la múltiple connotación referida; ello se pone de manifiesto en las definiciones aportadas por García Cuadrado. Véase:

En un sentido amplísimo se denomina jurisprudencia a la misma ciencia del Derecho. En sentido menos amplio se conoce con este nombre al conjunto de decisiones de los tribunales en la resolución de los conflictos ante ellos planteados. En un sentido estricto y por lo que hace al Derecho español, se ha considerado tradicionalmente como jurisprudencial al “*criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo*”⁷³⁵.

Calvo Vidal, citado por Rivero Ortega, refiere que en España la connotación atribuida al término ha pasado por varias etapas diferenciales, que permiten hablar de los siguientes sentidos: de manera amplia, el concepto alude a la “doctrina de jueces y magistrados”; y en sentido estricto habría que diferenciar entre el significado atribuido antes de la emisión de la Constitución, el cual concernía al “criterio constante y uniforme mantenido por el tribunal Supremo”, y después de la Constitución, que trajo consigo la inclusión de “la doctrina del Tribunal Constitucional y, en algunas materias, la de los Tribunales Superiores de

⁷³⁴ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

⁷³⁵ García Cuadrado, Antonio Ma., *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho*, Alicante, Editorial Club Universitario, 2002, p. 269.

Justicia”⁷³⁶.

Con mucha autoridad sobre la temática, el profesor Bulygin aporta la siguiente definición:

La jurisprudencia es el conjunto de normas *vigentes* creadas por los jueces. Estas normas son vigentes cuando son de hecho aplicadas por los tribunales. Para que una norma sea vigente no se requiere que haya sido efectivamente aplicada en un número más o menos elevado de casos. Basta que existan buenas razones para afirmar que la norma sería aplicada en caso de presentarse la correspondiente ocasión. De esta manera una sola sentencia –por ejemplo, cuando se trata de un tribunal de gran prestigio– puede dar vigencia a la norma creada y, por consiguiente sentar jurisprudencia⁷³⁷.

Coincidiendo en algunos puntos con la definición anterior, Rivero Ortega también hace precisión en cuanto a que la jurisprudencia la conforman las “sentencias con valor normativo especial (no sólo complementario, en realidad), que deben ser tenidas en cuenta y respetadas por los órganos judiciales a la hora de interpretar y aplicar y el Derecho”⁷³⁸. Por ello mismo, es enfático en cuanto a que no todos los fallos hacen jurisprudencia. A partir de esa idea y tomando en cuenta la realidad judicial española, reconoce que sí la hacen las sentencias emanadas del “Tribunal Constitucional, las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las del Tribunal Supremo y, en cuestiones de Derecho autonómico, las de los Tribunales Superiores de Justicia”⁷³⁹. A la vez, precisa que, salvo en los casos de fallos de casación, no ve la necesidad de reiteración del criterio normativo asentado en los fallos de esos órganos jurisdiccionales⁷⁴⁰.

⁷³⁶ Rivero Ortega, Ricardo, *op. cit.*, p. 101.

⁷³⁷ Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial...”, *cit.*, 368.

⁷³⁸ Rivero Ortega, Ricardo, *op. cit.*, p. 114.

⁷³⁹ *Loc. cit.*

⁷⁴⁰ *Loc. cit.*

EL profesor Aguiló postula que en la tradición del *civil law*, cuando se habla de jurisprudencia, se hace referencia al conjunto de sentencias judiciales, pero no se les concibe “como documentos en los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes del proceso), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales”⁷⁴¹; por ello, cuando se produce la reiteración, se suele hablar de *línea jurisprudencial* y de *jurisprudencia obligatoria*, esta se extraería de las sentencias de los tribunales superiores⁷⁴².

Lo dicho precedentemente, en cuanto a la existencia de criterios jurisprudenciales “obligatorios” –en tanto se les ha reconocido la calidad de fuente de Derecho–, torna necesario precisar lo siguiente: (a) que no todos los tribunales emiten fallos que forman jurisprudencia que deba ser seguida; así lo explica el jurista guatemalteco Villegas Lara, al señalar que, según la normativa procesal local, solo a los fallos que emanan de la CC y las cámaras de la CSJ –que son los que ocupan la cúspide en la jerarquía tribunalicia– les es reconocida esa capacidad; así las cosas, “[e]n los tribunales menores: Salas de la Corte de Apelaciones, Tribunales de Primera Instancia y de Paz, no se produce jurisprudencia con carácter de doctrina legal”⁷⁴³; (b) que no todas las resoluciones conforman jurisprudencia obligatoria, pues, poniendo como ejemplo el caso guatemalteco, solamente debe ser seguidas aquellas, de fondo, que emanan el supremo tribunal ordinario al resolver casaciones o que dicta el máximo órgano jurisdiccional

⁷⁴¹ Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, pp. 458 y 459.

⁷⁴² *Ibidem*, p. 459.

⁷⁴³ Villegas Lara, René Arturo, *Temas de introducción al estudio del Derecho y de Teoría General del Proceso*, 4a. ed., Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004, p. 87. Para el caso español, Cancio Fernández refiere:

En la Constitución de 1978, sólo encontramos el término “jurisprudencia” en relación a las competencias del Tribunal Constitucional (TC) contenidas en el artículo 161 cuando, paradójicamente, no es ni mucho menos pacífica la capacidad de dicho Tribunal para generar “jurisprudencia” en sentido estricto. [...] la cuestión se enturbia aun más con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que da un paso más y atribuye capacidad jurisprudencial a las Audiencias Provinciales, a los Tribunales Superiores de Justicia y al Tribunal Supremo, refundiendo el tradicional concepto de doctrina legal con el de jurisprudencia en el término de nuevo cuño “doctrina jurisprudencial”...

Véase: Cancio Fernández, Raúl C., *La cita legal en el ordenamiento jurídico español, Derecho comparado y perspectivas de futuro*, Madrid, Editorial Club Universitario, 2006, p. 17.

constitucional en la resolución última de las garantías procesales que, en ese ramo, se promueven; por lo que otro tipo de fallos solo presentarían imperatividad y vinculatoriedad para el caso concreto en que son emitidos; (c) que el carácter vinculante deriva del hecho que en las sentencias se resuelvan casos que pueden volver a plantearse, sentando criterios que, a futuro, habrían de tener en cuenta los operadores jurídicos; y (d) que la relevancia de la jurisprudencia estriba en que las decisiones que la conforman consagran reglas que pueden ser seguidas para la resolución de controversias venideras.

A propósito de la obligatoriedad de la jurisprudencia, es pertinente referir que, muchas veces, ese término es utilizado como sinónimo de doctrina legal; sin embargo, como bien refiere Rivera Ortega esa confusión “es una sinécdoque”, en tanto supone la designación del todo –la jurisprudencia– con el nombre de una de sus partes o expresiones; en el caso concreto, con el sustantivo que concierne a la reiteración de criterios o líneas jurisprudenciales que han de seguirse –doctrina legal–; ello significa que son conceptos íntimamente relacionados, pudiendo ser irrelevante establecer diferencias destacables⁷⁴⁴.

El citado autor también refiere que *doctrina legal* es un término castizo –genuino del lugar–, el cual comenzó a ser utilizado, según investigación de Calvo Vidal, en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, regulador de la nulidad ante el Tribunal Supremo –órgano creado a raíz de la Constitución de Cádiz de 1812–, equiparando inicialmente ese sustantivo al de jurisprudencia, entendiendo que, en los primeros momentos, aquel tribunal debía remitirse a los fallos de los órganos jurisdiccionales que le precedieron; esto por carecer de su propio repertorio; más adelante, sin embargo, la designación se circunscribió precisamente a las sentencias emanadas del alto tribunal en mención a las que podría dotársele un

⁷⁴⁴ Rivero Ortera, Ricardo, *op. cit.*, p. 107. En la página subsiguiente –la 108– el autor también refiere que, a criterio de algunos tratadistas, tal el caso de Rafael de Asís, que ha afirmado: “la diferencia entre doctrina legal y jurisprudencia ha desaparecido en nuestro Derecho”. Para apoyar esa afirmación, evoca la siguiente referencia: “Rafael de Asís, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995”.

valor singular⁷⁴⁵.

Con la denominación doctrina legal, entonces, se designó lo que podría denominarse una línea jurisprudencial o “criterio reforzado”, a raíz de la reiteración de los sentidos de los fallos. Hoy en día, algunos tratadistas cuestionan su uso e invitan a determinar la necesidad de que un criterio jurisprudencial precisa recalcarse para considerar la existencia de tesis doctrinales que deban ser seguidas. En principio, el debate podría zanjarse fácilmente sin mayor discusión acudiendo a una respuesta con respaldo normativo; sin embargo, debe tenerse presente que, cuando se hace referencia a los criterios emanados por los tribunales de casación que deben ser seguidos, usualmente la normativa que los rige exige un número determinado de fallos para considerar la existencia de doctrina legal⁷⁴⁶; esto también suele ocurrir en el control de constitucionalidad de actos no normativos, pudiéndose también encontrar expresiones de esa exigencia⁷⁴⁷. La fácil respuesta se desvanece con relación a otro tipo de sentencias, en las que no parece tan clara la necesidad de reiteración, siendo preferible en esos casos hablar de “doctrina jurisprudencial”, que supone la innecesidad de dicha reiteración⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 108.

⁷⁴⁶ En Guatemala, el segundo párrafo del artículo 621 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos”, el cual se complementa con el 627 del mismo cuerpo legal que dispone: “Si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos, **cinco fallos** uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otro en contrario” [el énfasis es añadido]. Además debe tenerse presente que, en materia penal, la ley procesal de la materia es omisa en requerir que la doctrina legal sea conformada por un número específico de sentencias en un mismo sentido.

⁷⁴⁷ Verbigracia, el artículo 43 de la LAEPC, el cual corresponde al título II, que regula lo concerniente a amparos y dispone:

La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta **doctrina legal** que debe respetarse por los tribunales al haber **tres fallos** contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.

⁷⁴⁸ Rivero Ortega hace referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con relación a la situación propia de España. Por ello mismo, sostiene que el término doctrina legal no se adaptaba a los cambios experimentados por el

Lo expresado anteriormente en cuanto a lo que se va a tener por jurisprudencia y cuando estos son seguidos abre la puerta para analizar cómo opera ese concepto en la jurisdicción constitucional y si es aplicable para todas las garantías constitucionales, en especial para los casos de inconstitucionalidades directas.

6.2 El precedente

Como instituto jurídico procesal, el origen del precedente se halla en la tradición jurídica anglosajona del *common law*, cuya regla del *stare decisis*⁷⁴⁹ implica que el juzgador debe atenerse a lo que ha servido de fundamento para resolver un caso en una sentencia anterior. Esa manera de resolver se instauró como práctica consolidada en los órganos jurisdiccionales británicos, extendiéndose a todos los territorios en los que el Reino Unido tuvo presencia colonial, habiendo experimentado gran desarrollo en los Estados Unidos de América. Esto se produjo sin que, para ello, se hubiere precisado de formalización legislativa.

La regla antes mencionada contribuyó a que se consolidaran como emanadores de directrices los fallos trascendentes dictados por los órganos jurisdiccionales en diferentes ramas del Derecho, no siendo la excepción el ramo constitucional; de hecho, con la emergencia del control difuso, le fue reconocida la calidad de precedentes a las decisiones surgidas de los tribunales a los que se les atribuyó la facultad de desarrollar la *judicial review*⁷⁵⁰, actividad que también surgió como una

ordenamiento jurídico español, tras la Constitución de 1978; esa aseveración la hace, ya que las reformas a la Ley de Enjuiciamiento Civil y otras leyes procesales españolas se han decantado por utilizar la “jurisprudencia aplicable al caso” o la denominación “doctrina jurisprudencial”, concepto este que se distingue por la innecesaridad de reiterados pronunciamientos en un mismo sentido. Cfr.: Rivero Ortega, Ricardo, *op. cit.*, pp. 114 y 115.

⁷⁴⁹ La locución referida deriva de una más amplia: *stare decisis et non quieta movere*, que significa respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos.

⁷⁵⁰ Así lo reconoce Ahumada Ruíz, en ocasión de comentar una obra de Ana Laura Magaloni Kerpel (Madrid: McGraw Hill, 2010), al indicar que “[e]l *stare decisis* es una razón de establecimiento y permanencia de la *judicial review* al margen de cualquier regulación”, ya que reconoce que esta última surgió como práctica no planeada ni programa y, por supuesto, no regulada. Para mayor abundamiento, véase: Ahumada Ruiz, María Ángeles, “*Stare decisis* y

práctica sin apoyo normativo.

Para el mejor entendimiento del precedente anglosajón, debe tenerse en cuenta que en el sistema del *common law*, el Derecho se percibe como un “*work in progress*, [o sea:] un incesante proceso de desarrollo, producción y modificación de reglas jurídicas que debe ser comprendido en dimensión histórica. La óptica desde la que se contempla el derecho es dinámica: el derecho «se mueve»⁷⁵¹; así las cosas, cuando la realidad social permea el campo jurídico, este tendría que idear las respuestas que la sociedad precisa para avanzar.

En sus inicios –se habla del siglo XIII–, los precedentes tenían una función simplemente persuasiva, ya que constituían algo así como recomendaciones para resolver, con miras a propiciar una igualdad de trato y de uniformidad de los criterios jurídicos, creando una especie de predictibilidad para casos futuros, lo que reforzaba la seguridad jurídica⁷⁵². La vinculatoriedad de los precedentes, según García Belaunde, comenzó a ser considerada entre los siglos XVI y XVIII, en parte, como consecuencia del aporte sistematizador del jurista William Blackstone (1727-1780), que se encargó de recoger y ordenar las expresiones jurisdiccionales creadoras del Derecho inglés⁷⁵³.

El carácter vinculante de los precedentes no puede estimarse como un tema acabado, en especial en los Estados que no siguen la tradición del *common law*. Ha de reconocerse que, inicialmente, la doctrina vaciló entre considerarlos simplemente persuasivos u obligatorios y, luego, surgieron corrientes que los distinguieron entre obligatorios, cuasiobligatorios, declarativos y persuasivos⁷⁵⁴; esto, con la pretensión de proyectar un mayor o menor nivel de vinculatoriedad. El

creación judicial de Derecho (Constitucional). A propósito de El *precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, de Ana Laura Magaloni Kerpel”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 67, 2003, p. 352.

⁷⁵¹ *Ibidem*, p. 354.

⁷⁵² García Belaunde, Domingo, “El precedente constitucional; extensión y límites”, *Pensamiento constitucional*, núm. 22, 2017, p. 87.

⁷⁵³ *Loc. cit.*

⁷⁵⁴ *Loc. cit.*

debate no solo fue controvertido en cuanto a ese punto, sino también con relación a si solo se producía obligatoriedad verticalmente o también en línea horizontal. Las dificultades relacionadas comenzaron a ser zanjadas cuando en el siglo XX, en el Reino Unido, se determina que solo podía estimarse obligatorio lo dispuesto por la Cámara de los Lores, por medio de su Comité Judicial, compuesto por doce lores, llamados *Law Lords* –en tanto constituía el más alto tribunal–. Ya en este siglo, con el funcionamiento de la Suprema Corte de ese Estado monárquico, se le han trasladado a esta las funciones que, sobre ese tópico, correspondían al primero, siendo la única que podría apartarse de los precedentes preestablecidos⁷⁵⁵, a menos que los juzgadores se apoyen en razones sólidas para esquivar su sujeción al precedente que aparentemente tendrían que ser seguido; esto último podría darse con mecanismos tales como el *distinguishing* y el *overruling*⁷⁵⁶.

Como bien se dijo con antelación, el *common law* tuvo en los Estados Unidos de América un espacio para desarrollarse, ello se produjo por la influencia obvia de los británicos quienes hicieron presencia colonizadora. No obstante, ha de indicarse que allí su desarrollo ha experimentado matices especiales que han permitido que se perfilen características singulares. Con relación al modelo británico, este presenta mayor flexibilidad en la obligatoriedad de un precedente, posibilitando algún nivel de discrecionalidad en su uso⁷⁵⁷; ello obedece a varios

⁷⁵⁵ *Loc. cit.*

⁷⁵⁶ Refiere Taruffo que el sistema inglés es en el que el precedente está dotado de mayor eficacia, a menos que, como se indica en el cuerpo del trabajo, se produzca el *distinguishing*, que significa: “[d]istinguir, esto es, no aplicar la regla del precedente en el asunto que se resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato judicial distinto” y el *overruling*, que se produce: “[c]uando una corte de apelación considera que la decisión adoptada respecto de una apelación anterior en un asunto determinado no fue correcta y, en consecuencia, dicho precedente carece de poder vinculante”. Para mayor abundamiento, véase: Taruffo, Michelle, “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente, Anuario Jurídico*, trad. de Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini, 2007, p. 92.

⁷⁵⁷ Al respecto, indica Taruffo:

En el sistema americano la fuerza del precedente 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 sólo cuando el segundo juez lo comparte.

factores diferenciadores, como los siguientes: (a) la existencia de una Constitución que, distinto a la británica, sí es escrita y marca las pautas de conducta general; (b) el modelo de organización estatal federal, donde coexisten un sistema jurisdiccional nacional y estatal, existiendo decididamente dos fuentes de precedentes, siendo los que surgen de la Suprema Corte federal el que, en realidad, puede tomarse como vinculantes⁷⁵⁸; (c) la fijación y la mutación de los precedentes son motivados, más que todo, por la utilidad social, como un instrumento que posibilita la convivencia pacífica; esa motivación está condicionada por el gran pragmatismo que caracteriza a esa organización estatal; y (d) los cambios políticos y sociales han marcado la necesidad de evolución de los criterios jurisprudenciales, dando pie a que, según el escenario histórico a que se asiste, se emitan resoluciones judiciales que fijan posiciones para ser seguidas en tanto el panorama no sea modificado⁷⁵⁹.

Véase: Taruffo, Michelle, *op. cit.*, p. 92. En otro trabajo del mismo autor, hace referencia a las siguientes notas distintivas:

...el precedente inglés se diferencia fuertemente del americano, porque es más rígido y vinculante, mientras las cortes americanas rechazan vínculos formales y cultivan una concepción elástica y sustancialmente persuasiva del precedente...

Véase: Taruffo, Michelle, *Cinco lecciones mexicanas: memorial del taller de derecho procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 194.

⁷⁵⁸ En 1958, la Suprema Corte de los Estados Unidos emitió sentencia en el caso Cooper versus Aaron, en la que se dejó plasmado que la interpretación que realiza es “ley suprema de la tierra”, a la cual deben atenerse tanto los órganos judiciales como los poderes legislativos y judiciales. La importancia del fallo relacionada es desatada por Sagüés, al asumir lo siguiente: “la vinculatoriedad de la doctrina judicial establecida por la Corte cuenta así con un enunciado explícito y rotundo. Puede pensarse, por ello, que *Cooper vs. Aaron* importa una serie de «segundo *Marbury vs. Madison*», por su trascendencia institucional». Véase: Sagüés, Néstor Pedro, “El valor del precedente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia EEUU y Argentina”, *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, p. 137.

⁷⁵⁹ A guisa de ejemplo, se evoca la sentencia de 26 de junio de 2015, en el caso Obergefell versus Hodges, en el que se denunció la negativa de autoridades estatales de Ohio a reconocer el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo llevado a cabo en otros Estados; se adujo que ello producía vulneración a la décima cuarta enmienda de la Constitución. El tribunal acogió el planteamiento, resolviendo que ese tipo de matrimonio no puede ser prohibido por la legislación estatal y los celebrados en esos términos en otros Estados deben ser considerados como válidos. Para arribar a esa conclusión, entre otros puntos, la Suprema Corte consideró que el derecho a la elección personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de autonomía familiar. Igualmente, se adujo que el derecho a contraer matrimonio es fundamental y que las personas del mismo sexo tienen el mismo derecho que las personas de distinto sexo para disfrutar de asociación íntima. Al haberse hecho pronunciamiento en ese sentido, el resto de los tribunales y las autoridades administrativas de todos los Estados deben atenerse a lo expresado en ese fallo. El texto completo se halla en: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

Hecha una relación somera del desarrollo del precedente y de la doctrina del *stare decisis*, en la cual se apoya, se advierte la conveniencia de precisar sus características más relevantes; para ese efecto se evoca el aporte del insigne jurista escandinavo Ross, quien, asumiendo que ese modelo jurisdiccional es solo una ilusión que oculta la libre función creadora del Derecho por parte de los jueces, resume, como notas distintivas, las siguientes: (a) los tribunales se ven obligados por las decisiones de los órganos jurisdiccionales superiores; (b) toda decisión relevante dictada por cualquier tribunal conlleva un fuerte argumento para ser tomado en cuenta por otro; (c) la decisión asumida resulta obligatoria únicamente en cuanto a su *ratio decidendi*; o sea que no lo es en cuanto al segmento dispositivo, que dependerá de las particularidades del caso concreto; y (d) el precedente no pierde vigencia, sino que los antiguos no son aplicados por ser superados por otros precedentes más acordes a las nuevas circunstancias⁷⁶⁰.

Efectuada la precisión de cómo surge y qué desarrollos, como fuentes de Derecho, han experimentado los precedentes, conviene hacer relación de algunos intentos por definir ese concepto. Para el efecto, en primer término, ha de traerse a cuenta que la connotación general que se le atribuye al vocablo –precedente– alude a lo que antecede en el tiempo y en el espacio a cualquier otra cosa o persona.

Con mucha propiedad sobre el tema, Taruffo refiere que, en sentido propio, precedente es “aquella parte de la sentencia a la cual se hace referencia para derivar de ella la regla de juicio aplicable al caso sucesivo”⁷⁶¹. En otra parte de su trabajo, el jurista italiano alude a que los precedentes representan los “*tòpoi*” que orientan la interpretación de las disposiciones normativas en la compleja tarea de motivación de las sentencias, constituyendo una herramienta de uso cotidiano del “*jurista práctico*”⁷⁶². También indica que su característica principal es su propia

⁷⁶⁰ Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 83 y ss.

⁷⁶¹ Taruffo, Michelle, “Precedente y...”, *cit.*, p. 91.

⁷⁶² *Ibidem*, pp. 86 y 87.

fuerza, o sea: la capacidad de determinar o, al menos, direccionar el sentido de la decisión en los casos sucesivos⁷⁶³; ello sugiere que quedan excluidas, dentro de esa categorización, las decisiones que no están dotadas de ese nivel de eficacia. Otra importante distinción que realiza la jurista es el hecho que descarta totalmente que un fallo emitido por un tribunal superior de otro Estado pueda ser considerado como precedente en ello; esto es así porque este no tendría ni la vinculatoriedad en dirección vertical u horizontal que supone un precedente⁷⁶⁴.

De manera simplificada, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil refieren que el precedente “[c]onsiste en una decisión –y más bien los motivos que la apoyan– que se toma como modelo para resolver en caso ajeno al cual resolvió, por la semejanza que existe entre sus elementos esenciales”⁷⁶⁵. Explican los iusconstitucionalistas en mención que, pese a su origen anglosajón, paulatinamente se ha incorporado el concepto en la práctica de los tribunales constitucionales, los cuales, en su mayoría, siguen la tradición romanista; además, refieren que, con base en esta figura jurídica, los jueces terminan adhiriéndose al anterior criterio, por la fuerza vinculatoria del principio *stare decisis*⁷⁶⁶.

El magistrado colombiano Bernal Pulido, apoyándose en John Bell, refiere que asumir que se está frente a un precedente supone “tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes”, así también exigir a los “jueces de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”⁷⁶⁷.

Sobre la base de los aportes de Radbruch, el jurista colombiano Santofimio

⁷⁶³ *Ibidem*, p. 96.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, p. 87.

⁷⁶⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, p. 241.

⁷⁶⁶ *Loc. cit.*

⁷⁶⁷ Bernal Pulido, Carlos, “El precedente en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, 2008, p. 82. El jurista colombiano aporta, como datos de la obra en la que se apoya, los siguientes: “J. Bell. ‘Sources of Law’, en P. Birks (ed.). *English Private Law*, I, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 1, 29”.

Gamboa aporta una definición que contiene las notas características que distinguen a ese instituto jurídico. Véase:

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 de 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 derecho⁷⁶⁸.

En virtud de ser un lugar común que se haga referencia a la *ratio decidendi* –o *holding*–, como elemento determinante de un precedente, debe precisarse que el concepto alude a la razón de la decisión asumida en la sentencia; es decir: “la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso”⁷⁶⁹. Este se diferencia sustancialmente del *obiter dictum* –o simplemente *dictum*–, que corresponde a: “todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que, no obstante su utilidad para la comprensión de la decisión y de sus motivos, no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión”⁷⁷⁰. De esa cuenta la directriz establecida jurisdiccionalmente para la resolución de casos futuros se encontrará en el primero de los conceptos en mención, el que también

⁷⁶⁸ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año X, núm. 20, 2010, p. 127. Útil también resulta evocar al constitucionalista colombiano Olano García, quien le atribuye el carácter metodológico al precedente, al indicar que la plena certeza para interpretar la ley se halla en el uso del precedente, ya que, según su parecer, ningún otro “método de interpretación” –especial naturaleza que le atribuye– posee esa virtud, pues facilita que las razones que han servido de sustento para decidir –*ratio decidendi*– sean tomadas como posibles soluciones jurídicas para nuevos casos. Para mayor abundamiento, véase: Olano García, Hernán Alejandro, “Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, p. 397.

⁷⁶⁹ Taruffo, Michelle, “Precedente y...”, *cit.*, p. 91.

⁷⁷⁰ *Loc. cit.*

debe diferenciarse del *decisum* o resolución concreta del caso

Todos los aportes definitorios anteriores destacan la relevancia de los razonamientos o motivaciones en que se sustenta un fallo para la resolución de un caso posterior; de esa cuenta, cuando se está frente a una sentencia que ha sustentado la decisión en razones plasmadas en una anterior, se podrá indicar que se ha hecho uso de un precedente. No obstante, no basta con la sola evocación de un fallo anterior para estimar que se le ha utilizado como precedente, pues este tendría que usarse como la razón fundante de la decisión a tomar; de lo contrario, si solo se hubiera usado como referencia, se estará simplemente frente a un “ejemplo”, tal como le ha llamado Taruffo⁷⁷¹.

Ciertamente, el influjo de la noción que reconoce el precedente jurisdiccional como fuente de Derecho se produjo en América Latina por conducto de los Estados Unidos de América y no necesariamente del Reino Unido, donde tuvo surgimiento este modelo de fuente de Derecho. Obvio resulta que la cercanía geográfica contribuyó a que se produjera esa influencia; sin embargo, también debe dársele crédito a la trascendencia, solidez y contenido transformador de las decisiones emanadas de la Suprema Corte estadounidense.

Es destacable que en Perú existe una disposición normativa que expresamente reconoce el valor del precedente en el ramo constitucional, dado que el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, vigente desde mayo de 2004, establece:

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

⁷⁷¹ Taruffo hace relación del “ejemplo” para referirse al caso de una decisión no idónea para construir un precedente en sentido propio, pero que, de forma discrecional y complementaria puede ser evocada como apoyo de la resolución a tomar. Cfr.: Taruffo, Michelle, *Cinco lecciones...*, cit., pp. 213 a 215.

de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

De esa cuenta, el artículo transcrito hace referencia a que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada constituyen precedentes de carácter vinculante que deben ser respetadas, cuando expresamente ese órgano jurisdiccional le reconozca ese carácter y se precise “el extremo de su efecto normativo”. Por ello, el precedente peruano se distancia del modelo originario, ya que presenta las siguientes peculiaridades: (a) es el tribunal constitucional el que, por designación legal, debe reconocer expresamente la categoría de precedente a un extracto de un pronunciamiento propio que haya conocido el fondo de una controversia y que ha causado cosa juzgada⁷⁷²; así las cosas, no es el órgano jurisdiccional que sigue el criterio el que le concede la calidad de precedente a un razonamiento contenido en un fallo; (b) en la operación de establecer la concurrencia de un precedente, el tribunal habrá advertido que su pronunciamiento conlleva una regla abstracta a la que le reconoce validez no solo para la interpretación judicial –a la que le otorga alto grado de predictibilidad– sino para todo el ordenamiento jurídico⁷⁷³; (c) la determinación de la existencia de un

⁷⁷² Sobre la razón por qué en el Perú se optó porque fuera el propio tribunal constitucional el que determinará la existencia de un precedente, varios juristas de ese país han asumido lo siguiente:

En un país en donde la doctrina e instituciones de otros países deben tener un tratamiento progresivo en el proceso por incorporarlas es necesario evitar repetir las anomalías registradas en sus ámbitos de origen. Esa es la razón por la que se ha optado porque sea el propio Tribunal quien determine qué fundamento, principio aforismo o tan sólo criterio contenido o emanado de la sentencia, tiene la calidad de *ratio decidendi* y, por tanto, ejerce su efecto vinculante sobre los órganos inferiores.

Véase: Abad Yupanqui, Samuel B., *et al.*, *Código Procesal Constitucional. Estudios introductorios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, 3a. ed., Lima, Tribunal Constitucional del Perú/Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 47.

⁷⁷³ Según Grández Castro, con la atribución que se comenta, el tribunal constitucional asume una suerte de legislador jurisprudencial. En términos concretos expresa:

La incorporación del precedente supone entonces, en una primera aproximación, la asignación de una función de depuración de la jurisprudencia constitucional en manos del propio Tribunal, a efectos de que aquellas reglas que van haciéndose «usos aceptados» por los operadores jurídicos y que han surgido de la labor e interpretación del Tribunal, puedan, poco a poco, incorporarse en una especie de categoría especial de Derecho de reglas, convirtiendo de este modo al Tribunal en una suerte de «legislador jurisprudencial» que aporta verdadero Derecho escrito al conglomerado del orden jurídico a través de sus interpretaciones de la Constitución o eventualmente también de la ley.

Véase: Grández Castro, Pedro, “Las «peculiaridades» del precedente constitucional en el Perú”, *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, p. 92 y 93.

precedente tiene un efecto vinculante y *erga omnes*; y (d) puede ser establecido un precedente tanto en el control constitucional de actos de autoridad –ámbito en el que es más frecuente– como de disposiciones normativas⁷⁷⁴.

Sagüés, refiriéndose a la experiencia argentina, acepta que el país es ajeno al *common law*; sin embargo, su Corte Suprema de Justicia creó una especie de “*stare decisis* criollo”, respecto de los fallos emanados por ese mismo órgano constitucional. Agrega que este no ha experimentado la misma fortaleza que el estadounidense y presenta como característica una relativa flexibilidad, pues permite apartarse de su eficacia vinculante con algunas posibilidades de éxito, en tanto que el tribunal del caso aporte nuevos y relevantes argumentos para eludir la directriz de la Corte. Además, indica que muchos tribunales supremos provinciales argentinos, con o sin norma habilitante, hacen lo mismo respecto de sus fallos. En el orden federal, la propia Corte Suprema ha marcado los caminos por los cuales ella puede separarse de los precedentes que haya creado con antelación⁷⁷⁵.

García Belaunde acepta la existencia del precedente en sistemas jurídicos con tendencia romanista, empero advierte que ello estos están “enormemente diferenciados de los que se dan en el mundo anglosajón, del cual nos separan muchos matices”, asumiendo que lo relevante es que su existencia ha ordenado la producción tribunalicia y la seguridad de los justiciables, a quienes les ha proveído de igualdad⁷⁷⁶.

Para concluir, es pertinente precisar que hablar de los precedentes, dentro de un contexto jurídico distinto al del *common law*, hace despertar prejuicios casi anticuados; es más, la afirmación de que una sentencia –o parte de ella– puede

⁷⁷⁴ Ejemplo de precedente emergido dentro del control constitucional normativo puede encontrarse en la sentencia de 2 de febrero de 2006 (Exp. 0030-2005-PIITC), formado por demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del veinticinco por ciento (25%) del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley No. 28617 –Ley que establece la Barrera Electoral–, de la cual se hará referencia en los siguientes apartados. El texto completo de ese fallo se halla en línea: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.pdf>

⁷⁷⁵ Sagüés, Néstor Pedro, “El valor del precedente...”, *cit.*, p. 150.

⁷⁷⁶ García Belaunde, Domingo, “El precedente constitucional...”, *cit.*, p. 99.

ser considerada como fuente de Derecho parece ser mal recibida por los defensores de la pureza del *civil law*, de quienes han emergido voces acusadoras de que los juzgadores que hacen uso de esta técnica de resolución usurpan competencias parlamentarias e importan tradiciones jurídicas ajenas al sistema⁷⁷⁷. Ante ese panorama, ha de resaltarse que el sistema jurídico en el que es natural echar mano de esta herramienta para la resolución de casos se ha caracterizado por mayor coherencia y estabilidad en las decisiones, propiciando un trato igual a las partes de la controversia presente y futura.

6.3 Diferencias conceptuales entre jurisprudencia y precedente

Si bien, muchas veces, en la doctrina y en el quehacer jurisdiccional, los sustantivos jurisprudencia y precedente suelen ser utilizados como sinónimos o, al menos, como semejantes o interrelacionados, se le brinda poca importancia a la precisión terminológica. En parte, ello se debe a que ambos sustantivos aluden a fuentes de Derecho que tienen la misma raíz –las sentencias jurisdiccionales–.

Pese al esfuerzo que se hizo en los numerales anteriores en cuanto a establecer las notas diferenciadoras, es dable referir que, en algunas situaciones –principalmente en el control constitucional normativo–, estas no son del todo claras, en tanto que ambos conceptos suponen el seguimiento de criterios jurisdiccionales que comportan reglas conductuales. Por ello, en este segmento se toma el atrevimiento de precisar lo que, en esencia, les distingue.

En primer término, ha de reiterarse que en los sistemas jurídicos con tradición romano-germánica –sistema del *civil law*– existe más proclividad por privilegiar la jurisprudencia sobre el precedente, que es más propio de la cultura jurídica anglosajona. Sin embargo, con la pretensión de ir más allá de la definición de los

⁷⁷⁷ Ese tema es abordado con propiedad en: Rodríguez Santander, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007, p. 19.

espacios jurídicos en los que cada concepto prevalece, Taruffo hace referencia a diferencias cuantitativas y cualitativas, útiles a tomar en cuenta.

En cuanto al primer parámetro de distinción –el cuantitativo–, indica Taruffo que cuando se habla de precedente se hace referencia a una decisión sobre un caso particular; empero, el concepto jurisprudencia alude generalmente a una pluralidad de decisiones⁷⁷⁸. Líneas adelante, el autor precisa que en los sistemas que, tradicional y típicamente, fundamentan sus decisiones en los precedentes, generalmente aquellas se asumen usando uno solo de estos; es más, pocas decisiones sucesivas son citadas para sostener el precedente, siendo fácil distinguir qué fallo contiene un criterio con ese rango. Por otro lado, en los sistemas jurídicos romano-germánicos –al cual corresponde el italiano, el cual es utilizado como ejemplo por el autor– se alude más a la jurisprudencia, haciendo referencia generalmente a un conjunto de decisiones que se apoyan en un criterio⁷⁷⁹.

Si bien el elemento cuantitativo fue el más determinante en algún momento histórico, ha de enfatizarse que, como bien han referido Bulygin y Rivero Ortega –según lo expuesto en el numeral 6.1–, existe una tendencia a considerar que una regla jurisprudencial puede asumirse sin precisar su reiteración en un número determinado de ocasiones; por ello, se asume que, aunque el aspecto cuantitativo pueda tener utilidad para la distinción que se pretende, este es, por demás, insuficiente.

⁷⁷⁸ Taruffo, Michelle, “Precedente y...”, *cit.*, p. 87.

⁷⁷⁹ En esa línea, el profesor Ezquiaga Ganuzas sostiene:

...suele ser denominada precedente cada decisión que es tomada como justificación de otra decisión posterior, siendo su uso característico de los sistemas jurídicos de *common law*; mientras que la jurisprudencia sería un conjunto de precedentes, siendo característica de los sistemas jurídicos de *civil law*, en los que frecuentemente el precedente tiene un valor únicamente persuasivo, siendo necesaria su reiteración para que un criterio judicial sea obligatorio.

Véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Jurisprudencia y precedente...”, *cit.*, p. 17.

El segundo parámetro distintivo sería el cualitativo, el cual, según el parecer de Taruffo, siempre es condicionado por la cantidad. En términos concretos, encuentra las siguientes diferencias:

El precedente provee una regla –susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente. [...] Si este análisis justifica la aplicación en el segundo caso de la *ratio decidendi* aplicada en el primero, el precedente es eficaz y puede determinar la decisión del segundo caso. Se observa que cuando se verifican estas condiciones, un solo precedente es suficiente para fundar la decisión del caso sucesivo. El empleo de la jurisprudencia tiene características bastante diversas. El análisis comparativo de los hechos falta, al menos en la grandísima mayoría de los casos. Aquí el problema depende de eso que en realidad “constituye” la jurisprudencia: se trata, como se nota, de las máximas elaboradas por la correspondiente sala de la Corte de Casación de Italia. La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que tienen por objeto reglas jurídicas⁷⁸⁰.

Lo anterior denota que el autor evocado incluye, como elementos cualitativos determinantes del seguimiento del precedente conforme el sistema del *common law*: (a) la semejanza fáctica de los hechos del nuevo caso con los que conllevaron la decisión previa⁷⁸¹; y (b) el hecho que el seguimiento del criterio depende de que el juzgador del caso sucesivo determine que la respuesta del caso se halla en el emitido previamente. En el modelo jurisprudencial –propio del

⁷⁸⁰ Taruffo, Michelle, “Precedente y...”, *cit.*, p. 88.

⁷⁸¹ Según Ezquiaga, “[e]l principal problema que plantea el sistema del precedente es que nunca dos hechos son exactamente iguales”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Jurisprudencia y precedente...”, *cit.*, p. 17.

civil law– la regla normativa generada con las decisiones no está ligada a la analogía fáctica, sino al hecho que la solución del caso sea encontrada en la regla general que se hubiere creado⁷⁸²; esto, más que de la reiteración, depende más de la existencia de un pronunciamiento que contenga una tesis que pueda ser fundamento para la solución del nuevo caso, el cual debe presentar la autoridad suficiente para servir de respaldo en la decisión que se emita.

Demarcadas las notas características distintivas de los conceptos abordados, es pertinente referir que, más que diferencias, resulta más fácil encontrar puntos comunes entre ambos, quizá por ello es que suelen hacerse referencia a estos como si existiere sinonimia total entre ambos. La existencia de modelos latinoamericanos criollos de precedentes y el hecho que, en algunos casos, no se precise la reiteración de los criterios jurisdiccionales para su seguimiento obligatorio fortalece la idea de interrelación entre el precedente y la jurisprudencia y da cuenta que los conceptos ya no son exclusivos de tradición jurídica alguna.

Para concluir, se estima pertinente evocar un fragmento del profesor Ezquiaga Ganuzas, que sostiene que, independientemente, del recurso utilizado – jurisprudencia o precedente– “lo determinante para que sirva de justificación o de criterio para la decisión de un caso posterior, es la adecuada motivación de la decisión o de la Tesis que va a ser aplicada”⁷⁸³.

⁷⁸² El jurista colombiano López Medina es congruente con el análisis diferenciador que hace Taruffo, al indicar lo siguiente.

...la doctrina del precedente usualmente exige que las subreglas de casos anteriores y casos nuevos se conecten a través de analogía fáctica, como usualmente hace la Corte Constitucional. En contraste con esto, la utilización de la jurisprudencia como fuente meramente indicativa predispone a los jueces a utilizarla como referente conceptual común y no según las reglas de la analogía. A continuación se explica este punto con mayor detenimiento. [...] Mientras que el *case law* del derecho anglosajón siempre se ha basado en la conexión axiológica entre caso nuevo y caso antiguo, la utilización de la jurisprudencia en el derecho continental europeo ha sido marcadamente conceptualista. [...] La autoridad jurisprudencial basada en conceptos se diferencia de la autoridad por vía de analogía porque en la decisión de un caso nuevo no cuentan tanto las similitudes fácticas con el caso anterior, sino más bien las conexiones temáticas o conceptuales abstractas que existan entre las sentencias...

Para mayor abundamiento, véase: López Medina, Diego Eduardo, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁸³ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Jurisprudencia y precedente...”, *cit.*, p. 18.

6.4 Razón de la vinculatoriedad de las sentencias dictadas dentro del marco del control constitucional normativo

El abordaje del tema anunciado en el título hace necesario recalcar que, en el control constitucional jurisdiccional, se producen sentencias cuyos efectos y vinculatoriedad dependen del tipo de garantía procesal instada. Así las cosas, ha de precisarse que, dentro del marco del examen de constitucionalidad de actos de autoridad –no normativos–, emanan fallos con limitados alcances interpartes, que han sido emitidos en casos que pueden guardar semejanza fáctica con controversias futuras. Ante ese panorama, es incontrovertido afirmar que, según lo permita la normativa procesal aplicable, las tesis asumidas en sentencias conllevan una relevancia significativa para la resolución de venideros conflictos constitucionales.

En el control constitucional normativo indirecto también resulta relevante el tema que se comenta, ya que si bien está abierta la posibilidad de formular nuevas denuncias de inconstitucionalidad respecto de disposiciones normativas sobre las cuales preexistan criterios establecidos en directrices jurisprudenciales o precedentes –según lo disponga la normativa procesal correspondiente–, estos son instrumentos procesales de gran utilidad para el momento en que los tribunales constitucionales emitan resoluciones, ya que apoyar la decisión que se asume en pronunciamientos avalados por el supremo órgano judicial en la materia no puede sino significar un respaldo de mucho peso.

Particularidades especiales presenta la inconstitucionalidad general o abstracta, ya que con esta se examinan enunciados normativos y, en razón de la decisión que se emita, conllevará el mantenimiento o la pérdida de la vigencia de esas disposiciones, incluso, en casos especiales, la determinación de reglas sobre la correcta interpretación o la exhortación a la actuación de alguna autoridad. Por ello, surgen algunas preguntas que se tratarán de responder en los siguientes párrafos.

A) ¿El razonamiento contenido en un fallo dictado en una inconstitucionalidad directa puede ser utilizado como precedente?

En Guatemala no está regulado el precedente como herramienta para dar sustento a los fallos futuros, aunque suele utilizarse esa denominación para referirse a pronunciamientos aislados que aún no hacen parte de la doctrina legal.

La experiencia jurisdiccional da cuenta que no es dable fundamentarse en un precedente a la usanza norteamericana, al momento en que la CC resuelva un planteamiento de inconstitucionalidad general, si se toma en cuenta la vinculación de esa herramienta con aspectos relacionados con la analogía fáctica; ello es así, pues los hechos motivadores de ese control tienen escasa relevancia al emitirse una sentencia que examina en abstracto una disposición normativa.

Lo cierto es que, a pesar de la falta de regulación legal, puede estimarse que el concepto de precedente es utilizado en la práctica jurisdiccional guatemalteca, si se le percibe como refieren Ferrer Mac-gregor y Sánchez Gil: una especie de tesis aislada con efecto “persuasivo”, que es referente para la resolución de futuros casos⁷⁸⁴. Sobre esa base, tal como es expuesto por los juristas mexicanos, puede estimarse que sí existen fallos constitucionales emanados en ocasión del control normativo, en cuyos razonamientos centrales la CC se hace uso de los precedentes –mejor dicho: autoprecedentes– para las decisiones asumidas. Usando la terminología de Taruffo, se asume también que una resolución anterior que ser usada como “ejemplo” para un caso venidero.

B) ¿Es posible que se forme un criterio jurisprudencial reiterado respecto de la constitucionalidad de disposiciones normativas?

Cuando el planteamiento de esa garantía procesal es acogido, declarándose la ilegitimidad constitucional del enunciado normativo, se produce la consecuente expulsión de este del ordenamiento jurídico y, por obviedad, resulta nula la

⁷⁸⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, pp. 252 y ss.

posibilidad de nuevo examen sobre la misma disposición, dado el lógico agotamiento de la materia objeto de examen. En esos casos, la propia naturaleza del mecanismo de control constitucional y los efectos que le son inherentes tornan inútil la expectativa de reiteración de algún criterio sobre la validez del enunciado normativo examinado y expulsado, dada su consecuente insubsistencia.

Ahora bien, si una disposición es examinada en una inconstitucionalidad general y es desestimado el planteamiento, se produce la posibilidad de reiteración de la tesis que sustentó una desestimatoria anterior si este tiene como base argumentaciones semejantes, ello es así porque no existe limitación de ningún tipo que restrinja esa eventualidad. No obstante lo dicho, la experiencia demuestra que, cuando el tribunal constitucional emite pronunciamientos con relación a planteamientos de inconstitucionalidades directas, lo más frecuente es que se apoye en argumentaciones *ad hoc* –para el caso–, atendiendo a las motivaciones y circunstancias particularidades del asunto sometido a examen; de hecho, puede aseverarse que no existen recetas unívocas ni esquemas que sujeten la voluntad del juez a decidir de una u otra forma en los casos que conoce. Sin temor a equívocos, puede asegurarse que no hay ámbito jurisdiccional que permita mayor amplitud y libertad argumentativa que el constitucional, principalmente cuando se desarrolla el control constitucionalidad normativo abstracto.

Con relación a disposiciones normativas con contenido similar, las tesis jurisprudenciales que suponen directrices sobre cómo encarar los planteamientos semejantes pueden significar herramientas de indudable utilidad a la hora en que debe practicarse el examen de constitucionalidad. Una expresión concreta de lo afirmado puede ser hallada en el repertorio de sentencias emitidas por la CC, específicamente en los pronunciamientos emitidos con relación a planteamientos de inconstitucionalidades directas contra los acuerdos de los gobiernos municipales que imponen “tasas” con el fin de encubrir la verdadera naturaleza de la exacción tributaria impuesta –la de arbitrios– y a la cual no están facultados esos órganos estatales. Ha sido lugar común que el tribunal constitucional en

mención haya seguido la misma línea de resolución determinando que aquella imposición solo se justifica si conlleva una prestación de un servicio edil, que es lo que las distingue. A guisa de ejemplo, se evoca el siguiente extracto de una sentencia:

De conformidad con los artículos 11 y 12 del Código Tributario, impuesto es el tributo que tiene como hecho generador una actividad estatal general no relacionada concretamente con el contribuyente, y arbitrio es el impuesto decretado por ley a favor de una o varias municipalidades. La tasa, cuya creación es competencia de las corporaciones municipales, según la ya reiterada jurisprudencia de esta Corte, es *“...la cuota-parte del costo de producción de los servicios públicos indivisibles, que el poder público obtiene legalmente de los particulares según su individual y efectivo consumo de tales servicios...”* (Sentencias de tres de abril, veinticuatro de junio y nueve de septiembre, todas de dos mil catorce, dictadas en los expedientes 3720-2013, 3134-2013 y 4709-2013, respectivamente). Esta Corte aprecia que la determinación de la tasa implica una relación de cambio, en la que se dan los elementos de “pago voluntario” y una “contraprestación de un servicio público”; la cual está caracterizada principalmente por: a) se pagan por el disfrute real o potencial de un servicio. Las entidades estatales las pueden cobrar a cada particular en la medida que recibe el servicio o porque, aunque no se tenga interés en él, representa un beneficio potencial; b) es semejante al impuesto pues lleva implícita la coerción sobre el que esté obligado a pagarla, en la medida en que se constituya como beneficiario -directo o indirecto- del servicio; c) deben elaborarse tomando en cuenta el costo efectivo del servicio, con el objeto de no trasgredir los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues lo recaudado debe destinarse para la restitución de los egresos efectuados⁷⁸⁵.

Lo anterior indica que no está descartada del todo la posibilidad de que una directriz jurisprudencial –o criterio establecido por reiteración– marque el sentido de los fallos que han de ser emitidos al examinar la constitucionalidad de

⁷⁸⁵ SCC de 19 de octubre de 2016 (Exp. 2091-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/832555.2091-2016.pdf>

disposiciones normativas, tomando en cuenta que estas pueden presentar semejante contenido.

Sobre la base de las respuestas que anteceden, ha de indicarse que, en razón de la naturaleza misma de la inconstitucionalidad directa, los conceptos precedente y jurisprudencia presentan una relevancia distinta a la que tienen en los otros mecanismos de control constitucional. A juicio del tesista, bajo esa óptica ha de entenderse el artículo 190, segundo párrafo, de la LAEPC, que establece: “[l]as resoluciones en casos que contengan planteamiento de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general sólo causan efecto de cosa juzgada con respecto al caso concreto en que fueron dictadas, pero también tienen efectos jurisprudenciales”; en ese sentido, los efectos a los que se hace referencia tienen que ver con el hecho de que se marca un criterio a observar en casos venideros.

C) ¿En qué razones concretas radica la vinculatoriedad de los fallos del control constitucional normativo abstracto?

Lo expresado en los párrafos precedentes revela que, con algunos matices, las notas características identificadoras de la jurisprudencia tienen mayor aplicabilidad, que las del precedente, en el ámbito del control constitucional normativo, dado que, en efecto, pueden conllevar el establecimiento de reglas para ser seguidas. De hecho, puede asumirse que los fallos que se emiten constituyen un tipo de jurisprudencia especial, en cuanto establecen criterios que no precisan de la reiteración exigida en cuanto a otro tipo de planteamientos –esto es congruente con el expresado por Bulygin y Rivero Ortega, según el abordaje hecho en el numeral 6.1 de este capítulo, en cuanto a que una regla jurisprudencial puede asumirse sin precisar reiteración–; por ello, se concluye que la razón de la vinculatoriedad general de las sentencias emitidas en ese tipo de control obedece a su fuerza especial, en razón de la relevancia de lo resuelto y la alta autoridad de quien resuelve. Puede afirmarse, entonces, que las autoridades públicas de todos los ramos y los administrados deben atenerse a lo dispuesto en

los fallos relacionados, sobre la base de las razones expresadas.

La conclusión a la que se arribó en el párrafo anterior será de utilidad para determinar por qué ha de ser seguido un criterio interpretativo, una precisión de contenidos, una exhortación para actuar o cualquier otro tipo de directriz que pueda estar contenida en una sentencia atípica, las cuales serán objeto de estudio en el capítulo IV.

6.5 Reflexión sobre la fuerza vinculante de las sentencias emitidas en ocasión del control constitucional normativo abstracto

Para finalizar este apartado y teniendo en cuenta lo asumido en los numerales anteriores, es dable referir que la fuerza vinculante que asumen los novedosos fallos emanados de denuncias directas de inconstitucionalidad no obedece, precisamente, a la posibilidad de su reiteración ni a que expresamente se establezca el carácter de precedente –al estilo del *stare decisis*–, sino que su vinculatoriedad, más que todo, estriba en la fuerza reconocida a esas decisiones. Un apoyo en ese sentido se tiene en el artículo 185 de la LAEPC, que dispone que las decisiones de la CC vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos.

Lo anterior debe considerarse afortunado por la posibilidad de realización de los mandatos constitucionales; de ahí que la razón de seguimiento de los pronunciamientos, por parte de los poderes públicos y de la población, radica en la fuerza especial que revisten las sentencias que, con marcado arrojo, propenden al desarrollo y actualización del texto fundamental, las que, además, emanan, nada menos, que del supremo guardián de la Constitución. Así lo reconoce el profesor Fernández Segado, al indicar que una trascendental función de los tribunales constitucional, acorde con su rol de intérpretes supremos del texto fundamental, es:

...la interpretación vinculante para todos los poderes públicos –particularmente, para los aplicadores del Derecho, jueces y tribunales– de la Constitución y del ordenamiento jurídico de conformidad con la misma Constitución, un texto, no se olvide, dotado de fuerza normativa, que requiere inexcusablemente de un órgano que, con carácter vinculante, interprete sus postulados, muchos de ellos de carácter abierto y muy general, pues como en un afortunado símil dijera Treves, “la Costituzione è come una carta geografica, sulla quale sono tracciati gli essenziali del territorio; spetta allà Corte fissarne i dettagli topografici”⁷⁸⁶.

Ha de indicarse, entonces, que las motivaciones contenidas en ese tipo de fallos se yerguen como verdaderas directrices normativas a ser seguidas, dada la fuerza especial de la que están revestidas, pues, producto de los razonamientos que contienen se crean o eliminan normas –entendiendo a estas como lo que es extraído de una disposición–. La vinculatoriedad que se les reconoce a los pronunciamientos constitucionales emitidos, ya sea los tipos tradicionales o los atípicos, deriva más que todo de la entidad del asunto que resuelven.

El hecho que los órganos jurisdiccionales y administrativos observen lo dispuesto en los fallos constitucionales, principalmente cuando establecen criterios interpretativos, depende de muchos factores, tales como la autoridad que la normativa aplicable reconoce a esas resoluciones, como del hecho que, en efecto, se plasmen razones consistentes respecto del porqué de la decisión y de la inclinación hacia la interpretación asumida.

Lo dicho líneas atrás respalda la afirmación relativa a que los tribunales –en especial, los constitucionales– pueden ser creadores de Derecho y no simples aplicadores de disposiciones normativas. Ciertamente, ello se pone de manifiesto, de manera más que decidida, en las sentencias que serán objeto de estudio en el capítulo siguiente.

⁷⁸⁶ Fernández Segado, Francisco, *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 1295. El fragmento en italiano que evoca el autor se traduce así: “La Constitución es como un mapa geográfico, en el que se rastrean los elementos esenciales del territorio; depende de la Corte establecer los detalles topográficos”.

Capítulo IV

Las sentencias atípicas emitidas por la Corte de Constitucionalidad al resolver solicitudes de inconstitucionalidades generales

1. Aproximación al tema

Ciertamente, en la actualidad se asiste a un escenario en la que se ha producido un dinamismo inusitado en la producción de resoluciones jurisdiccionales, las que, en muchos casos, presentan un marcado alto nivel de creatividad. Con propiedad puede expresarse que el modelo silogístico de solución de casos está en vías de discontinuidad, siendo cada día menos defendido por doctrinarios contemporáneos, aunque ha de aceptarse la persistencia de resabios de ese proceder jurisdiccional cuando son emitidas las sentencias.

Ante el panorama descrito, los jueces se han visto inmersos en la necesidad de emitir fallos que se han apartado de los cánones tradicionales o diseños originales, constituyéndose en verdades protagonistas en la producción del Derecho. La emisión de estos implica que se está frente a manifestaciones atípicas de resoluciones jurisdiccionales.

En el ámbito constitucional es cada vez más frecuente hablar de sentencias atípicas, principalmente en el marco del control constitucional normativo abstracto⁷⁸⁷, soliénose denominar de esa manera a las resoluciones de fondo

⁷⁸⁷ En el control constitucional fáctico es menos acostumbrado hacer referencia a fallos atípicos, pues la normativa procesal posibilita efectos más abiertos. Ese es el caso del amparo, que en Guatemala la LAEPC permite efectos bastante amplios, tal como los regulados en los artículo 49, que 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, 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 ésta al caso concreto, según los principios generales del

que, en términos generales, se caracterizan por el hecho que las respuestas a las denuncias de inconstitucionalidad desbordan los formatos típicos o tradicionales de los pronunciamientos jurisdiccionales, los cuales son definidos usualmente en disposiciones normativas procesales⁷⁸⁸.

En tiempos actuales es irrefutable la afirmación relativa a que la jurisdicción constitucional ha experimentado transformaciones, dado que se ha visto en la necesidad de superar los estrictos márgenes delineados en la configuración normativa procesal. La complejidad de la que se ha hecho referencia ha demostrado que las respuestas tradicionales de declaratoria de constitucionalidad o de inconstitucionalidad pura y simple, en algunas ocasiones, pudiera resultar demasiado drástica y acarrear indeseables vacíos legales.

Dicho lo anterior, puede afirmarse que se tiene la idea general respecto de un escenario jurisdiccional renovado en la que los jueces constitucionales han asumido un innegable protagonismo, por medio de fallos que salen del molde tradicional. Respecto de ese punto se hará relación, en extenso, en este capítulo.

2. Punto de partida

Durante el desarrollo del primer capítulo –inciso 3.2.2– fueron expuestas algunas notas que permitieron tener un acercamiento con la propuesta kelseniana de control constitucional de leyes. Retomar el abordaje de ese modelo es necesario

derecho, la costumbre, los precedentes para otros casos, la analogía de otros reglamentos y la equidad, siguiendo el orden que el tribunal decida.

Ese artículo se complementa con el subsiguiente –el 50–, que hace referencia a los efectos de la desobediencia de la autoridad contra quien se pidió amparo. Igualmente, se vincula con los artículos del 51 a 59.

⁷⁸⁸ Para el caso de las inconstitucionalidades abstractas, en Guatemala la LAEPC establece como efectos propios de las sentencias emanadas de esa forma de control constitucional:

Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial.

para determinar en qué términos surge ese tipo de control y cómo evolucionó con el tiempo. Debe tenerse presente que los primeros tribunales constitucionales *ad hoc* que fueron instaurados siguieron la línea propuesta por Hans Kelsen y aunque, en los actuales momentos, se asiste a un escenario caracterizado por la hibridación de ese diseño, es innegable el influjo directo o indirecto que, sobre cualquier órgano jurisdiccional encargado del control constitucional, han tenido los pensamientos del jurista austriaco en mención.

Sobre la base de lo expuesto, se trae a cuenta que, aunque el diseño de Kelsen resulta más complejo, es un lugar común que, de manera en extremo simple, su modelo de control constitucional sea identificado con la propuesta de creación de un tribunal permanente que haga las veces de legislador negativo; esa identificación se apoya en el hecho de haber tratado de “limitar la intervención del Tribunal Constitución a la función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, expulsando del ordenamiento aquellas normas que considerara contrarias a la Constitución...”⁷⁸⁹. Ello supone demarcar estrictos límites de actuación del juez constitucional, que debe circunscribirse a declarar la validez, o no, de los enunciados normativos cuestionados, lo cual casi no da margen a una intervención más creativa o, si se quiere llamarlo así: positiva⁷⁹⁰.

⁷⁸⁹ Fernández Segado, Francisco, “La Justicia constitucional ante...”, *cit.*, p. 47.

⁷⁹⁰ Según Fernández Segado, la idea central de legislador negativo tuvo un impacto grande en toda Europa. Conforme su criterio, el término mismo ha supuesto un sentido limitador que ha marcado el accionar de algunos tribunales constitucionales, como el español, donde, paralelamente ha tenido un influjo el principio de autorrestricción o prudencia, lo que ha sido decisivo para que el avance experimentado en las sentencias no sea igual que en otros países del continente europeo. Véase lo concretamente expresado:

...ha impactado tanto, que ni la ambigüedad de la expresión, ni el notabilísimo influjo de la recepción del concepto norteamericano de Constitución en el constitucionalismo europeo de la segunda postguerra, con lo que ello, como ya vimos, supuso para la figura del Tribunal Constitucional, ni tan siquiera el escepticismo que la realidad o experiencia práctica puede arrojar sobre su validez, han logrado, aun hoy, desvirtuar por completo el sentido limitador de la máxima, como bien se ha advertido en relación a España. Bien es verdad que quizá en España esta concepción haya tenido, y en alguna medida siga teniendo, un mayor peso específico que en otros países europeos por lo tanto de los estrictos márgenes de maniobrabilidad que al Tribunal ofrece su Ley reguladora, como por la propia actitud que ha orientado la actuación del “intérprete supremo de la Constitución”: la autorrestricción, la aconsejable *self-restraint* o, como dijera Tomás y Valiente, la prudencia, que se ha traducido en que la conciencia del límite siempre haya estado viva, aunque la percepción de su dibujo no siempre haya sido clara”.

Véase: *Ibidem*, p. 52.

Al proponer que fuera un tribunal *ad hoc* el competente para realizar el control de constitucionalidad, es obvio que el principal instrumento del mecanismo contralor serían las sentencias emanadas de ese órgano jurisdiccional, en las cuales – según las propias palabras de Kelsen–, “cuando encuentre fundada la demanda, deberá pronunciar la anulación del acto atacado de manera que parezca como la consecuencia del mismo fallo. [...] La anulación no entraría en vigor sino hasta su publicación”⁷⁹¹.

No obstante lo anterior, el rol de puro legislador negativo que pudiera atribuírsele al tribunal constitucional quedó relativizado por el propio jurista austriaco cuando, en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, sugirió diferir los efectos de la sentencia estimativa de la denuncia de inconstitucionalidad. De manera concreta propone:

Sería conveniente que el tribunal constitucional pudiera decidir como lo hemos dicho, que la anulación, especialmente de leyes y tratados internacionales, **no surta efecto sino hasta la expiración de un cierto término a partir de su publicación**, aunque no sea más que para dar al Parlamento la ocasión de reemplazar la ley inconstitucional por una ley conforme con la Constitución, sin que la materia regulada por la ley anulada quede fuera de reglamentación durante un tiempo relativamente largo⁷⁹² [el énfasis es añadido].

Es más, en otro segmento de su trabajo, el autor también propuso la reviviscencia de la disposición normativa que estuvo vigente previo a la que fuera anulada. Véase:

Si la ley anulada no deja de estar en vigor sino hasta cierto tiempo después de la publicación de su anulación y si, por tanto las autoridades deben continuar aplicándola, entonces no puede dispensarse a la autoridad demandante su

⁷⁹¹ Kelsen, Hans. *Garantía jurisdiccional...*, cit., p. 509.

⁷⁹² Véase: *Loc. cit.* Por su parte, Fernández Segado sostiene que esa propuesta de Kelsen obedecía a su intención de “evitar los inconvenientes dimanantes del vacío desencadenado por la anulación de una norma, [de esa manera, el jurista austriaco] defendería la conveniencia de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un plazo contabilizado a partir de la sentencia de anulación...”. Fernández Segado, Francisco, “La Justicia constitucional ante...”, cit., p. 38.

aplicación al caso concreto que ha provocado la demanda, situación que disminuye su interés a someter las leyes inconstitucionales al tribunal constitucional. Esto constituye un argumento suplementario a favor de la atribución concedida al tribunal constitucional de **poder restablecer**, anulando inmediatamente la ley, el estado de derecho anterior a la entrada en virtud de la ley anulada. Esta modalidad permite, ciertamente, darle a la sentencia de anulación el efecto retroactivo deseable en el caso concreto que ha dado origen a la demanda, proporcionándole al órgano legislativo el tiempo necesario para preparar una ley nueva que responda a las exigencias de la Constitución⁷⁹³ [el énfasis es añadido].

Lo relacionado precedentemente da cuenta que el modelo de Kelsen, en efecto, postula, como idea central, la necesidad de un tribunal que pueda hacer las veces de legislador negativo, lo que se cristalizaría cuando fuere acogido un planteamiento de inconstitucionalidad contra una disposición normativa, disponiendo un efecto de anulación *erga omnes*. No obstante, concediéndole el crédito al gran jurista austriaco, ha de indicarse que, en cuanto a los efectos en el tiempo, su propuesta incluía la posibilidad de diferir la derogatoria de la disposición declarada contraria a la Constitución e, incluso, revivir la que antecedió al enunciado cuestionado. La concepción primigenia de ese tipo de efectos provoca duda en cuanto a si los fallos jurisdiccionales que disponen consecuencias en ese sentido, que pueden resultar inusuales en algunos sistemas, deben ser catalogados como típicos o atípicos⁷⁹⁴.

⁷⁹³ Kelsen, Hans, *Garantía jurisdiccional...*, *cit.*, p. 510. Es pertinente traer a cuenta que Fernández Segado refiere que regular efectos de ese tipo supone la relativización del rol de legislador negativo que en el diseño de Kelsen se le atribuye al tribunal constitucional; además, refiere que a esa concepción respondería la cláusula del artículo 140 de la Constitución austriaca (en la actualidad, artículo 140.6). A su juicio:

Con esta previsión, introducida por vez primera (dentro del arto 140.3) por la reforma constitucional de 1929, la decisión del Tribunal Constitucional por la que no sólo se anulaba una Ley sino que también se decidía acerca de la reviviscencia de una norma anterior, derogada por la Ley inconstitucional, no era tan sólo un acto negativo de legislación, sino también uno positivo, como el propio maestro de la Escuela de Viena reconocería.

Véase: Fernández Segado, Francisco. "La Justicia constitucional ante...", *cit.*, pp. 47 y 48.

⁷⁹⁴ La posibilidad de matizar los efectos en el tiempo provoca que algunos autores le concedan el crédito a Kelsen en cuanto a que, desde su propuesta primigenia, se admite la posibilidad de

Para el caso de Guatemala, es pertinente referir que la regulación contenida en la ley procesal constitucional es fiel a la idea central del modelo kelseniano, en cuanto a que la función primordial de los tribunales constitucionales, al realizar el control normativo, es equivalente a la de un legislador negativo. Esa afirmación se apoya en el hecho que el artículo 140 de la LAEPC establece que cuando sea dictada una sentencia estimatoria en una inconstitucionalidad general dirigida contra una ley, reglamento o disposición de carácter general “éstas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial”.

Debe destacarse que en la legislación procesal constitucional guatemalteca no se hace referencia expresa a modelos variados de sentencias que pueden emitirse en ocasión del control constitucional normativo abstracto, sobreentendiéndose, de lo establecido en el citado artículo 140, que el marco regulatorio local previó únicamente los típicos fallos estimatorios y desestimatorios. Ha sido el desarrollo jurisprudencial el que ha dado cabida a novedosas expresiones de sentencias constitucionales; de esto se dejó constancia en la SCC de 26 de mayo de 2017 (Exps. Acums. 90-2017, 91-2017 y 92-2017).

La experiencia jurisdiccional constitucional ha demostrado que el modelo original con el que se diseñaron los mecanismos procesales de control de constitucionalidad ha resultado insuficiente para dar solución a los complejos conflictos constitucionales, dado que, en algunas ocasiones, estos reclaman de

realizar una función creativa en el control de constitucionalidad. Ejemplo de ello es lo expresado por Martínez Caballero:

[E]l propio Kelsen introduce matices en este modelo, que muchas veces son ignoradas por sus apógonos y que conviene destacar, pues son indicadoras de que este diseño difícilmente puede ser aplicado de manera rígida. En primer término, en cuanto a los efectos en el tiempo, Kelsen admitió que en ciertos casos convendría permitir que el tribunal pudiera mantener un cierto período de vigencia de la ley anulada. [...] E igualmente admite que, en eventos excepcionales, o para *cierta categoría de casos*, podría admitirse un cierto efecto retroactivo a la decisión de anulación. [Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de *crear Derecho* la visión kelseniana se circunscribiría a lo siguiente:] Y en cuanto a la función meramente anulatoria o de “legislador negativo” del tribunal, Kelsen señala que es ingenuo pensar que el tribunal no crea derecho, en el sentido de que no modifica el ordenamiento, puesto que al retirar del sistema jurídico la ley acusada, es obvio que modifica el sistema...

Véase: Martínez Caballero, Alejandro, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

respuestas creativas, a manera de dar plena satisfacción a los reclamantes frente a sus también complejas denuncias de violación a los postulados del Magno Texto. Es por lo anterior que los propios tribunales, influidos por los aportes de importantes tratadistas del Derecho Procesal Constitucional, han planteado fórmulas que no responden precisamente al diseño original de las garantías constitucionales. En concordancia con lo anterior, han surgido nuevas modalidades de sentencias denominadas por la mayoría de iuspublicistas como *atípicas* y si bien han tenido gran desarrollo en el ámbito de las inconstitucionalidades abstractas, también han tenido cabida en la resolución de amparos...⁷⁹⁵

Aunado a lo anterior, es dable destacar que la LAEPC tampoco establece la posibilidad de diferir los efectos hacia futuro, aunque el artículo 141 abre la posibilidad de retrotraerlos “a la fecha en que se publicó la suspensión”, para el caso específico de que se hubiere acordado la suspensión provisional del enunciado normativo. Igualmente, no se regula lo relativo a la posibilidad de poner en vigencia nuevamente –revivir– la disposición que había sido derogada por la que fue cuestionada y que queda sin vigor a raíz del fallo estimatorio.

Es pertinente referir también que el artículo 133 del cuerpo legal dispone: “La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad”. Su contenido no abraza la posibilidad de que se produzcan sentencias contra vacíos normativos y menos que se dicten si no concurriere petición de parte.

Lo expuesto en los párrafos precedentes da cuenta de la posibilidad de maniobrabilidad que permite la ley procesal constitucional en Guatemala a la CC – esto se abordará en el numeral 6 de este capítulo–, lo que es congruente con la

⁷⁹⁵ SCC de 26 de mayo de 2017 (Exps. Acums. 90-2017, 91-2017 y 92-2017). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835002.90-2017,%2091-2017%20y%2092-2017.pdf>. Respecto de ese fallo, es pertinente indicar que este fue emitido en un amparo y no a raíz del planteamiento de inconstitucionalidad directa; sin embargo, el contenido del párrafo transcrito da cuenta de la pertinencia de su evocación.

rigidez que implicó haber asumido, en su forma más pura, un modelo de control fiel a la noción de legislador negativo que ha sido la nota común del primigenio diseño kelseniano y que tuvo como punto de quiebre la producción de nuevos tipos de sentencias –caracterizadas, más que todo por su contenido creativo–, por parte de algunos tribunales constitucionales, principalmente los europeos y de los cuales se hará relación en el subsiguiente apartado.

Ha de indicarse que, con respecto de la conveniencia de otorgar facultades a los tribunales para matizar los contenidos normativos, Kelsen no hace un abordaje específico; eso es comprensible, teniendo en cuenta que sus aportes se produjeron, principalmente, tanto en las etapas embrionaria como inicial del control constitucional concentrado. No obstante, es dable indicar que hay pasajes de su obra –contenidos en *La garantía jurisdiccional de la Constitución*– que dejan entrever su posición contraria a que, por medio del control jurisdiccional de la constitucionalidad, se produzca la creación de directrices normativas, por cuanto considera que esa es función del Poder Legislativo; ello no debe provocar extrañeza si se tiene en cuenta la escuela doctrinaria de la que es uno de sus principales exponentes. Véase:

La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar y ello, únicamente por principios o direcciones generales, la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho y, solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto verdaderamente jurisdiccional...⁷⁹⁶ [el énfasis es añadido].

⁷⁹⁶ Kelsen, Hans, *Garantía jurisdiccional...*, cit., p. 492.

No cabe duda de que el modelo propuesto por Kelsen para el control constitucional normativo ha resultado un significativo aporte dentro del Derecho Procesal Constitucional, pudiendo tomársele como referencia a partir del cual puede establecerse qué fallo jurisdiccional no se ajusta a los cánones primigeniamente establecidos. Aunque en los actuales tiempos se le perciba en extremo rígido, la importancia de la aportación no debe dimensionarse simplemente desde la perspectiva de los avances actuales de la disciplina jurídica referida, sino por marcar el punto de partida del referido control y en razón del cual puede determinarse cómo ha avanzado.

Ciertamente, la concepción kelseniana ya ha sido superada; según Fernández Segado, en ello ha coadyuvado la visión contemporánea de los tribunales constitucionales “como verdaderas jurisdicciones”, los que, no constriñéndose a su convencional tarea de decidir la mera anulación de disposiciones normativas inconstitucionales, “desempeñan una función positiva que, como tiempo atrás advirtiera Calamandrei, se manifiesta en una doble vertiente: por medio de una acción de estímulo frente al legislador y mediante una cooperación activa al *indirizzo político*”⁷⁹⁷.

3. Surgimiento de nuevas respuestas jurisdiccionales en el control constitucional normativo

Como se indicó en el apartado que antecede, la propuesta primigenia de creación de los tribunales constitucionales *ad hoc* se apoyaba en la idea central de que la decisión estimatoria de la pretensión de inconstitucionalidad general tendría como consecuencia la expulsión del ordenamiento jurídico –en todo o en parte– de la disposición normativa infraconstitucional cuestionada; en cambio, la sentencia desestimatoria implicaría dejar indemne la disposición examinada, por determinar que en esta no concurrían los vicios de constitucionalidad que le eran endilgados.

⁷⁹⁷ Fernández Segado, Francisco, “La Justicia constitucional ante...”, *cit.*, p. 48.

Ello implicaba que, al resolver, el juez constitucional debía constreñir su actuación a los márgenes preestablecidos, que implicaban declarar que “el sentido único y verdadero de la ley o proyecto bajo examen está de acuerdo o desacuerdo con el sentido único y verdadero de la Constitución Política”⁷⁹⁸. Ante ese panorama, el *decisum* o segmento resolutivo se presentaba como lo más determinante del fallo, minimizando la importancia de las razones en las que se apoyaba la conclusión que se asumiría.

Con el paso del tiempo, la experiencia jurisdiccional constitucional demostró que el molde original de los fallos que se emiten en el control directo ha resultado un tanto insuficiente para dar solución a los complejos conflictos constitucionales, dado que, en muchas ocasiones, las disposiciones normativas examinadas admiten varias lecturas posibles y, consecuentemente, las alternativas de respuestas son variadas, siendo necesario decantarse por la más razonable. Por ello, los propios tribunales, influidos por los aportes de importantes iuspublicistas, han ingeniado fórmulas intermedias o menos drásticas de solución, las cuales no se han limitado a la convencional atribución de acogimiento o desestimación de las denuncias de inconstitucionalidad, sino que, traspasando los límites impuestos por las atribuciones expresas contenidas en las leyes procesales constitucionales, se han inclinado por la solución de conflictos, de forma creativa, otorgando la fuerza normativa necesaria a la Constitución, lo que ha sido visto por muchos como el desempeño de una función sustitutiva del legislador parlamentario.

Es pertinente referir que los fallos que comenzaron a salir del molde original tuvieron su inicial desarrollo después de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, con el resurgimiento de los tribunales constitucionales. No es de extrañar la época histórica de emergencia de ese tipo de pronunciamientos, ya que coetáneamente se produjo la consolidación de la concepción de derechos

⁷⁹⁸ Zapata Larraín, Patricio, “Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno (TCCH)”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, vol. 4, 2006, p. 177.

humanos, los cuales precisaron de herramientas adecuadas para lograr efectividad⁷⁹⁹.

Aunado a lo anterior, ha de indicarse que el desarrollo primero de los pronunciamientos creativos se produjo por la necesidad de contar con la oportuna actividad de los órganos encargados de salvaguardar la Constitución para afianzar o consolidar las nacientes democracias de muchos Estados, en especial en aquellos que experimentaron gobiernos autoritarios –Italia, Alemania y España son ejemplo de ello–⁸⁰⁰. El panorama relacionado permite evocar las crisis de representatividad que experimentaron los poderes legislativos, lo que provocó que se depositara, en los tribunales constitucionales, la esperanza de que, por medio de sus pronunciamientos, pudiera haberse realizado el anhelado sueño de dar vida al articulado del magno texto.

El influjo del quehacer jurisprudencial europeo, en particular con relación a la emisión de nuevas modalidades de fallos constitucionales, se suscitó tardíamente

⁷⁹⁹ Según Bázan, tal surgimiento aconteció, en primer término, en Europa. Para el efecto, pone como ejemplo a los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia, los cuales irradiaron su producción jurisdiccional hacia la región latinoamericana. Esto último también es comprensible, dado que fue en el continente europeo donde se instalaron los primeros tribunales constitucionales *ad hoc* y su innegable buen desempeño propendió en la creación postrera de sus pares en suelo americano. Para mayor abundamiento, véase: Bazán, Víctor, “Dificultades operativas e institucionales y retos de la justicia constitucional de América Latina”, t. V, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, 2012, pp. 348 y 349.

⁸⁰⁰ Oportuno resulta referir que, si bien en el modelo norteamericano se produjeron algunas expresiones de fallos semejantes a los que son considerados como respuestas jurisdiccionales atípicas en el sistema concentrado, no suele atribuírsele a las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos un influjo decisivo en la emergencia de los fallos constitucionales atípicos en el continente europeo. Muestra de ello, es lo indicado por Escobar Martínez, al sostener:

...el aparente acuerdo histórico al que llegan los autores consiste en reconocer que el precedente de la interpretación conforme aparece por primera vez en el modelo norteamericano, para añadir, en segundo lugar, *que el desarrollo de esta técnica en Europa no responde a una recepción de la jurisprudencia de la Supreme Court sino que deriva de las propias necesidades del control de constitucionalidad*, con lo cual se afirma una vez más que el surgimiento de este tipo de pronunciamientos es connatural a la función de control constitucional y que su desarrollo y topología depende de las particularidades de cada Estado, siendo de mayor presencia en aquellos países en proceso de consolidación democrática (España, Alemania) o en aquéllos en donde el poder legislativo tiene una crisis de representatividad (Italia) y se hace necesaria la actividad del órgano encargado de salvaguardar la Constitución con el fin de evitar la transgresión de los principios de conservación de las normas e interpretación conforme a la Constitución.

Véase: Escobar Martínez, Lina Marcela, “La modulación de sentencias. Una antigua práctica europea”, *Vniversitas*, núm. 112, 2006, p. 94.

en América Latina, ya que, recién a finales del siglo XX y principios del XXI –unas décadas después de su instalación–, los tribunales constitucionales de esta parte del continente americano comenzaron a abrirse decididamente a la posibilidad de pronunciar resoluciones que conllevaran la selección de interpretaciones conforme a la Constitución, a realizar exhortaciones o a admitir que las omisiones normativas pudieran ser objeto de examen de constitucionalidad. Con justicia ha de indicarse que ello se produjo cuando la instalación de esos órganos jurisdiccionales fue percibida como un hecho consolidado, imposible de revertir; además, se había producido un interesante desarrollo jurisprudencial, necesitando de nuevas herramientas para dar vida a los preceptos constitucionales, determinando tanto el sentido como el alcance de los valores, principios y fines que aquellos conllevan⁸⁰¹.

Lo relacionado en líneas precedentes da cuenta que fue la necesidad de respuestas jurisdiccionales menos drásticas ante planteamientos que conllevaban ríspidas dificultades lo que dio cabida a que emergieran sentencias constitucionales no tradicionales y, como consecuencia lógica, a una labor jurisdiccional más activa. Así lo reconoce el jurista argentino Bazán, al exponer:

[E]l empleo de sentencias “atípicas o intermedias” revela la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador negativo y la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión, lo que supondría un horror vacui y tal vez el advenimiento de una situación de mayor textura anticonstitucional que la que se

⁸⁰¹ En esto coincide la profesora colombiana Vargas Hernández, al postular:

[C]orresponde a los tribunales constitucionales, a través de sus sentencias, determinar el contenido y alcance tanto de valores como de principios constitucionales que precisen el contenido y alcance de la normatividad infraconstitucional, desarrollando una labor integradora del derecho. Pero, también deben hacer un esfuerzo por desarrollar el principio de conservación de las normas legislativas producto del Parlamento y otorgar al máximo la certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, además de evitar vacíos normativos y evaluar las consecuencias de sus fallos. Estas circunstancias abren la puerta a la búsqueda de sentencias que brinden respuestas realistas y flexibles frente a situaciones inconstitucionales y que otorguen seguridad jurídica en la perspectiva de aplicación uniforme del derecho, **dando lugar en consecuencia a las sentencias atípicas** de los tribunales constitucionales... [el énfasis es añadido].

Véase: Vargas Hernández, Clara Inés, “La función creadora del Tribunal Constitucional”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXII, núm. 92, 2011, p. 18.

pretendía conjurar mediante la declaración de ilegitimidad de la disposición juzgada. La búsqueda de nuevas técnicas sentencias denota un intento por superar lo que MODUGNO denomina la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad⁸⁰².

4. Las sentencias atípicas. Denominación y definición

Pese a que las sentencias constitucionales atípicas vienen desarrollándose desde hace mucho tiempo con apoyo en movimientos doctrinarios, en la actualidad no es uniforme la manera de denominarlas. Aunque la falta de consenso, en cuanto a su denominación, resulta ser una dificultad de poca entidad, se hace relación de ese detalle para dejar entrever la diversidad de posiciones que pueden ser encontradas en cuanto a su identificación y conceptualización en los diferentes ambientes jurídicos. Ello, en todo caso, no ha sido óbice para su desarrollo.

En Italia, la Corte Constitucional ha tenido un papel de suma relevancia en la emergencia de esas modalidades de sentencias; designándoseles con distintas denominaciones, a saber: “*sentenze manipolative o manipolatrice*” –sentencias manipulativas o manipuladoras–, o bien: “*creative*” –creativas–, “*normative*” –normativas– o “*autoapplicative*” –autoaplicativas–⁸⁰³, aunque ha de referirse que el primero de los términos es el que más auge ha experimentado, principalmente en el ámbito doctrinario, destacando como uno de los precursores el profesor Alessando Pizzorusso⁸⁰⁴.

⁸⁰² Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 181.

⁸⁰³ Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, *cit.*, p. 190.

⁸⁰⁴ Como parte de los trabajos en los que el citado jurista expone y desarrolla la figura de las sentencias manipulativas, se evocan: Pizzorusso, Alessandro, (a) “Las sentencias ‘manipulativas’...”, *cit.*, pp. 275 y ss; y (b) “El tribunal constitucional italiano”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, trad. de Luis Aguiar Luce y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 253 y ss.

El connotado jurista Sagüés refiere la inexistencia de consenso sobre la clasificación, denominaciones, radio de cobertura y contenido de los sustantivos que designan este tipo de sentencias, pudiendo ser denominadas: “‘manipulativas’, ‘interpretativas’, o ‘modulatorias’, y en otros casos ‘intermedias’”⁸⁰⁵.

Por su parte, Chacín Fuenmayor hace referencia a los nombres utilizados para identificar las sentencias que se abordan en este apartado, a saber: “atípicas, intermedias, interpretativas, mutativas o aditivas”; según explica, lo característico es que, por medio de estas, los tribunales no se circunscriben a declarar la constitucionalidad o no de algún enunciado, “sino que aportan una regulación nueva, distinta a la prevista por el legislador, con efectos generales que implican [lo que algunos consideran:] una función legislativa”⁸⁰⁶; refiere que tal situación trae consigno el problema de legitimación de los pronunciamientos.

En efecto, algunos de los nombres a que hacen referencia los juristas venezolano y argentino citados son utilizados para designar los fallos que se comentan en este apartado, aunque resulta oportuno clarificar que, a juicio del tesista, algunos de esos términos –interpretativas, mutativas, aditivas y manipulativas– más bien designan a variedades posibles.

De los términos expuestos, en este trabajo se toma partido por la expresión: *atípicas*⁸⁰⁷, cabalmente porque alude a algo que sale del molde marcado por su

⁸⁰⁵ Sagüés, Néstor Pedro, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”, *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional/ Corte Constitucional para el período de transición, 2012, p. 114.

⁸⁰⁶ Chacín Fuenmayor, Ronald de Jesús, “La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales: remedios para el *horror vacui*”, *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. II, núm. 1, 2008, p. 66.

⁸⁰⁷ Sobre la base de lo expuesto, cuando en el desarrollo de este trabajo se haga uso del adjetivo *típico* [a] –en singular o plural, según el caso–, con relación a algún fallo emitido, designa a aquel de carácter simplemente estimatorio o desestimatorio que se emite en el planteamiento de inconstitucionalidad general, el cual corresponde al diseño original de control constitucional. En sentido contrario, se utilizará el antónimo de ese adjetivo –*atípico* [a]– para hacer referencia a la sentencia que no corresponde al estándar primigeniamente establecido, por contener, según las circunstancias, bien sea modulaciones interpretativas, exhortaciones u objetos de análisis poco usuales.

diseño tradicional, en tanto que las otras dicciones –tales como las referidas en el párrafo que precede– se ajustan más a lo que se consideran como modalidades específicas⁸⁰⁸.

Al haberse fijado posición respecto de la denominación que se utilizará en este trabajo para hacer referencia a las sentencias objeto de estudio, es conveniente definir ese tipo de fallos. Para el efecto, se cita a Díaz Revorio, quien aporta la siguiente definición de resoluciones constitucionales atípicas:

Se trata de fallos que no son propiamente ni de estimación pura ni de desestimación plena, sino que, sin anular totalmente el precepto impugnado, condicionan su constitucionalidad a que sea interpretado en un sentido determinado, o de alguna otra manera restringen su ámbito de aplicación, limitan su sentido o matizan su eficacia jurídica⁸⁰⁹.

Según Nogueira Alcalá, las sentencias atípicas constituyen instrumentos legítimos de resolución de controversias, ya que los tribunales constitucionales tienen la función de realizar los valores y principios del texto fundamental, dentro de los propios límites de su función contralora. De manera concreta, las define así:

Las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales son creaciones instrumentales para hacer más operativos los valores y principios constitucionales, explicitando su fuerza normativa y garantizando la mayor adecuación del ordenamiento infraconstitucional a la Constitución, especialmente cuando vulneran derechos fundamentales o para evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad a

⁸⁰⁸ Ha de subrayarse que el término por el que se manifiesta preferencia suele usarse más en el ámbito doctrinario latinoamericano, pues en Europa es más acostumbrado encontrar que se haga referencia a sentencias interpretativas y manipulativas, refiriéndose a ambas como modalidades con características independientes. Un ejemplo de ese abordaje puede encontrarse en: Guastini, Riccardo, *Le Fonti del Diritto e L'interpretazione*, Milán, Giuffrè Editore, 1993, pp. 305 a 319.

⁸⁰⁹ Véase: Díaz Revorio, Francisco Javier, “La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010. Sus efectos sobre el Estatuto Catalán y otras normas del ordenamiento vigente”, *Revista catalana de dret public*, núm. 43, 2011, p. 56. Con sus propias palabras, pero sustancialmente en el mismo sentido, Chacín Fuenmayor describe las sentencias atípicas como: “aquellas dictadas por los Tribunales Constitucionales o quienes hacen sus veces, cuyo contenido va más allá de la dicotomía inconstitucionalidad-nulidad, generando o modificando normas, ya que alteran, modifican o establecen una regla nueva con efectos generales”. Véase: Chacín Fuenmayor, Ronald de Jesús, “La legitimidad de las sentencias...”, *cit.*, p. 65.

*través de las simples sentencias estimatorias de inconstitucionalidad. Todo ello con el límite de que en la sentencia atípica el Tribunal Constitucional explicita, a través del proceso interpretativo o de integración judicial de un valor o principio constitucional que se deduce de la Carta Fundamental, lo que no constituye actividad legislativa sino simple interpretación o integración constitucional, la que además ofrece la ventaja de economía procesal y seguridad jurídica, la que por otra parte sería también la opción obligada para el legislador...*⁸¹⁰ [la cursiva aparece en el texto original].

El jurista mexicano Figueroa Mejía desarrolló un trabajo específico sobre este tipo de fallos y, al definirlos, sostuvo que son:

[S]entencias en las que la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional, sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas provisiones legales frecuentemente limitadas, para el control de normas⁸¹¹.

Líneas después señala que se ha entendido que, por medio de estas, la magistratura constitucional “elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, y que a la vez eviten el vacío normativo”⁸¹². No obstante la utilidad de la definición aportada, con posterioridad, el autor simplifica su posición aludiendo que hará uso del adjetivo *atípicas* para referirse a las “sentencias que, *a contrario sensu*, son diferentes de las consideradas tradicionales o clásicas”⁸¹³, o sea las que escapan del supuesto típico o elemental, tales como las estimatorias y desestimatorias puras y simples, aunque reflexiona que, al hacer una concretización más acuciosa del vocablo, este puede servir para hacer referencia a “una serie de sentencias que, por lo regular,

⁸¹⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre las sentencias...”, *cit.*, p. 137.

⁸¹¹ Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, p. XXX.

⁸¹² *Loc. cit.*

⁸¹³ *Ibidem*, p. XXXI.

no tienen una base legal explícita”⁸¹⁴. Así, ese término posibilita incluir variedades de resoluciones a las que otros adjetivos no darían cabida.

De lo antes relacionado se extrae que es un lugar común que se haga referencia a que las sentencias atípicas son las que van más allá de la alternativa dicotómica de validez o nulidad del texto normativo examinado en los planteamientos de inconstitucionalidad. No obstante, en atención a la amplitud que permite el adjetivo “atípica”, el tesista asume una posición más arriesgada al considerar como factores que permiten la atipicidad a los siguientes:

a) **su contenido**, pudiendo considerarse como tales a los siguientes fallos:

- a.i) los que no se constriñen al diseño primigenio del control constitucional normativo y a los parámetros expresamente establecidos por la legislación procesal aplicable, en cuanto a solo estimar o desestimar los planteamientos, sino que contienen –en cualquiera de sus partes– alguna directriz normativa, lo que, otrora, estaba reservado para el Poder Legislativo o el creador de cualquier otra disposición reguladora de conductas humanas;
- a.ii) los que realicen precisión o selección de los sentidos interpretativos de las disposiciones que se examinan, principalmente para salvar su constitucionalidad;
- a.iii) los que, para evitar situaciones inconstitucionales, motivan – mediante exhortaciones, apelaciones o recomendaciones– la actuación de órganos estatales, principalmente para la producción normativa;
- a.iv) los que conceden a los pronunciamientos emitidos efectos distintos a los regulados en la normativa procesal constitucional, tales como: el diferimiento de la expulsión de la disposición inconstitucional o, bien, la reviviscencia del enunciado derogado por el que se declara inconstitucional;

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. XXXII.

- b) **su singular objeto de examen**, como en el caso de que el objeto del control sea distinto al determinado en el diseño original o la normativa procesal respectiva; y
- c) **las circunstancias especiales de emisión**, pudiendo considerarse dentro de estos a los fallos que son motivados por circunstancias especiales, tal como los que surgen oficiosamente para superar una situación de manifiesta inconstitucionalidad.

Aunque los estudios doctrinarios suelen circunscribirse al contenido de las sentencias como elemento determinante para que puedan ser catalogadas como atípicas, el autor del presente se inclina por incluir otros aspectos que, según su parecer, pueden dar lugar a resoluciones que escapen de lo tradicional. Si bien se corre el riesgo del disenso, se estima que la posición que se asume encuentra respaldo en la práctica o cotidianidad de los tribunales constitucionales, que revela lo que es, o no, típico abordar al examinar inconstitucionalidades.

Aunado a lo anterior, se es de la idea que la determinación de lo que es o no tradicional o típico está determinado, en gran medida, por lo que está permitido expresamente en cada ordenamiento jurídico. De esa cuenta, influido por el panorama normativo local, el autor del presente trabajo recalca que objetos inusuales, situaciones especialísimas o modulaciones de efectos no previstos pueden dar lugar a la emisión de sentencias atípicas⁸¹⁵.

Derivado de la relación de factores que, a juicio del tesista, dan lugar a los fallos objeto de estudio, también se hace el esfuerzo por formar una definición propia, la que se expresa en los siguientes términos: **las sentencias constitucionales atípicas son las resoluciones que desbordan la previsión legal o diseño**

⁸¹⁵ Debe tenerse presente que, en algunos Estados, a raíz del desarrollo experimentado en sus resoluciones jurisdiccionales, se ha normado ya, principalmente en las leyes de procedimientos constitucionales, algunas modalidades de fallos que en otros pudieran ser considerados inusuales; ejemplo de ello son los que se emiten ante omisiones inconstitucionales, lo que ha sido previsto en los ordenamientos jurídicos de Portugal, Hungría, Brasil, Venezuela y Ecuador, incluso fue regulado en la extinta Yugoslavia. Para abundar sobre este tópico, véase: Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, cit., pp. 461 y ss.

primigenio del control de constitucionalidad. Así las cosas, en esas sentencias emitidas en el marco del control constitucional normativo pueden quedar contenidas directrices normativas, la modulación –vía interpretativa– de los contenidos de los enunciados normativos examinados, motivar la actuación normativa de órganos estatales o disponer –de manera no prevista legalmente– la modificación de la eficacia de lo decidido. Igualmente, dan lugar a la atipicidad singulares motivaciones como la de superar una omisión inconstitucional o las circunstancias especiales de emisión.

Como ya se había adelantado, la propuesta de definición anterior contiene elementos que permiten advertir una noción de sentencias atípicas que rebasa la concepción más difundida, que suele constreñir el reconocimiento del carácter atípico más que todo a las variedades de resoluciones constitucionales de tipo interpretativo, con lo cual quedan excluidas las que contienen exhortaciones, las que resuelven reproches contra silencios del legislador o las que son producto de una actuación oficiosa. Más allá del contenido de las definiciones doctrinarias evocadas, al construir la propia, el autor de este trabajo ha apostado por la amplitud, a modo de poder incluir otros elementos, lo que es justificado por lo plasmado en los párrafos que preceden.

5. Fundamento de las sentencias atípicas

En primer lugar, es obligado indicar que, dada la variedad de expresiones de sentencias que se incluyen en el concepto de sentencias atípicas que se maneja en el presente trabajo, cada una de sus expresiones tiene un fundamento en particular.

Ciertamente, como quedó plasmado en el apartado precedente, el uso del término sentencias atípicas es mayormente asociado a los fallos que conllevan de modulaciones interpretativas, por lo que, en primer término, obligado es indicar que estas han sido posibles gracias a interpretaciones constitucionales que van

más allá de la literalidad de las disposiciones normativas, tanto materiales como procesales –por ello el abordaje del tema interpretativo mereció todo un capítulo–.

Por lo anterior, al hablar de las razones que fundamentan la emisión de ese tipo de sentencias, obvio resulta que no se evoque un marco normativo procesal que expresamente las permita –dada su atipicidad–; no obstante, la no proscripción de esos fallos implícitamente da pie a su surgimiento. De hecho, podría afirmarse que difícilmente puede ser encontrado respaldo formal explícito con relación a estos, aunque implícitamente sí. Debe tenerse en cuenta que el fundamento material se halla en los postulados constitucionales que consagran valores y principios que deben inspirar la normativa infraconstitucional.

Evocando los principios que, según Hesse, informan la emisión de sentencias, puede asumirse que estas han emergido fundamentalmente dentro del marco de lo posible según los principios de interpretación conforme o de conservación normativa. Coincidente con esa afirmación, Sagüés postula:

Una verdadera fuente inspiradora de tales fallos ha sido la doctrina de la interpretación “conforme” a la Constitución, de las reglas infraconstitucionales (también llamada de la “interpretación constitucional” del derecho subconstitucional), en el sentido de rescatar en lo posible la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema; o que, si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde con la Constitución, y otra opuesta a ella, deba preferirse siempre la del primer tipo⁸¹⁶.

Como se refirió en líneas precedentes, las modalidades de fallos constitucionales que contienen de modulaciones interpretativas han surgido como soluciones oportunas y menos radicales a los complejos conflictos constitucionales, con el fin de hacer efectivo el espíritu del texto fundamental y, al mismo tiempo, en algunos

⁸¹⁶ Sagüés, Néstor Pedro, “Las sentencias atípicas...”, p. 114.

casos, evitar el *horror vacui* –miedo al vacío– que se suscitaría con la expulsión por inconstitucionalidad. Ello es así porque:

*El tribunal se encuentra volcado a hacer efectiva la fuerza normativa de la Constitución en su actividad jurisdiccional, superando la concepción de contralor negativo ya que tiene también la función de realizar los valores y principios constitucionales, dentro de los límites de su función contralora que no sustituye la función activa y operativa de los demás órganos constitucionales*⁸¹⁷ [la cursiva aparece en el texto original].

Más adelante, el autor del párrafo antes transcrito –Nogueira Alcalá– expresamente sostiene que los tribunales constitucionales “deben defender y asegurar la fuerza normativa de la Constitución”⁸¹⁸ y que, en ejercicio de esa función, a veces pueden llegar a asumir soluciones diferentes en función de las diversas circunstancias; esa necesidad ha provocado el “desarrollo de sentencias atípicas interpretativas o intermedias, en las cuales la magistratura constitucional pondera los valores y principios constitucionales en juego, optando por aquellas soluciones que causen menos daños”⁸¹⁹. Además de ese principio, dicho autor también postula que en la doctrina los fallos atípicos han sido justificados por el principio de “conservación de las normas legislativas”, el cual fundamenta la posibilidad de una “intervención positiva y no solo negativa” de los órganos jurisdiccionales constitucionales⁸²⁰.

Groppi refiere que la creatividad “pretoria” del tribunal constitucional italiano, que ha dado vida a nuevos tipos de decisiones, las que van más allá de las previstas en la normativa procesal, se explica por la necesidad de reducir el impacto que conllevan los puros pronunciamientos de inconstitucionalidad sobre el sistema, lo cual puede traducirse en “la exigencia de hacer *soft*, podríamos decir, o ‘dúctiles’

⁸¹⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias...”, *cit.*, p. 137.

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 136.

⁸¹⁹ *Loc. cit.*

⁸²⁰ *Ibidem*, p. 137.

las propias decisiones”⁸²¹; ello supone la posibilidad de hacer que las decisiones puedan ser maleables, según la necesidad de minimizar su impacto.

En la práctica jurisdiccional, la Corte Constitucional colombiana ha sido expresa en establecer, en uno de sus fallos, que la ponderación de principios puede dar lugar a que se previera conservar la vigencia de una disposición, de la mano de una interpretación matizada, pues su expulsión podría acarrear más daños. Véase:

A veces el tribunal puede constatar que una disposición legal es contraria a la Carta, por lo cual no puede declararla constitucional sin matiz; sin embargo, una ponderación de los principios anteriormente mencionados [se refiere al principio democrático y el de fuerza normativa], puede llevar al juez constitucional a la convicción de que la expulsión pura y simple de esa disposición del ordenamiento puede conducir a una situación legal que es peor, desde el punto de vista de los valores constitucionales, ya sea por los vacíos que se pueden generar, ya sea porque la propia decisión del juez constitucional vulnera la libertad de configuración del Congreso. Se explica así la aparente paradoja de que la Corte constata 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 constitucionales⁸²².

Adscribiendo a las razones doctrinarias y jurisdiccionales evocadas, se concluye que la emisión de sentencias atípicas que contienen de modulaciones interpretativas encuentra respaldo en los propios principios de interpretación constitucional relacionados en el apartado 7 del capítulo II, en especial el de fuerza normativa de la Constitución y el de interpretación conforme al texto fundamental, el primero implica la necesidad de dar preferencia, en la solución de los problemas jurídico-constitucionales, a los puntos de vista que tiendan a que la

⁸²¹ Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, trad. de Miguel Carbonell, año XXXVI, núm. 107, 2003, p. 482.

⁸²² Sentencia C-221/97, de 29 de abril de 1997 (Exp. D.1458). Disponible en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-221-97.htm>

carta fundamental obtenga la máxima eficacia; el segundo supone que no debe declararse la nulidad de una disposición normativa cuando la inconstitucionalidad no sea evidente y esta puede ser interpretada en consonancia o de forma compatible con la carta fundamental; como se dijo en el apartado relacionado, ese principio tiene relación estrecha con aquel que refiere la necesidad de presumir la constitucionalidad de los actos estatales normativas, en función de las competencias del órgano emisor. Esa relación ha quedado de manifiesto en la SCC de 26 de enero de 2010 (Exp. 2489-2009), en la que, de manera conjunta, se hace referencia a las notas características de ambos principios. Véase:

Constituye premisa primordial en los planteamientos de inconstitucionalidad, ya sea total o parcial, que las normas cuestionadas confronten de manera directa e indubitable el texto constitucional invocado como transgredido, pues de lo contrario debe prevalecer el principio “*in dubio pro legislatoris*”, según lo ha venido reiterando esta Corte en sus fallos. La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley es excepcional, y procede cuando una norma confronta directamente mandatos o preceptos constitucionales, o bien, cuando la normativa impugnada no sea susceptible de ser interpretada conforme la Constitución; de esa cuenta, si la norma superior determina la validez de la inferior y ésta puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución, los poderes constituidos deben ceñirse a la interpretación que, a la luz de la Carta Magna, realice la Corte de Constitucionalidad, supremo intérprete de la misma⁸²³.

Con base en lo expresado precedentemente, se asume que una interpretación basada en principios propende a que la intervención de los tribunales constitucionales se produzca de manera más positiva y no solo negativa, lo que deriva de la concepción de este como expulsor de enunciados encontrados constitucionalmente ilegítimos. En el caso guatemalteco, todo ello no lo proscriben ni la CPRG ni la normativa procesa aplicable; es más, una actuación en ese sentido se precisa para posibilitar que los valores y principios fundamentales

⁸²³ SCC de 26 de enero de 2010 (expediente 2489-2009). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/808331.2489-2009.pdf>

puedan realizarse. Debe tenerse presente que la no previsión de circunstancias muy particulares que dan lugar a la inobservancia del magno texto no debe ser óbice para justificar un estado de cosas abiertamente inconstitucional.

Ahora bien, puede sostenerse que el fundamento de los fallos cuya atipicidad no obedece a conllevar modulaciones de los contenidos normativos, sino que a otros elementos, radica también en el principio de fuerza normativa de la Constitución, pues la necesidad de realizar los postulados del texto fundamental es lo que torna necesario recomendar la actividad legislativa –como cuando se exhorta al legislador–, revisar planteamientos cuya viabilidad no es regulada expresamente–, actuar oficiosamente –en casos de riesgo extremo de rompimiento constitucional– o dotar de ingeniosos efectos a las decisiones, a fin de que los postulados constitucionales no queden burlados. Por ello, no es desacertado asumir que el fundamento –o razón que las origina– de estas se halla en la esencia misma de los postulados constitucionales, los cuales deben hacerse realidad en todo Estado constitucional de Derecho.

6. La maniobrabilidad posible por la normativa procesal constitucional

Como ya se adelantó en el primer apartado de este capítulo, la determinación de la atipicidad de un fallo constitucional en cada uno de los sistemas normativos dependerá, de manera determinante, del contenido de las disposiciones procesales aplicables. Así las cosas, en los sistemas jurídicos en los que se haya hecho previsión normativa respecto de algunos de esos pronunciamientos, estos, al ser emitidos, pasarían a formar parte de las sentencias “tipo” o “típicas” dentro de esos contextos, en tanto fueron previstos por el legislador.

Sobre la base de lo expresado, ha de asumirse que las prescripciones normativas procesales determinan los tipos de respuestas que pueden esperarse de los tribunales constitucionales y, por lógica, si algunos de estos devienen típicos o no. Ir más allá de los márgenes prescritos supone aventurar sobre rutas no previstas

expresamente por el legislador, por lo que el tránsito hacia ellas debe ser producto de acciones bien meditadas y apoyadas en razonamientos sólidos que no desdeñen lo regulado, especialmente lo que está prohibido de forma manifiesta.

Fernández Segado, refiriéndose al diseño de control constitucional normativo en España, indica que este ha seguido el modelo kelseniano de legislador negativo, lo que se pone de manifiesto con los “estrictos márgenes de maniobrabilidad que al Tribunal ofrece su Ley reguladora”⁸²⁴; a su juicio, ese extremo y la inclinación de los jueces constitucionales hacia la autorrestricción –*self-restraint*– o, como dijera Tomás y Valiente, “la prudencia, que se ha traducido en que la conciencia del límite siempre haya estado viva”⁸²⁵, han provocado que en ese sistema jurídico ese modelo haya alcanzado mayor peso específico que en otros Estados europeos. A pesar de lo referido por el connotado jurista, ha de indicarse que es percepción del tesista que el TCE ha producido sentencias trascendentes, varias de estas se han caracterizado por su atipicidad, principalmente por contener modulaciones interpretativas; de hecho, su contenido de avanzada ha sido utilizado como estándar por la mayor parte de cortes o salas constitucionales latinoamericanas. La explicación a ello es que, dentro de los rígidos márgenes que la normativa procesal le otorga y de la propia prudencia que le ha caracterizado, el órgano jurisdiccional mencionado ha sabido sortear obstáculos para utilizar las herramientas más adecuadas y afrontar creativamente las denuncias de inconstitucionalidad que se han puesto en su conocimiento.

En Guatemala, el capítulo cinco del título cuatro de la LAEPC regula el trámite de la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, precisando, en el artículo 133, cómo, ante quien, en virtud de qué vicios y contra qué pueden realizarse denuncias de inconstitucionalidad. Debe tenerse presente que dicho enunciado normativo no da cabida, de forma expresa, a denunciar omisiones o que el control pueda producirse oficiosamente. Respecto de los

⁸²⁴ Fernández Segado, Francisco, “La Justicia constitucional...”, *cit.*, p. 52.

⁸²⁵ *Loc. cit.*

efectos de las decisiones, opera lo regulado en el artículo 140, el cual precisa que la declaración de inconstitucionalidad conlleva el efecto expulsatorio de la disposición correspondiente –desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial– o bien, según el artículo 141, puede retrotraerse esa consecuencia “a la fecha en que se publicó la suspensión”, en el caso que se hubiere acordado la suspensión interina del enunciado normativo.

Pese a los limitados márgenes de maniobrabilidad que expresamente permite la ley procesal constitucional guatemalteca –la cual opera con autonomía de las disposiciones normativas procesales comunes–, es obligado indicar que los artículos relacionados y el capítulo en el que están contenidos, así como la propia ley fundamental guatemalteca, no proscriben la posibilidad de: (i) emitir sentencias que en el discurso argumentativo se precisen sentidos interpretativos de las disposiciones examinadas a fin de que estas pervivan, tal vez con diferentes alcances, pero concordes con la Constitución; (ii) dejar plasmadas exhortaciones en los fallos, a fin de motivar la actividad normativa de interés constitucional; (iii) conocer y resolver denuncias de inconstitucionalidad contra vacíos normativos constitucionalmente relevantes; y (iv) actuar oficiosamente en defensa de actos normativos manifiestamente quebrantadores del Estado constitucional. Con relación a esto último, ha de tenerse presente que, las literales i. de los artículos 272 de la CPRG y 163 de la mencionada ley procesal establecen como atribución de la CC: “Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República”. La amplitud de esa regulación puede dar pie a variadas acciones en defensa del orden constitucional.

Al haberse precisado que los tribunales constitucionales pueden recurrir a resoluciones atípicas dentro de los márgenes de maniobrabilidad posibles –bien sea por estar permitidos o por no estar expresamente prohibidos–, es menester indicar que su actuación siempre va a estar sujeta a las limitaciones propias de la actividad que se realiza y sobre las cuales ya se adelantaron algunos conceptos en el capítulo anterior. Si bien no se puede depositar la confianza total en que el

respeto a esos límites solo puede ser producto de la autorrestricción –*self-restraint*– o a la prudencia de los jueces, ya que es muy subjetivo determinar cuándo se actúa de esa forma, ha de indicarse que son las buenas razones para resolver –motivación fáctica y normativa– lo que marcará si se justifica haberse recurrido al uso de una herramienta atípica para resolver.

7. Variedades de sentencias atípicas

La doctrina no ha sido unánime con relación a la clasificación de los fallos atípicos, por lo que es común encontrar trabajos que realizan exposiciones sobre tipologías disímiles entre sí⁸²⁶. Ello implica dificultades para asumir como válida una sistematización de esas sentencias.

Muchas de las clasificaciones de resoluciones atípicas, inclusive las denominaciones que se utilizan atienden, más que todo, a la experiencia propia del tribunal constitucional del Estado de origen de quien formule la propuesta, aunque ha de aceptarse que es usual encontrar tipologías elaboradas tomando como referencia el legado de la Corte Constitucional italiana, por su liderazgo incuestionable en la innovación de modelos de fallos constitucionales⁸²⁷.

En líneas generales, es obligado indicar que doctrinarios italianos, tal como Guastini, abordan el análisis de los fallos objeto de estudio, dividiéndolos fundamentalmente entre sentencias **interpretativas** y **manipulativas** –*sentenze interpretative* y *manipolatrici*–, incluyendo, como parte de las primeras, a las de rechazo y las de acogimiento –*interpretative di rigetto* y *di accoglimento*– y como

⁸²⁶ Nogueira Alcalá refiere que sobre ese tipo de sentencias: “es posible establecer una cierta tipología, [empero, esto] aún un punto pacífico de la doctrina, como asimismo, no se está exento del riesgo de las dificultades de dicha caracterización”. Véase: Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias...”, *cit.*, p. 136.

⁸²⁷ Un estudio muy completo respecto de la tipología de sentencias constitucionales en Italia se halla en la obra: Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 429 pp.

expresiones de las segundas a las aditivas y sustitutivas –*additive* y *sostitutive*–⁸²⁸. Por el gran desarrollo que las sentencias atípicas han tenido en Italia, ha de tenerse presente que la Corte Constitucional ha ido enriqueciendo su tipología con nuevos modelos, no solo desde el punto de vista de las fórmulas empleadas, sino también del de los contenidos decisorios⁸²⁹.

Sin ánimo de soslayar los valiosos aportes provenientes de ámbitos jurisdiccionales más desarrollados, la presente investigación ha tenido como uno de sus propósitos centrales efectuar una propuesta de tipología, apoyándose en el desarrollo jurisdiccional guatemalteco. No obstante, antes de concretar ese objetivo, conviene evocar algunas proposiciones de variantes que formulan algunos juristas que se han distinguido por ser estudiosos en el tema en cuestión.

En una obra sobre la temática que se comenta, el mexicano Figueroa Mejía aporta una útil esquematización de las sentencias atípicas; para el efecto, se inspira tanto en la experiencia mexicana, como española e italiana. En concreto propone la siguiente clasificación⁸³⁰:

- a) **sentencias interpretativas en general**, que son las que conllevan un pronunciamiento, no sobre el texto de la ley, sino que sobre una norma que de este puede deducirse a raíz de la interpretación efectuada. Estas se dividen en *interpretativas desestimatorias* y *estimatorias*.
- b) **sentencias manipuladoras**, que son aquellas que, explícita o implícitamente, declaran la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo, derivado de forma conjunta o compleja de una disposición

⁸²⁸ Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, pp. 63 a 67. Del mismo autor, otros trabajos abordan la misma clasificación: *Le Fonti del Diritto... cit.*, pp. 309 a 319; y “Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali”, *Analisi e diritto*, Turín, Giappichelli Editore, 1990, pp. 88 a 97. Ha de destacarse que en el primero de los trabajos citados –p. 63–, el autor presenta esas modalidades de fallos como producto de la aplicación del principio de interpretación conforme.

⁸²⁹ Pizzorusso, Alessandro, “La justicia constitucional en Italia”, *Teoría y realidad constitucional*, trad. de Josep Ma. Castellà Andreu, núm. 4, 1999, p. 168.

⁸³⁰ Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, p. 95 a 221.

normativa, produciendo, como efecto, la modificación o innovación del convenio normativo respectivo. Este último grupo, a su vez, comprende tres tipos de decisiones *reductoras, aditivas y sustitutivas*.

- c) **sentencias monitorias**, que son las utilizadas para “salvar la constitucionalidad de la ley, pero invitando al legislador a modificarla”. Como subtipo de estos fallos están las *desestimatorias y estimatorias*.

Igualmente, de gran utilidad es la tipología a la que hace referencia Sagüés, la cual destaca por el fácil manejo que permite. Véase⁸³¹:

- a) **sentencias interpretativas**, refiriéndose a los fallos que interpretan de un modo determinado a una regla jurídica subconstitucional, para hacerla coincidir con la Constitución. Estas se subclasifican en: *admisorias y desestimatorias*;
- b) **sentencias manipulativas**, por medio de esta modalidad se crea un producto nuevo, en aras de construir una respuesta acorde con la Constitución; de esa cuenta, la regla subconstitucional es mejorada o, hasta cierto punto, reemplazadas, por el operador de la jurisdicción constitucional. Estas las subdivide en *aditivas, sustractivas y sustitutivas*; y
- c) **sentencias exhortativas**, las cuales se refieren a los fallos por los que el órgano jurisdiccional constitucional, ante una situación de encontrar una disposición normativa inconstitucional o presuntamente inconstitucional, encomienda al Poder Legislativo la emisión de un nuevo texto acorde con la Constitución. Estas se subdividen en *de delegación, de inconstitucionalidad simple y por constitucionalidad endeble o precaria*⁸³².

⁸³¹ Sagüés, Néstor Pedro, “Las sentencias atípicas...”, *cit.*, p. 116 y ss.

⁸³² Tiempo atrás, en una publicación en la que participó Sagüés propuso la siguiente clasificación: (a) *manipulativas admisorias*, que son las que admiten como inconstitucional una interpretación de la disposición examinada, pero no el texto normativo, que puede aceptar otras interpretaciones conforme a la Constitución; (b) *manipulativas desestimatorias*, que son las que reputan como constitucional cierta exégesis de alguna disposición normativa; de esa forma se desestima la

Ahora bien, partiendo de la clasificación tradicional que divide las sentencias constitucionales en desestimatorias y estimatorias, Díaz Revorio hace relación de la experiencia del TCE, dentro de las cuales aparecen unos que denomina “tipos intermedios”. Véase⁸³³:

- a) **Sentencias desestimatorias**, las que pueden presentar las siguientes modalidades: (a.1) *de desestimación pura o simple*; (a.2) *interpretativas de desestimación*, que declara la constitucionalidad del precepto “si se interpreta” o “es interpretado” en el sentido que el propio tribunal señala; según el autor evocado este es el pronunciamiento intermedio formalmente más utilizado; y (a.3) otros tipos, dentro de las cuales incluye las *sentencias de apelación*, que son las que declaran que la ley todavía no es inconstitucional.

- b) **Sentencias estimatorias**, pudiéndose distinguir dentro de estas las siguientes variedades: (b.2) *de estimación total*; (b.2) *de estimación parcial*, que comprende como subtipos: (b.2.1) *de estimación parcial respecto del “texto” de la disposición normativa cuestionada*; (b.2.2) *de estimación parcial respecto de la “norma”*; de ese modo, la inconstitucionalidad no afecta el texto sino al contenido normativo; estas pueden calificarse también como *interpretativas por estimación*; estas últimas también merecen la siguiente distinción: (b.2.2.1) *interpretativas de estimación en sentido estricto*, que señalan la inconstitucionalidad de una entre varias interpretaciones posibles que derivan de un enunciado

inconstitucionalidad de una interpretación; esto supone la posibilidad de estimar la legitimidad constitucional de otras; (c) *manipulativas aditivas*, cuya función es agregar algo, vía interpretación, a la disposición normativa, para hacerla compatible con la carta fundamental; (d) *manipulativas sustitutivas*, que son las que reputan la inconstitucionalidad de una disposición, señalando otra que debe sustituirla para hacerla conforme a la Constitución –según el jurista que propone esta clasificación, esta es la manifestación más dura y discutible del poder legisferante positivo de un tribunal constitucional–; y (e) *exhortativas, apelativas o con aviso*, que son las que, ante la presencia de una disposición normativa inconstitucional o presuntamente inconstitucional, indican al órgano emisor qué criterios debe tomar en cuenta para crear un enunciado normativo que sea conforme a la Constitución. Cfr.: Sagüés, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, vol. 4, 2006, pp. 192 y 193.

⁸³³ Díaz Revorio, Francisco Javier, “La tipología de los pronunciamientos...”, *cit.*, pp. 57 y 58.

normativo; (b.2.2.2) *interpretativas de estimación que declaran la inconstitucionalidad de “una norma” o parte del “contenido normativo” derivado conjuntamente del texto impugnado*. Haciendo un parangón con la doctrina italiana, el autor refiere que estas son las denominadas *sentencias manipulativas*, que incluyen tres tipos de decisiones, a saber: *reductoras, aditivas y sustitutivas*. Por último, incluye dentro del concepto “otros tipos de sentencias estimatorias”, las de inconstitucionalidad sin nulidad.

De la tipología anterior, resulta pertinente la precisión en cuanto a que algunas sentencias incluidas no presentan características de atipicidad, tales como las de desestimación pura o simple, las de estimación total y las de estimación parcial respecto del “texto” de la disposición normativa cuestionada.

En razón del particular interés por abordar los fallos emanados de la CC, en las líneas subsiguientes se toma el atrevimiento de proponer una sistematización de las sentencias atípicas, tomando en cuenta la experiencia local y la definición aportada líneas atrás. Véase:

l) Sentencias atípicas en virtud de su contenido

a) **sentencias interpretativas**, las cuales se subdividen así:

a.1) en razón de la acogida de la interpretación del accionante:

a.1.1) sentencias interpretativas **de acogimiento**

a.1.2) sentencias interpretativas **de rechazo**

a.2) en razón de la modulación de contenidos normativos:

a.2.1) sentencias **aditivas**

a.2.2) sentencias **sustitutivas**

a.2.3) sentencias **reductoras**

b) **sentencias exhortativas**

- c) **otras:** sentencias que disponen efectos no previstos en la normativa procesal constitucional

Aunque con denominaciones diferentes, por razones que líneas más adelante serán expuestas, la tipología anterior se asemeja a las clasificaciones propuestas por Figueroa Mejía, Sagüés y Díaz Revorio.

En virtud del punto de vista particular del tesista, se propone adicionar, a las variedades atípicas de sentencias constitucionales, las que presentan matices de atipicidad por el objeto de control y los escenarios especiales en que son emitidas. Por lo expresado, a la clasificación anterior se agregan los siguientes tipos de fallos.

II) **Sentencias cuya atipicidad radica en el objeto de examen: fallos emitidos en inconstitucionalidades por omisión**, que se subdividen por el tipo de silencio del legislador:

- a) sentencias **de inconstitucionalidad por omisión absoluta**
- b) sentencias **de inconstitucionalidad por omisión relativa**
- c) sentencias **de inconvencionalidad por omisión**

III) **Sentencias cuya atipicidad radica en las circunstancias especiales de emisión: fallos dictados de oficio**

En los incisos subsiguientes se abordará cada uno de los tipos de fallos atípicos, según la clasificación propuesta por el tesista. Cuando corresponda, serán evocados ejemplos de los pronunciamientos de la CC.

7.1 Sentencias atípicas en virtud de su contenido

Como bien se expresó con antelación, el contenido de las sentencias es un factor que puede determinar que un fallo constitucional sea considerado atípico, precisamente porque permite ir más allá de acoger o no la pretensión que motivó el planteamiento de inconstitucionalidad. De hecho, ha de indicarse que la mayoría de las tipologías desarrolladas por estudios doctrinarios se basa en el contenido como elemento que marca lo que de los pronunciamientos.

A juicio del tesista, dentro de este tipo de fallos, pueden incluirse las interpretativas, las modulatorias o normativas y las exhortativas, de conformidad con las razones que se expresarán más adelante. Con relación a estas expresiones de pronunciamientos atípicos, es conveniente referir que es aplicable la visión de Zagrebelsky, citado por Fernández Segado, quien refiere que, por medio de las nuevas modalidades de sentencias, los tribunales constitucionales han asumido un doble rol normativo, a saber: (a) **de producción inmediata de reglas jurídicas no legislativas**, creando directamente el Derecho, sin precisar de la intermediación de otros sujetos; a estas les llama *sentenze-legge* y, conforme lo que se verá líneas adelante, corresponden a lo que se abordará como sentencias interpretativas; y (b) **de participación en el proceso legislativo**, las cuales no conllevan la creación per se de nuevo Derecho, sino que persiguen poner en marcha a los órganos legislativos, orientando sus decisiones; a estas les llama *sentenze-indirizzo* y están relacionadas con la modalidad de fallos exhortativos, que serán objeto de abordaje con posterioridad⁸³⁴. A continuación podrá conocerse cada una de estas.

⁸³⁴ Fernández Segado, Francisco, “La Justicia constitucional...”, *cit.*, p. 50.

7.1.1 Sentencias interpretativas

Para el estudio de este tipo de sentencias es preciso traer a cuenta que la interpretación conforme a la Constitución conlleva que todo juez constitucional no declare la invalidez de una disposición normativa si esta pueda ser interpretada conforme al texto constitucional. Según el profesor Ezquiaga Ganuzas, el valor práctico de ese principio no se agota en el simple papel de inspirador de la interpretación, ya que es clara su funcionalidad al momento de optar a significados diversos; ello es así, porque cuando concurren dos interpretaciones respecto de un precepto, de las cuales una es ajustada a la Constitución y la otra no, debe optarse por el primero de los significados. En segundo término, la interpretación conforme exige que, entre diversos significados de un enunciado que sean compatibles con el texto fundamental, se opte por el más conforme con esta. Por ello mismo, puede concebirse como una consecuencia del principio de la coherencia del sistema jurídico⁸³⁵.

Puede asumirse, entonces, que el principio de interpretación conforme constituye un canon de actuación del juez que exige de él no privilegiar la interpretación de una disposición en un sentido que riña con la Constitución, sino comprenderla de modo que armonice con su contenido⁸³⁶. Precisamente, la observancia de ese principio es lo que mayormente ha posibilitado el surgimiento de la modalidad de sentencia que se aborda en este apartado y la cual ha tenido gran desarrollo en

⁸³⁵ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 82.

⁸³⁶ Carpio Marcos, Edgar, "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)", *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VI, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 160. Cabrales Lucio –jurista mexicano– también realiza un interesante abordaje sobre la interpretación conforme, refiriendo que su implementación obedece a "la idea de salvar la norma de la declaración de inconstitucionalidad", lo que encontraría respaldo en el principio de seguridad jurídica. *Cfr.*: Cabrales Lucio, José Miguel, *op. cit.*, p. 104.

las jurisprudencias alemana e italiana⁸³⁷.

Esencialmente, los fallos interpretativos son los que basan la resolución del planteamiento de inconstitucionalidad en la discriminación entre las posibles interpretaciones que ofrece el enunciado normativo cuya legitimidad constitucional es puesta en duda, privilegiando, sobre la base del principio de interpretación conforme, la que se estime legítima a la luz del contenido del texto constitucional⁸³⁸. Ello es así porque una disposición no debería ser declarada inconstitucional por la posibilidad de encontrar en este una interpretación inconstitucional, sino –a la inversa– porque resulta imposible otorgarle un sentido que armonice con la Carta Fundamental.

El término *sentencias interpretativas* puede atribuírsele una connotación omnicompreensiva, en el sentido de abarcar todo tipo de fallos por suponer la selección de un sentido interpretativo de la disposición normativa con la cual se da solución a un caso⁸³⁹; ello admitiría la posibilidad de asignar esa denominación a

⁸³⁷ Sin ánimo de determinar el punto de partida específico de las sentencias interpretativas, es oportuno referir que la jurista colombiana Escobar Martínez sostiene que el antecedente más destacable de la aparición de aplicación del principio de interpretación conforme se halla en el modelo norteamericano; sin embargo “*el desarrollo de esta técnica en Europa no responde a una recepción de la jurisprudencia de la Supreme Court sino que deriva de las propias necesidades del control de constitucionalidad*”; líneas más adelante, la jurista indica:

...las sentencias interpretativas entendidas como transformación del significado sin alteración textual, *aparecen en Europa incluso en sistemas en los que no se reconoce expresamente un control jurisdiccional de validez de las leyes*, como sucedió en Weimar, cuando el tribunal del *Reich*, antes de la famosa decisión de 4 de noviembre de 1925 en la que reconoció a los jueces la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich* (control difuso, por cierto) ya había antes recurrido a la técnica de la interpretación conforme a partir de la sentencia de 28 de abril de 1921 y en algunos juicios posteriores. Con anterioridad a Weimar nos encontramos con otro precedente: habitualmente se reconoce que el tribunal pionero en el uso de estas técnicas fue el tribunal federal suizo que incorporó este principio en el juicio de constitucionalidad de las leyes en la decisión de 8 de julio de 1908...

Para mayor abundamiento, véase: Escobar Martínez, Lina Marcela., *op. cit.*, pp. 94 y 95.

⁸³⁸ Así se sostiene en el trabajo de Gascón Abellán, Marina, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción” *Revista española de derecho constitucional*, año 41, núm. 22, 1994, p. 70.

⁸³⁹ Por ello mismo, el profesor Ezquiaga Ganuzas asume que, en un sentido amplio, “todas las decisiones del Tribunal Constitucional (e incluso todas las decisiones judiciales) son interpretativas”; esto en la medida que, para resolver conflictos jurídicos sea imprescindible la aplicación de enunciados legales, operación que supone necesariamente “atribuir a esos enunciados un significado, o lo que es lo mismo, determinar una norma a partir de los mismos...”. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 116.

fallos recaídos en cualquier tipo de procesos conocidos en la jurisdicción constitucional, tal como en amparos. Tal vez por el sentido tan amplio que podría derivar de ese sustantivo es que, en la doctrina constitucional colombiana –con influjo doctrinario italiano–, ha habido inclinación a denominar *condicionadas* a ese tipo de sentencias, lo que se explica porque en estas se condiciona la intelección de un enunciado normativo a fin de hacerla compatible con la Constitución⁸⁴⁰.

Por lo expresado precedentemente, oportuno resulta hacer precisión, en sintonía con la acepción atribuida por la mayoría de los constitucionalistas, en cuanto a que, en este trabajo, el sustantivo *sentencias interpretativas* será utilizado, en sentido estricto –lo que significa un apartamiento del concepto amplio antes referido–, para designar los fallos emitidos dentro del marco del control constitucional normativo y que dirigen su atención a la escogencia de los sentidos interpretativos de una disposición, a modo de hacerla compatible con la Constitución⁸⁴¹. De esa forma, la interpretación más que un instrumento es tomado

⁸⁴⁰ En una de las primeras sentencias en que se adoptó la modalidad comentada –la C-546/92, de 1 de octubre de 1992–, la Corte Constitucional se pronunció sobre la posibilidad de emitir ese tipo de fallos, al indicar:

Debe la Corte en este punto, empezar por indicar que la decisión del juez constitucional sobre la exequibilidad o inexequibilidad de una norma no siempre se reduce a la simple declaración de la una o la otra. Tanto la exequibilidad como **la inexequibilidad pueden serlo con ciertas condiciones y bajo ciertas circunstancias**. Dicho de otra manera: la declaración del juez sobre la adecuación de la Ley a la Constitución no excluye las excepciones del caso. Poner en evidencia las excepciones a la regla es, precisamente, hacer que la aplicación del derecho sea razonable, adecuada a los hechos... [el énfasis es añadido].

Justificado ese proceder, en la parte resolutive se dispuso lo siguiente:

SON EXEQUIBLES los artículos 8°, en la parte que dice: “y la inembargabilidad”, y 16 de la Ley 38 de 1989; y además, en tratándose de créditos laborales, entendidos dichos textos conforme a los dos últimos párrafos de la parte motiva de esta sentencia.

En fecha más adelante –en el fallo dictado el 3 de noviembre de 1994 (C-496/94)–, el citado tribunal constitucional hace uso expreso del término constitucionalidad condicionada, equiparándola a fallo interpretativo, refiriéndose en los siguientes términos:

...si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una **constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa** que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento... [el énfasis es añadido].

⁸⁴¹ La distinción de los connotaciones amplia y estricta del concepto sentencias interpretativas es abordada con mucha propiedad en: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, pp. 116 y 117.

como el objeto que condiciona el *decisum* al que se arribará⁸⁴².

Sobre la base de lo expuesto en el párrafo que precede, para la debida comprensión de este tipo de fallos es necesario tener presente la distinción conceptual existente entre disposición –significante– y norma –significado–⁸⁴³. De hecho, ello ha marcado el contenido de las definiciones aportadas por destacados juristas, como Rubio Llorente, quien las entiende como “aquellas que emiten un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino de una norma que de él pueda deducirse mediante los medios habituales de interpretación”⁸⁴⁴. Así las cosas, el elemento central de examen constitucional y respecto del cual se pronuncia el tribunal indicando si lo respalda o no, o si se opta por uno diferente, es el significado que se le atribuye a una disposición, o mejor dicho: “la norma”⁸⁴⁵.

Por su parte, Guastini refiere que configura una sentencia interpretativa en sentido estricto toda decisión del tribunal constitucional que no versa sobre la disposición legislativa, “es decir, sobre el texto de la ley en cuanto tal, sino, en lugar de ello, sobre una –una sola– de las normas expresadas por el texto y, por lo tanto, sobre una de sus posibles interpretaciones”⁸⁴⁶.

El profesor Ezquiaga Ganuzas define las sentencias constitucionales interpretativas como: “aquellas decisiones que incorporan en su parte dispositiva

⁸⁴² Como respaldo de esa posición, se evoca a: Díaz Revorio, F. Javier, *La interpretación constitucional...*, p. XLVI.

⁸⁴³ La afirmación se hace porque “[e]stando las ‘sentencias interpretativas’ vinculadas a la interpretación conforme, ellas parten del presupuesto de la distinción entre disposición y norma, o entre el enunciado normativo y la norma que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende del mismo”. Así lo expresa: Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, *cit.*, p. 349.

⁸⁴⁴ Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, *Revista española de derecho constitucional*, año 8, núm. 22, 1988, p. 30.

⁸⁴⁵ Ese concepto es relevante para la comprensión de las sentencias interpretativas, en tanto que estas tienen por objeto: “normas” y no disposiciones, las que usualmente no tienen alteración. *Cfr.*: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica... cit.*, p. 254 y ss. En la misma línea, el profesor Díaz Revorio asume el que es toral el concepto restringido de norma para el entendimiento de estas sentencias, pues “sostener que el objeto de pronunciamiento sobre la constitucionalidad es exclusivamente la disposición conlleva que no tienen cabida las sentencias interpretativas”. Díaz Revorio, F. Javier, *La interpretación constitucional...*, *cit.*, p. 17.

⁸⁴⁶ Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, pp. 63 y 64.

(directamente o remitiéndose a los fundamentos jurídicos) algún tipo de declaración acerca de cómo debe entenderse un determinado enunciado legal, independientemente de que sea declarado constitucional o contrario a la Constitución”⁸⁴⁷. La definición anterior supedita el carácter interpretativo de una resolución esencialmente a que esta precise el sentido que debe ser atribuido al enunciado analizado, con independencia de la decisión a que se arribe.

El profesor Aragón Reyes se ha expresado en cuanto a que la justificación de las sentencias constitucionales interpretativas se halla en dos tipos de razones, a saber: (a) **razones constitucionales**, dado el carácter abierto de las cláusulas del texto fundamental y la obligación misma de interpretar de conformidad con la Constitución a todo el ordenamiento normativo; todo ello conduce a presumir la constitucionalidad de las leyes salvo fuerte prueba en contrario, evitando su anulación mientras pueda encontrarse una interpretación conforme; y (b) **razones ordinamentales**, las cuales tienen que ver con la necesidad de seguridad jurídica y el horror al vacío en todo el ordenamiento; ello conlleva evitar, en la medida de lo posible, la producción de lagunas y, por lo mismo, defender el principio de conservación normativa, siempre que no concurra una contradicción radical con la Constitución⁸⁴⁸.

Definido lo anterior, es obligado indicar que es común encontrar posiciones que sujetan el carácter interpretativo de un fallo constitucional al hecho que en la decisión no se haya acogido la denuncia de inconstitucionalidad directa. En esa línea, Díaz Revorio define las sentencias interpretativas, resaltando su carácter depurativo, al producirse la elección entre alternativas posibles: “Aquellas que *«dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él derivan conjunta o*

⁸⁴⁷ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 119.

⁸⁴⁸ Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1998, p. 120.

*alternativamente, no son acordes con la Constitución»*⁸⁴⁹. Luego, agrega que el fundamento de estas sentencias es la conservación, en lo posible, de la obra legislativa, agotando las vías para mantener la constitucionalidad de la ley siempre que sea posible.

Es coincidente con las posiciones anteriores, el jurista mexicano Figueroa Mejía, quien define las sentencias interpretativas como las que contienen declaraciones explícitas o implícitas respecto de que, *“al menos una de las normas que, conjunta o alternativamente, derivan del texto de la disposición, son inconstitucionales, pero dicha inconstitucionalidad, por lo regular, no se refleja en una parte específica del texto, sino en parte del contenido normativo que de él deriva*⁸⁵⁰.

A criterio del tesista, en congruencia con lo expresado por el profesor Ezquiaga Ganuzas, la determinación de los sentidos que pueden ser atribuidos a un enunciado normativo pueden estar contenidos tanto en decisiones que formalmente acogen o no el planteamiento, aunque ha de aceptarse que lo más usual e, incluso, útil es que esa atribución se produzca en el segundo tipo de sentencias –las desestimatorias–, a fin de salvar por vía interpretativa la constitucionalidad de la disposición examinada, por estricta aplicación del principio de interpretación conforme⁸⁵¹; ello es así, pues no tendría mayor utilidad adjudicar

⁸⁴⁹ Véase: Díaz Revorio, Francisco Javier, “La tipología de los pronunciamientos...”, *cit.*, p. 62. En otros trabajos, el mismo autor evocado admite la posibilidad de que las sentencias interpretativas puedan ser dictadas en fallos estimatorios o desestimatorios y que no radica en el acogimiento o no del planteamiento su elemento distintivo. Véase:

Las sentencias interpretativas pueden adoptar un fallo formalmente desestimatorio, o bien estimatorio. Pero la operación que realizan sobre el contenido normativo de las leyes la misma en ambos casos: si una ley puede interpretarse en el sentido A (constitucional) y B (inconstitucional) tanto vale decir que «la ley constitucional si se interpreta en el sentido A», que «la ley inconstitucional si se interpreta en el sentido B». La diferencia se encuentra más bien en el plano de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Véase: Díaz Revorio, Javier, “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas”, *Pensamiento constitucional*, núm. 8, 2011, p. 206.

⁸⁵⁰ Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, p. 98.

⁸⁵¹ A propósito de la posición asumida, se trae a cuenta que el magistrado Tomás y Valiente emitió voto particular cuando el TCE dictó un fallo en el que se describen las sentencias interpretativas. A decir de Ezquiaga, objetó que se sujetara el carácter interpretativo al hecho de que la sentencia fuera de tipo desestimatorio. Véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 120.

un significado a una disposición para que esta, en lugar de ser salvada, sea expulsada del ordenamiento normativo.

El esfuerzo por definir las sentencias interpretativas no se ha reducido al ámbito doctrinario, ya que, también a nivel jurisprudencial, pueden ser encontradas algunas manifestaciones, tal como el fallo emitido el 13 de febrero de 1981 por el TCE, el cual definió las sentencias constitucionales interpretativas así:

Las llamadas en parte de la doctrina sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un 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, son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución⁸⁵².

En los primeros años de funcionamiento, la CC tuvo la oportunidad de emitir una sentencia interpretativa, la cual denota un intento por referir los elementos que caracterizan este tipo de fallos. Véase:

La doctrina al referirse a las llamadas sentencias interpretativas explica que las mismas se producen cuando la declaratoria de inconstitucionalidad podría provocar un vacío o una laguna legal con daño a otros derechos, valores y principios que la Constitución también está llamada a preservar. En este caso, siendo de jerarquía constitucional el valor seguridad de todas las personas (artículo 2.) y la prevalencia del interés social (artículo 44, párrafo segundo), esta Corte considera que el artículo 16 del reglamento aprobado por el acuerdo gubernativo del 26 de junio de 1930, en cuanto a la dirección "los consumidores tienen la obligación de franquear a estos empleados la entrada a" **debe interpretarse como** la imposición de una obligación cuyo cumplimiento no puede

⁸⁵² La comentada es la STCE 5/1981 y está disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1981/02/24/pdfs/T00016-00030.pdf>

ser ejecutado unilateralmente por la Empresa, por lo que en ninguna forma substituye la voluntad del habitante de la morada de permitir o de negar el ingreso a ésta a los empleados debidamente autorizados de aquella para realizar la labor de inspección y revisión de las instalaciones eléctricas. Tampoco puede interpretarse que, cuando la solicitud de inspección de la vivienda se hace para su practicada antes de las seis o después de las dieciocho horas, la negativa a autorizar el ingreso produzca una situación de incumplimiento del usuario del servicio eléctrico, porque dicho horario está constitucionalmente protegido incluso al ingreso por orden judicial⁸⁵³ [el énfasis es añadido].

En tiempos más recientes –en 2014–, el tribunal constitucional guatemalteco emitió un fallo en el que, de manera más consciente –aunque ya se había hecho con antelación–, refiere la intención de emitir un pronunciamiento interpretativo, precisando los alcances que su emisión implica, en cuanto a que, si bien se deja inalterado el precepto normativo, se produce una variación del contenido interpretativo. Lo destacable con ello es que el órgano jurisdiccional asume la posibilidad de hacer uso de la herramienta y puntualiza que, más allá del efecto declamativo que pueda atribuírsele a una resolución interpretativa, la obligatoriedad *erga omnes* de la observancia de esa interpretación es incuestionable. Véase lo que quedó plasmado en el fallo:

En el plano práctico “*La interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución*” implica que tanto los órganos del Estado, como los particulares o gobernados están obligados a interpretar el ordenamiento jurídico en cualquier momento de su aplicación, conforme los principios y postulados derivados de la Ley Fundamental, y referente a dicha forma de interpretación, esta Corte ha emitido sentencias interpretativas mediante las cuales se determinan los diversos sentidos de una ley, precisando y delimitando su sentido literal, rechazándose aquellos que sean incompatibles con los principios y valores de la Constitución, y conservando de esa forma la validez de la ley en cuestión, con el objeto de lograr armonización de la ley cuestionada con la Constitución. Se configura como efecto

⁸⁵³ SCC de 27 de mayo de 1988 (Exp. 25-88). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/814984.25-88.pdf>

de ese tipo de fallos constitucionales el que, en lo sucesivo, el precepto impugnado no puede ser entendido sin tomar en cuenta lo considerado en la sentencia misma, en la cual se establece cuál es la interpretación constitucionalmente aceptable del precepto legal cuestionado y se descartan interpretaciones distintas, teniendo en cuenta los efectos *erga omnes* de estas decisiones, cuya trascendencia es incuestionable, ya que a partir de la emisión de la sentencia de mérito, nos encontramos con preceptos legales cuyo texto no ha variado en lo absoluto, pero cuyo contenido normativo o interpretativo ha sido objeto de cierta variación⁸⁵⁴.

Las motivaciones plasmadas en los fallos de la CC permiten advertir la concurrencia de razones consistentes para optar por ese tipo de pronunciamientos, denotándose que, al realizar el control de constitucionalidad normativa, es preferible la atribución de un sentido interpretativo a la disposición, adecuándola a la Constitución, frente a la solución más drástica que supone la expulsión misma del enunciado.

Con base en las notas características que se extraen de las definiciones y pronunciamientos jurisdiccionales antes expuestos, se formula la siguiente propuesta de definición de los fallos interpretativos: **son una modalidad de sentencias atípicas, por medio de los cuales los tribunales constitucionales emiten pronunciamiento respecto del significado que debe ser atribuido a la disposición normativa sometida a examen de constitucionalidad, a fin de que estas sean entendidas de conformidad con los preceptos de la Carta Fundamental.**

Ciertamente, los fallos interpretativos han hecho posible que los tribunales constitucionales asuman un papel determinante en la transformación de las sociedades; no obstante, ha de aceptarse que también han implicado riesgos ante la posibilidad de que, con la intención de salvar disposiciones inconstitucionales, se les dote de significados que lejanamente debería corresponderle. Ante tales

⁸⁵⁴ SCC de 13 de mayo de 2014 (Exp. 317-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/825302.317-2013.pdf>

situaciones, es preciso tener presente lo abordado sobre los márgenes de actuación del intérprete constitucional.

A guisa de ejemplo de expresiones de fallos constitucionales interpretativos guatemaltecos en los que se hace el esfuerzo de salvar el enunciado examinado mediante interpretación conforme, se evoca un fragmento de la sentencia interpretativa dictada el 21 de junio de 2005 (Exp. 1724-2004), en la cual se adecua el sentido de una disposición preconstitucional a los preceptos del texto fundamental vigente. Véase:

[L]a normativa impugnada, al regular lo relativo a la realización de autopsias y exámenes forenses de afiliados al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, lejos de violar la autonomía del referido Instituto, guarda congruencia con el espíritu para el que fue instituido el régimen que preconiza el artículo 100 de la Constitución Política de la República, sobre todo porque, sustancialmente, la norma constriñe tal mandato como un servicio más que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe prestar a los afiliados a dicho régimen; y, de esa cuenta, **aun y cuando la norma impugnada es una norma preconstitucional, se ve que una interpretación conforme la Constitución permite adaptar lo regulado en el artículo 28 ibídem a lo dispuesto en la norma constitucional precitada**, sobre todo si se atiende a que la institución de un régimen de seguridad social, en correcta intelección con una orientación finalista, debe ser fundamentalmente entendida como una función pública y obligatoria, tal y como se contempla en el primer párrafo del artículo 100 ibid...⁸⁵⁵ [el énfasis es añadido].

Las transcripciones de los segmentos considerativos de los fallos interpretativos de la CC dan cuenta que, con estos, el tribunal constitucional justifica con buenas razones su inclinación por la solución menos drástica, privilegiando la armonización de los enunciados cuestionados con los contenidos de los preceptos constitucionales. Así las cosas, ese recurso resolutivo se presenta –cuando se

⁸⁵⁵ SCC de 21 de junio de 2005 (Exp. 1724-2004). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/806461.1724-2004.pdf>

presentan condiciones favorables para ello— como una opción afortunada para encarar conflictos constitucionales normativos.

A efecto de que no quede la impresión de que la CC solo ha emitido los tres fallos comentados, es obligado indicar que, apoyándose en el principio de interpretación conforme, ha dictado otros pronunciamientos por los que ha realizado selección de los sentidos que más se adecuan a la ley fundamental, pudiendo citarse como ejemplos los emitidos el 30 de diciembre de 1988 (Exp. 289-88), el 24 de febrero de 1997 (Exp. 929-96)⁸⁵⁶, el 17 de octubre de 2001 (1034-2001)⁸⁵⁷, el 14 de enero de 2003 (Exps. Acums. 1663-2002, 1672-2002, 1673-2002, 1727-2002, 1744-2002, 1745-2002, 1746-2002, 1747-2002, 1748-2002, 1749-2002, 1750-2002, 1751-2002 y 1755-2002)⁸⁵⁸, el 3 de agosto de 2004 (Exps. Acums. 989-2001 y 1014-2001)⁸⁵⁹, el 29 de marzo de 2007 (Exp. 3046-2006)⁸⁶⁰, el 29 de noviembre de 2007 (Exp. 541-2006)⁸⁶¹, el 7 de agosto de 2007 (Exp. 665-2007)⁸⁶², el 4 de diciembre de 2007 (184-2007)⁸⁶³, el 26 de septiembre de 2012 (Exp. 659-2012)⁸⁶⁴, el 6 de mayo de 2014 (Exp. 1739-2012)⁸⁶⁵, el 15 de julio de 2014 (Exp. 4279-

⁸⁵⁶ SCC de 24 de febrero de 1997 (Exp. 929-96). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/833472.929-96.pdf>

⁸⁵⁷ SCC de 17 de octubre de 2001 (1034-2001). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791974.1034-2001.pdf>

⁸⁵⁸ SCC de 14 de enero de 2003 (Exps. Acums. 1663-2002, 1672-2002, 1673-2002, 1727-2002, 1744-2002, 1745-2002, 1746-2002, 1747-2002, 1748-2002, 1749-2002, 1750-2002, 1751-2002, 1755-2002). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/792037.1663,%201672,%201673,%201727,%201744,%201746,%201747,%201748,%201749,%201750,%201751,%201755-2002.pdf>

⁸⁵⁹ SCC de 3 de agosto de 2004 (Exps. Acums. 898-2001 y 1014-2001). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815778.898-2001%20Y%201014-2001.pdf>

⁸⁶⁰ SCC de 29 de marzo de 2007 (Exp. 3046-2005). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/808316.3046-2005.pdf>

⁸⁶¹ SCC de 29 de noviembre de 2007 (Exp. 541-2006). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/813627.541-2006.pdf>

⁸⁶² SCC de 7 de agosto de 2007 (Exp. 665-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/814247.665-2007.pdf>

⁸⁶³ SCC de 4 de diciembre de 2007. Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/813626.184-2007.pdf>

⁸⁶⁴ SCC de 26 de septiembre de 2012 (Exp. 659-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820973.659-2012.pdf>

2012), el 15 de enero de 2015 (Exp. 2523-2013 y 2807-2013)⁸⁶⁶ y el 13 de marzo de 2018 (Exp. 4942-2016)⁸⁶⁷, entre otras.

Ahora bien, es pertinente referir que ese tipo de fallos no ha estado exento de objeciones, constituyendo un lugar común que los críticos apoyen sus cuestionamientos en los argumentos que se sintetizan de la siguiente manera:

- a) Los jueces constitucionales asumen funciones legislativas, pues su labor – tal como lo manda el diseño tradicional– debe constreñirse a la aplicación de las disposiciones normativas al caso concreto, correspondiéndole al Poder Legislativo o al órgano emisor del enunciado normativo determinar su contenido, no debiendo realizarse esa función por vía de la interpretación jurisdiccional. Como respuesta a esas críticas, ha de indicarse que los jueces constitucionales, más que invadir las competencias de los legisladores, asumen funciones “saneadoras” del ordenamiento jurídico a fin de tornarlo constitucional; ello se produce dentro de los márgenes de acción que permite la normativa procesal aplicable, por lo que puede afirmarse que ello es posible dentro de lo que posibilita el principio de corrección funcional.
- b) Los fallos interpretativos suponen la contradicción al sentido literal u originalista de la Constitución, lo que se traduce en desconocimiento de la intencionalidad del legislador constituyente. Para responder a ese cuestionamiento, se trae a cuenta que la finalidad de los pronunciamientos interpretativos es superar o corregir las deficiencias que supone las interpretaciones de tipo literalista u originalista, pues estas resultan insuficientes ante la dificultad que supone que la Constitución constituya la

⁸⁶⁵ SCC de 6 de mayo de 2014 (Exp. 1739-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/825205.1739-2012.pdf>

⁸⁶⁶ SCC de 15 de enero de 2015 (Exp. 2523-2013 y 2807-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/826748.2523-2013.pdf>

⁸⁶⁷ SCC de 13 de marzo de 2018 (Exp. 4942-2016) Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/838656.4942-2016.pdf>

respuesta efectiva a las demandas de dignidad que reclaman las generaciones actuales, lo que no necesariamente fue dimensionado por quien redactó el magno texto.

Aunado a lo antes dicho y tomando en cuenta la finalidad de las sentencias interpretativas, debe tenerse presente que la función interpretativa del tribunal constitucional no puede conducir solamente a aceptar como bueno el trabajo de creación de enunciados normativos, tomando una actitud permisiva, por indebida cortesía, frente a los autores de esa creación, pues, algunas veces, con la selección de la alternativa interpretativa más adecuada, puede evitarse que el vicio de inconstitucionalidad que se denuncia sea causante de indeseados efectos.

Como preámbulo al estudio de los subtipos de sentencias interpretativas, se evoca a un especialista en la temática, el jurista español Díaz Revorio, quien sostiene que la clasificación de estos fallos en estimatorios o desestimatorios le sabe incompleta y puramente formal por ello propone distinguirla en dos grandes grupos, a saber⁸⁶⁸:

- 1) Aquéllas que señalan **entre las varias interpretaciones** que podrían derivar alternativamente de un texto legal, la o **las que son conformes a la Constitución, o aquélla o aquéllas que son inconstitucionales**. Y en este grupo se incluirían las sentencias, con independencia de que para ello utilicen un fallo formalmente desestimatorio, o bien estimatorio.
- 2) Las que entienden que es inconstitucional no una entre varias interpretaciones alternativas de un texto, sino una parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* del texto. También esta solución puede llegarse mediante una sentencia formalmente estimatoria (supuesto más frecuente) o bien desestimatoria. En cualquier caso denominaremos a este grupo de sentencias manipulativas, entre las que cabe distinguir a su vez:

⁸⁶⁸ Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *cit.*, pp. XLII y XLIII.

- a) las que producen un efecto de reducción en los supuestos a los que es aplicable o las consecuencias jurídicas derivadas del precepto, que denominaremos sentencias **reductoras** [...]
- b) las que producen un efecto de ampliación o extensión en los supuestos de aplicación o las consecuencias jurídicas del precepto. A este grupo pertenecen la mayoría de las sentencias **aditivas** [...]
- c) las que conllevan la sustitución de parte del contenido normativo derivado del texto legal, por otro contenido normativo diverso, y que pueden denominarse sentencias **sustitutivas**... [el énfasis es añadido].

A grandes rasgos, el autor evocado basa su clasificación en dos criterios que coinciden, en lo esencial, con la agrupación que también propone el tesista, a saber: en primer término, hace referencia a la posibilidad de división sobre la base de distinguir, entre las interpretaciones posibles, cuál de estas es conforme con la Constitución y cuál no lo es; en segundo término, aparta las sentencias interpretativas que algunos doctrinarios denominan “en sentido estricto” –aquellas que optan por separar las interpretaciones o las normas inconstitucionales de aquellas conformes con la Constitución⁸⁶⁹ de aquellas que conllevan una modulación o redefinición de contenidos⁸⁷⁰.

Ha de indicarse que las posturas en cuanto a la clasificación de estos fallos no son coincidentes del todo, pues si bien es casi generalizado que se les divida en razón del acogimiento o no de los sentidos que se le atribuyen a las disposiciones, lo más usual es que, conforme el abordaje experimentado en la doctrina italiana, las decisiones modulativas o manipulativas sean presentadas como si fueran una modalidad distinta de las interpretativas⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, p. 102.

⁸⁷⁰ Al referirse a la obra de Guastini, se hace un acercamiento a una división semejante a la antes relacionada en: Gimeno, María Concepción, “La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVII, 2000, p. 317.

⁸⁷¹ En efecto, en importantes trabajos se hace un deslinde de las sentencias interpretativas en sentido estricto de las manipulativas. Ejemplo de ello, las obras de Guastini, Riccardo, (a) “La «constitucionalización»...”, *cit.*, pp. 63 a 67; (b) *Le Fonti del Diritto...*, *cit.*, pp. 309 a 319; y “Problemi di analisi...”, *cit.*, pp. 88 a 97. Igualmente: Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción...”, *cit.*, pp. 30 a 38; Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, pp. 70 y 71; y Romboli, Roberto, “La tipología de

Apoyándose en la clasificación propuesta por Díaz Revorio, la cual estima adecuada, el tesista plantea el estudio de las sentencias interpretativas agrupándolas de la siguiente manera:

- a) en razón de la acogida del sentido interpretativo que el promotor de la inconstitucionalidad le otorga al enunciado normativo; y
- b) en razón de la modulación del contenido normativo de la disposición objeto de examen.

7.1.1.1 Clasificación en razón de la acogida de la interpretación del accionante

Según lo abordado con antelación, en los planteamientos de inconstitucionalidad directa los solicitantes tienen la carga procesal de aportar la tesis respecto de la cual debe ser realizado el examen respectivo; en esta se plasma el sentido que es advertido del enunciado normativo objeto de análisis. Al optar por la emisión de una sentencia interpretativa, los tribunales constitucionales bien pueden aceptar como válida la interpretación deducida por el accionante, o rechazarla. Estas dos alternativas suponen la existencia de dos tipos de fallos posibles, a saber: de acogimiento o de rechazo. Ello es explicado por Nogueira Alcalá en las siguientes líneas:

La doctrina distingue entre sentencias interpretativas estimativas o de acogimiento (*accoglimento*) y sentencias interpretativas desestimativas o de rechazo (*rigetto*). Las primeras consideran inconstitucionales ciertas interpretaciones del enunciado normativo, vale decir ciertas normas que surgen de la interpretación considerada inconstitucional, siendo tal o tales interpretaciones expulsadas del ordenamiento jurídico, aun cuando se mantiene inalterado el enunciado normativo del cual

las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm.48, 1996, pp. 60 a 69.

surgen dichas interpretaciones. Las segundas rechazan o desestiman la inconstitucionalidad al establecer la interpretación conforme a la Constitución del enunciado normativo. Ambos tipos de sentencias son, como señala Zagrebelsky, las dos caras de la misma medalla⁸⁷².

Aunque les denomina de manera diferente, pero otorgándoles el mismo sentido, Zapata Larraín hace la distinción entre las sentencias *interpretativas positivas*, que se producen cuando se identifica el único sentido legítimo del enunciado examinado, y las *interpretativas negativas*, las cuales, sin afectar la validez de la disposición interpretada, objeta e invalida una o varias de sus lecturas posibles⁸⁷³.

El profesor Ezquiaga Ganuzas aduce que puede ser de utilidad diferenciar las sentencias interpretativas, de la siguiente manera: (a) **las que –aparentemente– estiman el recurso o planteamiento de inconstitucionalidad**; ello implica que la declaración de ilegitimidad constitucional solo se produce en apariencia, dado que se pronuncia en el sentido que la disposición es inconstitucional en tanto sea interpretada en determinado sentido; estas pueden ser de dos subtipos: (a.1) que declaran una norma inconstitucional; (a.2) que declaran la norma constitucional; y (b) **las que desestiman el recurso o planteamiento**, o sea que declaran la conformidad de la disposición impugnada con la Constitución, pero la disposición ve alterada su capacidad de expresar normas al realizarse siempre una declaración de inconstitucionalidad sobre alguna de las que pudieran deducirse; estas, igualmente, presentan dos subtipos: (b.1) que declaran una norma inconstitucional; (b.2) así como las que declaran la norma constitucional⁸⁷⁴. Esta clasificación es de suma utilidad, tomando en cuenta los tipos de declaraciones que pueden verse al seleccionar la interpretación que se ajusta al texto fundamental.

⁸⁷² Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias...”, *cit.*, p. 139.

⁸⁷³ Zapata Larraín, Patricio, “Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno (TCCH)”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, vol. 4, 2006, p. 179.

⁸⁷⁴ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional...*, *cit.*, pp. 487 a 491.

La utilidad de la clasificación de las sentencias interpretativas en razón de si es acogida o no la interpretación atribuida al texto normativa se ve menguada frente a posiciones que sostienen el doble carácter de ese tipo de fallos, por cuanto que sus contenidos suponen pronunciamientos estimatorios y desestimatorios a la vez; los primeros, en cuanto rechazan la interpretación disconforme con el texto constitucional; y los segundos, en cuanto precisan el sentido interpretativo que es conforme con el magno texto y que debería ser seguido por los tribunales y la población en general⁸⁷⁵. Ello justifica expresiones como las expresadas por Zagrebelsky –evocada en el fragmento antes transcrito–, en cuanto a que las modalidades de acogimiento y rechazo son “las dos caras de la misma medalla”.

Sin prejuzgar sobre la utilidad de la clasificación, en los subincisos siguientes se hará un abordarán las modalidades de fallos interpretativos cuya distinción obedece al hecho de acoger o no el sentido interpretativo en que el promotor de la inconstitucionalidad apoya el planteamiento de esa garantía.

7.1.1.1.1 Sentencias interpretativas de acogimiento

Este tipo de sentencias interpretativas, que en la doctrina italiana son denominadas de *accoglimento*, son las que “estiman la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones de la disposición censurada, por lo que lo que se deja inoperante no es la disposición –que hay que entender como sinónimo del enunciado legal–, sino las normas incompatibles con la Constitución que emanan de esa interpretación”⁸⁷⁶. O sea que, del ordenamiento jurídico, solo es expulsada

⁸⁷⁵ Este tópico es abordado por el mexicano Figueroa Mejía, quien hace relación de la teoría italiana de la *doppia pronuncia*, apoyándose para ello en trabajos de Massimo Severo Giannini (*Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norma*), Landelino Lavilla (*Juridificación del poder y equilibrio constitucional*) y Gustavo Zagrebelsky (*La giustizia costituzionale*). Cfr.: Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, pp. 100 y 101.

⁸⁷⁶ Fernández Rodríguez, José J., “Las sentencias constitucionales en el Derecho Comparado”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, vol. 2, 2010, p. 1346. En igual sentido, la definición que aporta el jurista boliviano Miranda Ramírez. Véase:

la interpretación inconstitucional o norma –en el sentido abordado en el apartado 5 del capítulo II–, conservando vigencia la disposición. De esa forma, sobrevive el sentido interpretativo compatible con la ley fundamental, consolidándose lo que en la jurisprudencia y doctrina italianas se ha dado en llamar *diritto vivente* –derecho viviente–⁸⁷⁷, el cual se conforma por las normas producto de una consolidada interpretación⁸⁷⁸.

La CC tuvo la oportunidad de emitir una sentencia interpretativa de acogimiento, al haber sido sometido a examen de constitucionalidad el artículo 12 de la Ley de las Comisiones de Postulación, específicamente la frase “A. Los méritos éticos...”, contenida en el segmento relacionado con los cuatro aspectos que podrían ser objeto de gradación en la evaluación de méritos de los aspirantes a magistrados de las Cortes Suprema de Justicia y de Apelaciones, o a los cargos de Jefe de la Contraloría General de Cuentas, Fiscal General de la República, Procurador General de los Derechos Humanos y Director del Instituto de la Defensa Pública. El promotor del planteamiento solicitó declarar inconstitucional la citada frase, porque, según su parecer, gradar los méritos éticos transgredía los artículos 207, 216 y 251 de la CPRG especialmente en lo relacionado a la “reconocida honorabilidad”, que es un requisito exigido para optar a los cargos relacionados. El accionante indicó que, a su juicio, una persona es honorable o no, y de conformidad con los citados preceptos fundamentales no podía aceptarse la categoría de menos honorable, más honorable, ni la de medio honorable. Al emitir

Estas sentencias consideran inconstitucionales ciertas interpretaciones del enunciado normativo, vale decir ciertas normas que surgen de la interpretación considerada inconstitucional, siendo tal o tales interpretaciones expulsadas del ordenamiento jurídico, aún cuando se mantiene inalterado el enunciado normativo del cual surgen dichas interpretaciones.

Para mayor abundamiento, véase: Miranda Ramírez, Carlos Andrés, “La justificación (legitimidad) de las sentencias constitucionales atípicas y su aplicación por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia”, *Derecho Procesal Constitucional*, t. VI, Bogotá, VC Editores/Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 337.

⁸⁷⁷ Para mayor abundamiento, véase: Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, p. 64; igualmente: Groppi, Tania, *op. cit.*, pp. 496 a 501.

⁸⁷⁸ Es pertinente tener en cuenta que, pese a la similar denominación, el concepto italiano de Derecho viviente difiere sustancialmente del norteamericano correspondiente a una doctrina del constitucionalismo –esto fue abordado en el capítulo II, apartado 9.2.2–.

la sentencia –el 24 de agosto de 2010 (Exp. 942-2010)–, la Corte acogió la interpretación del solicitante, según lo denota el segmento considerativo. Véase un extracto de este:

[A]l analizar la inconstitucionalidad que denuncia el accionante, del artículo 12 de la Ley de las Comisiones de Postulación, Decreto Número 19-2009 del Congreso de la República, en la parte que dice “...A. *Los méritos éticos...*”, por considerar que transgrede los artículos 207, 216 y 251 de la Constitución Política de la República, especialmente en lo relacionado a la gradación de la “reconocida honorabilidad”, y que la enfatiza en relación al cargo de Fiscal General de República y Jefe del Ministerio Público, el enjuiciamiento constitucional no puede hacerse aisladamente; de ahí que sea tomando en cuenta que lo considerado anteriormente, que deberá pronunciarse el presente fallo, con el objeto de establecer la interpretación constitucionalmente aceptable del precepto legal cuestionado. En virtud de lo anteriormente relacionado, y con base a los principios de *interpretación conforme la Constitución y de conservación de la ley*, cuya naturaleza doctrinaria fuera ya referida, y atendiendo a la técnica de la utilización de las sentencias de tipo interpretativo, citada y que fuera utilizada en oportunidades pasadas por esta Corte, se considera pertinente respecto de la frase impugnada “A. *Los méritos éticos*”, la *reserva interpretativa* que la misma se refiere a los aspectos éticos establecidos en la literal a. del mismo artículo, que si bien es cierto no pueden ser susceptibles de cuantificación parciaria, es decir, asignarle un porcentaje o una puntuación numérica, también lo es que, no se puede prescindir de su evaluación y consideración, por lo que, para tal efecto, la evaluación debe ser tendente a determinar si los participantes a los distintos cargos públicos poseen tales calidades o no, de conformidad con lo previsto en el artículo 2º, literal b) de la ley indicada, de tal cuenta que no debe asignarse una calificación parcial, sino pronunciarse sobre su existencia o inexistencia. De esta manera, se estará cumpliendo con lo establecido en la Constitución Política de la

República, en cuanto a determinar si los candidatos que pretendan optar a los distintos cargos públicos reúnen dichos requisitos⁸⁷⁹.

En la parte resolutive se plasmó lo siguiente:

I) Sin lugar a la inconstitucionalidad contra el artículo 12 de la Ley de Comisiones de Postulación, Decreto 19-2009 del Congreso de la República de Guatemala, en la parte que dice: "...A. *Los méritos éticos...*". II) Se revoca la suspensión provisional decretada por esta Corte, en el numeral I) del auto de veintitrés de marzo del presente año, y como consecuencia, la parte impugnada que dice: "...A. *Los méritos éticos...*" del artículo 12 de la Ley de Comisiones de Postulación, recobra su vigencia a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia. III) **Este fallo se pronuncia con la reserva interpretativa** en cuanto que el artículo 12 de la Ley de Comisiones de Postulación, Decreto 19-2009 del Congreso de la República de Guatemala, en la parte que dice: "...A. *Los méritos éticos...*", se refiere a los aspectos éticos establecidos en la literal a. del mismo artículo, que si bien es cierto no pueden ser susceptibles de cuantificación parciaria, es decir, asignarle un porcentaje o una puntuación numérica, también lo es que, no se puede prescindir de su evaluación y consideración, por lo que, para tal efecto, la evaluación debe ser tendente a determinar si los participantes a los distintos cargos públicos poseen tales calidades o no, de conformidad con lo previsto en el artículo 2º, literal b) de la ley indicada, de tal cuenta que no debe asignarse una calificación parcial, sino pronunciarse sobre su existencia o inexistencia. De esta manera, se estará cumpliendo con lo establecido en la Constitución Política de la República, en cuanto a determinar si los candidatos que pretendan optar a los distintos cargos públicos reúnen dichos requisitos...⁸⁸⁰

⁸⁷⁹ SCC de 24 de agosto de 2010 (Exp. 942-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/814560.942-2010.pdf>

⁸⁸⁰ Una reserva interpretativa semejante fue plasmada en la parte resolutive de la sentencia dictada el 13 de junio de 2014 (Exp. 2143-2014), en ocasión de haberse promovido inconstitucionalidad directa contra el mismo artículo 12 de la Ley de Comisiones de Postulación. Específicamente, en esta se indicó lo siguiente:

Este fallo se pronuncia con reserva interpretativa en cuanto a que los méritos éticos contenidos en el artículo 12 de la Ley de Comisiones de Postulación, Decreto 19-2009 del Congreso de la República no son susceptibles de cuantificación parciaria, es decir, asignarles un porcentaje o puntuación numérica, pero no se puede prescindir de su evaluación y consideración, por lo que, para tal efecto, la evaluación debe ser

Con lo anterior ha quedado de manifiesto que, pese a que el fallo dictado es formalmente desestimatorio, por no haberse accedido a declarar la inconstitucionalidad instada y dejar inalterado el texto objeto de examen o significativo. Lo que sí se modifica es la norma, o sea el significado natural atribuido al enunciado legal; ello se ve reflejado en el razonamiento contenido en el segmento considerativo, en el que se establecen las razones por las que, en congruencia con los motivación del promotor de la inconstitucionalidad, se estimó que devenía inconstitucional la cuantificación parciaria de los méritos éticos de los aspirantes a las altas cortes y a otros importantes puestos públicos; igualmente, se ve reflejado en la *reserva interpretativa* que fue plasmada en el *decisum*, la cual precisa cómo debía entenderse la frase censurada, haciéndola congruente con la CPRG. El hecho que en el propio apartado resolutivo haya quedado contenida aquella reserva torna menos necesario hacer remisión al segmento contentivo de la motivación del fallo, que es lo usual en este tipo de pronunciamientos. Todo indica que, en el caso concreto comentado, la solución asumida denota que se optó por un mal menos grave que la expulsión del fragmento legal cuestionado

Es oportuno indicar que la modalidad de efectuar *reservas interpretativas* ha emergido como una herramienta de la cual hace uso el tribunal constitucional guatemalteco para precisar alcances interpretativos de una disposición, aunque ha de señalarse que no es ese particular detalle lo que torna interpretativos –en sentido estricto– a ese tipo de pronunciamientos, ya que la nota característica es que se decanten por un sentido interpretativo, lo que usualmente se realiza en la parte motivante.

En razón del punto toral del planteamiento de la inconstitucional, que se resume en la inconveniencia, a la luz de los objetivos constitucionales, de efectuar una gradación de los méritos éticos de los aspirantes a magistrados de las altas cortes

tendente a determinar si los participantes a los distintos cargos públicos poseen tales calidades o no, de conformidad con lo previsto en el artículo 2º literal b) de la Ley relacionada, pronunciándose sobre su existencia o inexistencia.

judiciales ordinarias y a otros altos cargos públicos, se advierte que las consideraciones y reserva interpretativa efectuada reflejan la aquiescencia de la CC con el sentido interpretativo atribuido por el accionante, dándole la razón en cuanto a que esos méritos no debían ser ponderados cuantitativamente; a pesar de ello, no se optó por la estimación formal del planteamiento. Todo ello denota que se está frente a un tipo de pronunciamiento que en la doctrina colombiana se ha dado en llamar “aparentemente estimativo”⁸⁸¹.

Otro ejemplo de ese tipo de fallos puede ser encontrado en el emitido el 10 de junio de 2014 (Exp. 5298-2013), en cuyo planteamiento la institución accionante – Universidad de San Carlos de Guatemala– refiere que la interpretación que se le suele atribuir a una de las disposiciones normativas que cuestiona –la frase “y *disponibilidad propia del Gobierno*”, contenida en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Presupuesto– la convierte en inconstitucional y, en concreto, afecta la asignación presupuestaria que el Texto Supremo confiere a esa casa de estudios superiores, propiciando cálculos arbitrarios, lo que “desnaturaliza la intención del legislador constituyente de privilegiar determinados aportes frente a otros incluidos en disposiciones ordinarias y demás compromisos adquiridos por el Estado”. El tribunal constitucional, por su parte, advierte que, en efecto, el texto normativo da lugar a que se produzca una intelección discrecional que lesiona el principio constitucional de seguridad jurídica, por lo que, sin trastocar el texto del enunciado legal objetado, precisa su sentido constitucionalmente correcto, por medio de una reserva interpretativa, herramienta que se ha tornado de uso acostumbrado en este tipo de sentencias. Esa precisión es congruente con lo pretendido por la accionante. A juicio del tesista, destaca de esa resolución el hecho que se haga referencia expresa sobre el carácter vinculante de esa interpretación, lo cual supone adelantarse a cualquier cuestionamiento que se formule sobre la eficacia de esos pronunciamientos.

⁸⁸¹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia...*, cit., pp. 487 y 488.

En principio, es importante señalar que el Ministerio de Finanzas Públicas alegó que la denuncia de inconstitucionalidad se basa en la interpretación que, a decir de la entidad accionante, se atribuye al precepto objetado. A ese respecto, si bien la institución postulante se refirió en sus argumentaciones al contenido que las autoridades administrativas competentes han conferido a la frase de mérito, advierte la Corte que lo que la solicitante intentó resaltar es que la propia regulación normativa consiente una intelección discrecional por parte de la administración, lo que reputa contrario al valor seguridad jurídica que propugna el artículo 2o constitucional. [...] De esa cuenta, **la situación referida denota la necesidad de formular reserva interpretativa en cuanto a la frase ‘y disponibilidad propia del Gobierno’**, contenida en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Presupuesto, en el sentido que dicha disponibilidad está supeditada, exclusivamente, al cumplimiento de los compromisos financieros que la Constitución impone al Estado, de forma que solo es factible descontar del total de ingresos ordinarios, para los efectos de cuantificar las asignaciones previstas a organismos e instituciones específicas, los montos que razonable y justificadamente sean necesarios para cubrir aquellas obligaciones pecuniarias. Es preciso acotar que la reserva interpretativa que se formula, **conforme al artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, tiene efectos vinculantes para los órganos del poder público...**⁸⁸² [el énfasis es añadido].

Los ejemplos traídos a cuenta permiten advertir que el tribunal dejó plasmadas razones valederas para estimar que las interpretaciones que se atribuían a los enunciados normativos devenían inconstitucionales, optando por salvar su vigencia. Así las cosas, este tipo de fallos representan una alternativa legítima frente al horror al vacío –*horror vacui*– que se suscita con la posibilidad de expulsión de una disposición normativa del ordenamiento jurídico y la tardanza en su sustitución. Ante un panorama así, cabe preguntarse: ¿si la normativa procesal aplicable no restringe la emisión de fallos interpretativos con los cuales precisar la interpretación que hace compatible con la Constitución a un enunciado normativo,

⁸⁸² SCC de 10 de junio de 2014 (Exp. 5298-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824969.5298-2013.pdf>

por qué habría de preferirse una sentencia estimatoria tradicional que conlleva un efecto más gravoso? Ciertamente, solo una posición anquilosada en los puntos de vista iusprocesalistas más conservadores se aferraría a la solución más drástica.

Finalmente, es pertinente establecer que no resulta lo más usual que, al emitir sentencias interpretativas, la Corte de Constitucional acoja o comparta del todo las interpretaciones en las que se apoya el planteamiento; al contrario, es más frecuente que la producción de una interpretación conforme se dé porque el propio tribunal advierta la necesidad de hacerlo, lo cual corresponde a los tipos de fallos interpretativos que se abordan en el siguiente inciso.

7.1.1.1.2 Sentencias interpretativas de rechazo

Este tipo de resoluciones “son las que desestiman la inconstitucionalidad al señalar las interpretaciones conformes a la ley básica, interpretaciones que también son explicitadas en la sentencia”⁸⁸³. O sea que se rechaza la pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la interpretación que es atribuida a la disposición cuestionada. Dado que en estas se produce la desestimación o rechazo del sentido interpretativo o significado atribuido al enunciado normativo, también son conocidas como **sentencias interpretativas desestimatorias**.

En palabras de Guastini, cuando se opta por este tipo de sentencias,

...la validez de la disposición es conservada (es lo que la Corte llama el «principio de conservación de los actos normativos»: Corte Const. 152/1982, 292/1984). Pero, al mismo tiempo, la Corte prohíbe (aunque implícitamente) que la disposición

⁸⁸³ Fernández Rodríguez, José J., “Las sentencias constitucionales...”, *cit.*, p. 1346. En igual sentido, la definición que aporta el jurista boliviano Miranda Ramírez. Véase:

Mediante este tipo de sentencias, la impugnación planteada será declarada infundada a condición que la norma impugnada sea interpretada en el modo indicado. [...] En tal sentido, las sentencias interpretativas de rechazo son las que mantienen dentro del ordenamiento el precepto legal impugnado siempre que dicho precepto sea interpretado en el sentido que el órgano encargado del control de la constitucionalidad lo considere adecuado.

Véase: Miranda Ramírez, Carlos Andrés, *op. cit.*, p. 338.

en cuestión sea interpretada de modo que contradiga a la Constitución, ya que tal interpretación sería anulada por la Corte. En consecuencia, la disposición de que se trata puede ser aun utilizada por los jueces en la fundamentación de sus decisiones, pero a condición de que sea interpretada conforme con la Constitución⁸⁸⁴.

Es coincidente con la anterior definición, el jurista mexicano Figueroa Mejía, quien refiere: “se recoge, como característica esencial de este tipo de sentencias, que las mismas rechazan la pretensión de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado y declaran su constitucionalidad en tanto sea interpretado ‘en el sentido indicado por el Tribunal Constitucional’”⁸⁸⁵.

Este tipo de sentencias ha tenido un importante desarrollo en la Corte Constitucional de Italia, siendo común que se establezca como punto de partida la identificada como 3/1956⁸⁸⁶, considerándosele también como el pronunciamiento que marcó la emergencia de la doctrina del *diritto vivente* –derecho viviente– en la concepción italiana⁸⁸⁷.

En una sentencia dictada en los inicios de labores –13 de febrero de 1981–, pretendiendo aportar una definición sobre las sentencias interpretativas en general, el TCE –recurso de inconstitucionalidad 189/80– se pronunció sobre los fallos que se abordan en este segmento del trabajo de tesis. Si bien no les denomina expresamente desestimatorios o de rechazo⁸⁸⁸, sí hace relación de un

⁸⁸⁴ Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, p. 64.

⁸⁸⁵ Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, p. 107.

⁸⁸⁶ De ese dato se hace referencia en: Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, p. 64.

⁸⁸⁷ Groppi refiere que ese fallo es el punto de partida de la doctrina del *diritto vivente*, al haberse plasmado la siguiente consideración:

...la Corte, si bien entiende que puede y debe interpretar con autonomía de juicio y de orientaciones la norma constitucional que se asume violada y la norma ordinaria que se acusa de violarla, no puede no tener en debida cuenta una constante interpretación jurisprudencial que confiere al precepto legislativo su efectivo valor en la vida jurídica, si es verdad, como lo es, que las normas son no como aparecen propuestas en abstracto, sino como son aplicadas en la vida cotidiana por obra del juez, dirigida a volverlas concretas y eficaces.

Véase: Groppi, Tania, *op. cit.*, p. 497, cita. 30.

⁸⁸⁸ De igual manera, en la sentencia de 8 de abril de 1981 (recurso 192/1980), el tribunal también hace mención de las sentencias interpretativas, en general, sin aludir a que sean desestimatorio o

contenido en ese sentido, que es lo que las distingue respecto de las abordadas en el subinciso anterior. Véase:

Las llamadas en parte de la doctrina Sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un 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, son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución...⁸⁸⁹.

En el ámbito guatemalteco, mediante la sentencia emitida el 12 de noviembre de 2013 (Exps. Acums. 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 y 2863-2011), la CC rechazó la interpretación atribuida a la disposición normativa cuestionada y, con meridiana claridad, excluyó la posibilidad de entender el artículo 4 de la ley que regula los servicios de seguridad privada, en la forma como referían los postulantes, cuya interpretación suponía que los prestadores de esos servicios estaban obligados a brindar auxilio, en materia de seguridad pública, cuando les fuera requerido por la autoridad competente. El tribunal excluyó ese sentido de la ley y determinó cómo debía ser entendida la obligación de prestar auxilio referida en ese precepto legal. Véase:

Una interpretación como la que sugieren las accionantes determinaría la existencia de una antinomia en la propia regulación del cuerpo legal objetado (habiendo destacado las impugnantes esa supuesta contradicción normativa, como consta a folio cinco del escrito de interposición), en tanto en el primer párrafo del artículo 4 se prohíbe a los prestadores de servicios de seguridad privada involucrarse en tareas relativas a seguridad pública, mientras que en el tercer párrafo del mismo

de rechazo, indicando que “a través de la cual se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera”. Véase: <https://www.boe.es/boe/dias/1981/04/25/pdfs/T00001-00013.pdf>

⁸⁸⁹ Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1981/02/24/pdfs/T00016-00030.pdf>

artículo se les estaría exigiendo tal actuar ante la declaratoria de un estado de excepción. [...] Pues bien, la interpretación que en este fallo se respalda, no sólo hace coherente el texto normativo impugnado con el resto de las disposiciones del cuerpo legal en el que se encuentra contenido, asegurando también su consonancia con el resto del ordenamiento jurídico, sino que, a la postre, se vislumbra acorde con los postulados constitucionales, en tanto, como antes se hizo ver, el deber de garantizar la seguridad pública (artículo 2 de la Ley Fundamental), como servicio público esencial, recae exclusivamente en las autoridades y órganos del Estado. [...] Así las cosas, la interpretación que se evidencia acorde con los mandatos constitucionales, sin que con ello se contradiga el texto de la norma impugnada o se inobserven los fines que ha previsto el legislador mediante su aprobación, es aquella que determina la prohibición para quienes se dedican a la prestación de servicios de seguridad privada de inmiscuirse en tareas vinculadas con la seguridad pública, incluso ante situaciones que den lugar a la declaratoria de un estado de excepción conforme a lo previsto en la Ley de Orden Público. Esta interpretación, acorde con los postulados supremos, se deriva de que la prohibición a que se hace mención está contenida expresamente en el mismo cuerpo legal que se objeta, y más preciso aun, en el mismo artículo (párrafo primero) en el que se ubica la disposición que se reputa contraria a la Constitución (párrafo tercero); aunado a ello, el texto que se analiza no incluye concepto alguno que haga meritoria una interpretación distinta a la que se respalda⁸⁹⁰.

De la gama de fallos interpretativos de rechazo emitidos por el tribunal constitucional guatemalteco, a juicio del tesista, el antes transcrito constituye quizá el ejemplo más didáctico de cómo no es acogido como valedero el sentido que el accionante le atribuye a la disposición normativa censurada, ya que supone contrariar el texto fundamental. El fallo contiene una motivación adecuada para arribar a esa decisión, lo cual es afortunado para el entendimiento de esas expresiones jurisdiccionales.

⁸⁹⁰ SCC de 12 de noviembre de 2013 (Exps. Acums. 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 y 2863-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822839.5327-2012%20y%205331-2012.pdf>

Otra manifestación de sentencia interpretativa de rechazo se halla en la dictada el 8 de enero de 2008 (Exps. Acums. 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007), en la que la CC desestimó la interpretación que sustentaba el planteamiento de una acción de inconstitucionalidad general dirigida contra algunos artículos de la Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar y su Integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva, los cuales mandan proveer y garantizar el mantenimiento en forma sostenible, garantizar la consejería, las campañas masivas de información y comunicación y el abastecimiento de métodos de planificación familiar. Los accionantes refutaban la falta de explicitación o definición de tales métodos, así como de otros conceptos, porque esa imprecisión comportaría violaciones al derecho a la vida. Al respecto, la Corte emitió el siguiente pronunciamiento:

Si las normas impugnadas han de interpretarse conforme a la Constitución, que es garante del derecho a la vida, no es posible que las mismas produzcan un resultado como el que presumen quienes ahora cuestionan su constitucionalidad. Estas normas, sin duda, han de interpretarse de manera que los enunciados contenidos en el artículo 3 de la Constitución (derecho a la vida), encuentren debida concreción al momento de aplicar la ley. De igual manera, el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos, ha de concebirse en el sentido de que, más que garantizar la libertad, tiene como fin garantizar que sobre esa base se establezca la familia. **Una debida interpretación de esta norma, acorde con el derecho a la vida**, es que esa libertad de decidir está condicionada a la responsabilidad con que se tome dicha decisión y que esa libertad es de “concebir o engendrar”, no de disponer de la vida del que está por nacer. Por ello, la ley que regula los “métodos de planificación familiar”, necesariamente ha de interpretarse en función del derecho que desarrolla que es el contenido en el artículo 47 de la Constitución, cuyo sentido ha quedado plasmado en líneas precedentes...⁸⁹¹ [el énfasis es añadido].

⁸⁹¹ SCC de 8 de enero de 2008 (Exps. Acums. 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/812940.1202-2006,%201288-2006%20y%201451-2007.pdf>

Además de los fallos comentados, pueden citarse otros como los emitidos el 19 de enero de 1999 (Exp. 16-98)⁸⁹², el 26 de enero de 2010 (Exp. 2489-2009)⁸⁹³, el 3 de marzo de 2016 (Exp. 2863-2014)⁸⁹⁴ y el 21 de febrero de 2019 (Exp. 1683-2018)⁸⁹⁵, entre otros. La relevancia de estos pronunciamientos, más allá del rechazo del sentido interpretativo atribuido por el accionante al enunciado normativo examinado, radica en la precisión del sentido que el tribunal constitucional estima acorde con el texto fundamental⁸⁹⁶. Este último punto permite advertir que las sentencias interpretativas de acogimiento guardan semejanzas, en

⁸⁹² SCC de 19 de enero de 1999 (Exp. 16-98). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791874.16-98.pdf>

⁸⁹³ SCC de 26 de enero de 2010 (Exp. 2489-2009). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/808331.2489-2009.pdf>

⁸⁹⁴ SCC de 3 de marzo de 2016 (Exp. 2863-2014). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/831239.2863-2014.pdf>

⁸⁹⁵ SCC de 21 de febrero de 2019 (Exp. 1683-2018). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/841294.1683-2018.pdf>

⁸⁹⁶ Oportuno resulta evocar la SCC de 18 de junio de 2013 (Exp. 4479-2012), por la que se hizo una precisión del sentido interpretativo, conforme con el texto normativo fundamental, del último párrafo del artículo 1 del decreto censurado; ello se hizo, pese a que llanamente la CC determinó que el accionante ni siquiera aportó una tesis confrontativa en abstracto que reflejara la atribución de significado alguno. La razón por la que el tribunal determinó la necesidad de realizar esa precisión obedeció al hecho que la exposición fáctica que hizo el interponente dejaba entrever posibles injusticias producto de una intelección literalista. Véase lo expresado en el fallo:

La ausencia de la tesis confrontativa que se debió aportar en la solicitud de inconstitucionalidad general parcial instada –según lo considerado precedentemente– no es óbice para que, de los argumentos expuestos y de la documentación adjunta al escrito inicial, este Tribunal pueda advertir que la pretensión de los accionantes es que, al incorporarse al régimen de clases pasivas civiles del Estado y, por ende, sujetarse a las condiciones de este, no sean constreñidos a optar únicamente por una de las pensiones de las cuales son beneficiarios, en el caso de tener derecho a más de una. Ello, en virtud que el último párrafo del artículo 1 del decreto cuestionado dispone: “*La incorporación al Régimen de Clases Pasivas Civiles del Estado será a solicitud de los interesados, quienes en todo caso quedarán sujetos a las condiciones establecidas en dicho régimen.*” y que el artículo 48 del Decreto sesenta y tres - ochenta y ocho (63-88) del Congreso de la República, Ley de Clases Pasivas del Estado, establece: “*La persona que adquiera más de un derecho a pensión conforme la presente ley, solamente podrá percibir a su elección una de ellas.*”. Al no pasar por alto lo anterior y darse la posibilidad de que no solo los solicitantes, sino que varios de los jubilados de la Empresa Guatemalteca de Telecomunicaciones –GUATEL–, se vean precisados a renunciar de una pensión de la que fueren beneficiarios, en el caso de tener derecho a más de una, esta Corte, en aras de hacer prevalecer el espíritu de los artículos 102, literal r), y 106 de la Constitución, estima pertinente formular reserva interpretativa del último párrafo del artículo 1 del Decreto treinta - dos mil once (30-2011) del Congreso de la República, en el sentido que la incorporación al régimen de clases pasivas civiles del Estado, por parte de los jubilados de la Empresa Guatemalteca de Telecomunicaciones –GUATEL–, se realizará previa petición de los interesados, quienes se sujetarán a las condiciones reguladas para este, sin que ello implique ser compelidos a elegir solo una de las pensiones a las que ya tuvieron derecho. Por tal razón, tal incorporación no debe implicar la renuncia a jubilación alguna. Ese criterio interpretativo debe ser observado por la Oficina Nacional de Servicio Civil, así como por todas las dependencias e instituciones estatales que deban aplicar la citada disposición normativa...

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822560.4479-2012.pdf>

lo sustancial, con las que se han comentado en este segmento, existiendo diferencias en aspectos más bien formales.

7.1.1.2 Clasificación en razón de la modulación del sentido interpretativo de la disposición normativa

Al iniciar este subinciso se reitera lo expresado líneas atrás en cuanto a que, esencialmente, las sentencias interpretativas tienen por objeto pronunciarse sobre el significado que debe ser atribuido a un enunciado normativo, a fin de adecuar su contenido al texto constitucional. Sobre esa base, la clasificación que ahora se aborda se sustenta en los tipos de mecanismos por los cuales se produce la modulación –o manipulación, como llaman otros– del sentido interpretativo de aquel, que puede ser una adición, una sustitución o una reducción, con lo cual se incide sobre los alcances del texto mismo de la disposición, aunque de forma indirecta, pues esta permanece literalmente incólume; esos efectos tan singulares –de tipo constructivo y no solo de identificación del correcto sentido intelectual– son los que las identifican y distinguen de las modalidades de fallos interpretativos analizadas precedentemente.

La idea es analizar las variedades de sentencias por las cuales se pone de manifiesto la potestad creadora de los tribunales constitucionales. Conforme lo expuesto, en los apartados subsiguientes se abordarán las sentencias aditivas, sustitutivas y reductoras, que son una manifestación de los fallos interpretativos y que muchos –principalmente en la doctrina constitucional italiana– han dado en denominar *manipulativos* o *manipuladores*⁸⁹⁷, denominación de la que en este trabajo se toma distancia, dado que, si bien se acepta que en Italia –donde se

⁸⁹⁷ Denominadas originalmente como “*sentenze manipolative*”, o bien: “*manipolatrici*”, “*creative*”, “*normative*” o “*autoapplicative*”. Todas esas denominaciones han sido propuestas en tanto que con ese tipo de fallos se dice algo diferente del significado original de la disposición normativa examinada. Cfr.: Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, cit., p. 190.

produjeron las primeras expresiones europeas⁸⁹⁸ – se utilice esa denominación por la connotación poco negativa que, en ese medio, se le podría atribuir al término, ha de indicarse que, en el entorno del autor del presente trabajo, el adjetivo puede sugerir una artera intervención de parte del tribunal constitucional, lo que da lugar a escasa aceptación o adhesión a esa modalidad de expresión de la función jurisdiccional⁸⁹⁹. Ha de indicarse también que en la doctrina constitucional italiana se ubica a estos fallos en los llamados *normativos*, lo que se explica en la medida que incorporan en el ordenamiento jurídico una nueva norma –o sentido interpretativo a seguir– que no existía con antelación⁹⁰⁰.

A pesar de la distancia terminológica referida precedentemente –lo cual no debe suponer disensión con la actividad–, se estima útil evocar algunas definiciones aportadas respecto de ese tipo de sentencias. Para tal efecto, se cita a Guastini, quien, usando el término *decisiones manipuladoras o, bien, normativas*, refiere que se llaman así:

...aquellas sentencias de aceptación [se refiere a los fallos interpretativos de acogimiento] en las cuales la Corte Constitucional no se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de las normas que le son sometidas, sino que además – comportándose como legislador– modifica directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución⁹⁰¹.

Una autoridad en el estudio de este tipo de fallo, el profesor Díaz Revorio, precisa sobre estas que:

⁸⁹⁸ Pertinente resulta la precisión en cuanto a que, según la jurista colombiana Escobar Martínez, en suelo norteamericano la modulación de sentencias ha venido desarrollándose desde hace mucho tiempo; no obstante, el desarrollo de la técnica en Europa no responde a una recepción de la jurisprudencia estadounidense. Para mayor abundamiento, véase: Escobar Martínez, Lina Marcela, *op. cit.*, p 94.

⁸⁹⁹ Díaz Revorio acepta, de manera expresa, que la denominación a la que se hizo alusión es un italianismo y que el término conlleva una connotación peyorativa o hasta deslegitimadora de la noble función ejercida por el tribunal constitucional al emitir esos fallos. *Cfr.*: Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *cit.*, p. 129.

⁹⁰⁰ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 131.

⁹⁰¹ Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, p. 65.

[P]roceden a la transformación del significado de la ley, más que a su eliminación o su interpretación conforme a la Constitución; o bien que proceden a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente del original⁹⁰².

Al referirse a las “sentencias (interpretativas) manipulativas”, la profesora Gascón Avellán sostiene sobre estas:

[S]on aquellas que se dictan cuando *ninguna de las interpretaciones plausibles* del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad, pero no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto. En estos casos el Tribunal puede «salvar» la constitucionalidad de la ley de dos modos: bien *modificando su texto* para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto a fin de cambiar su sentido), bien *manipulando directamente su interpretación*; más exactamente, forzando sus posibilidades interpretativas (o, si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*) a fin de que resulte compatible con la constitución⁹⁰³.

La definición transcrita denota que su autora considera que la manipulación de la disposición normativa puede darse por dos vías: (a) modificando el texto, a fin de provocar una interpretación constitucional o, bien, (b) haciendo modulación de la interpretación. Si bien se comparte que las dos acciones conllevarían nuevos sentidos interpretativos, ha de indicarse que, en el primero de los supuestos, el sentido interpretativo logrado solo puede ser producto de una modificación de la disposición alcanzada mediante la estimación formal parcial del planteamiento⁹⁰⁴.

⁹⁰² *Loc. cit.*

⁹⁰³ Gascón Abellán, Marina, “Interpretación de la Constitución: ¿gobierno de los jueces?, *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 20, 2016, p. 208.

⁹⁰⁴ Una expresión de cómo puede lograrse un nuevo sentido interpretativo, mediante el acogimiento parcial del planteamiento, haciendo una labor de *cirugía constitucional*, se abordará en el inciso 7.1.1.2.2.

Por su parte, el profesor Ezquiaga Gannuzas aporta una valiosa definición que nos permite entender de mejor manera los fallos jurisdiccionales que se comentan en este segmento del trabajo de tesis:

Las sentencias manipulativas podrían definirse como aquellas sentencias interpretativas que no se pronuncian simplemente acerca de la conformidad o no con la Constitución de las normas que pueden extraerse de una disposición sometida al control de constitucionalidad sino que, junto a ello (o para ello), el Tribunal Constitucional produce una nueva norma, que no es el resultado de la interpretación de la disposición enjuiciada, sino que, a juicio del Tribunal, viene impuesta por la Constitución para conservar la validez de la disposición, aunque finalmente esa norma nueva es presentada como un significado de la disposición impugnada⁹⁰⁵.

Ha de aceptarse que estos son los fallos que más suspicacias provocan en el foro jurídico, por cuanto suponen que, por vía interpretativa, se trastoca el contenido normativo de la disposición objeto de examen, pues, de lo contrario, podría declararse la inconstitucionalidad, lo cual traería un efecto expulsatorio del enunciado normativo causando efectos drásticos y hasta nocivos, a raíz de los vacíos que podrían originarse⁹⁰⁶. De esa manera, el carácter modulativo –o manipulativo, como son conocidas– de las sentencias deviene del hecho de que se producen verdaderas innovaciones al ordenamiento normativo o, dicho de otro modo: consecuencias nomogenéticas.

Por su contenido particular, algunas veces, se podrá encontrar que este tipo de sentencias sean presentadas como una categoría ajena o distinta a las interpretativas⁹⁰⁷; inclusive, pueden encontrarse posiciones que postulan que las segundas son partes del gran género de fallos manipulativos⁹⁰⁸. De forma

⁹⁰⁵ Ezquiaga Gannuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia...*, cit., pp. 491 y 492.

⁹⁰⁶ Sobre los problemas prácticos generados, véase: Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional...”, cit., pp. 37.

⁹⁰⁷ Ejemplo: Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional...”, cit., pp. 30 a 38.

⁹⁰⁸ Ejemplo: Olano García, Hernán Alejandro, “Tipología de nuestras sentencias...”, cit., p. 576. Así también: Garay Herazo, Kennier José, “Las modulaciones de contenido o sentencias manipulativas

contraria a la última propuesta, se manifiesta inclinación por ubicar a las sentencias caracterizadas por la modulación del sentido interpretativo de los enunciados examinados como una expresión de la gran especie de resoluciones interpretativas⁹⁰⁹; ello es así dado que la modulación que las caracteriza se produce por conducto de la actividad interpretativa reflejada en los razonamientos plasmados en el pronunciamiento jurisdiccional⁹¹⁰.

Como adelanto sobre las críticas que han sido dirigidas a este tipo de fallo, es pertinente referir que su surgimiento no ha estado desprovisto de polémicas, incluso en Italia donde tuvieron su punto de partida y donde, según Romboli, se experimentó una especie de “rebelión” respecto de ese tipo de decisiones, principalmente por parte de los jueces ordinarios, quienes, según refiere, no mostraron reticencias sobre el valor de los pasajes ablativos de las sentencias, pero sí de los fragmentos reconstructivos, llegándose a considerar una “exorbitancia ilícita respecto a las funciones que la Constitución y la ley atribuyen a la Corte constitucional”⁹¹¹. Según Pizzorusso, las expresiones de resistencia de los jueces, e incluso las doctrinarias, menguaron a partir de que el parlamento y el

en la Corte Constitucional Colombiana. Una tipología medida por la distinción entre enunciado normativo y norma”, *Estudios de Derecho*, vol. 71, núm. 157, 2014, p. 79.

⁹⁰⁹ En apoyo a la posición asumida, es pertinente tener en cuenta que la definición de sentencias manipuladoras aportada por Guastini antes transcrita refiere asume que estas son una expresión de fallos interpretativos de aceptación.

⁹¹⁰ En cuanto a este punto, es pertinente referir que la posición del autor del trabajo de tesis encuentra apoyo en los siguientes estudios doctrinarios: Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *cit.*, pp. XLII y XLIII; Bazán Víctor, *Control de las omisiones...*, p. 711; Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, p. 95. También es conveniente notar que Landa divide las sentencias interpretativas en dos clases, a saber: en sentido estricto e interpretativas-normativas, dentro de estas últimas se encuentran las modalidades aditivas, sustitutivas, reductoras y diferidas o exhortativas. Para mayor abundamiento, véase: Landa, César, “Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana”, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?* t.I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 610 a 618.

⁹¹¹ Romboli, Roberto, *op. cit.*, p. 65.

gobierno italianos se preocuparon por traducir las normas contenidas en los fallos en textos legislativos⁹¹².

Lo expuesto en el párrafo precedente da cuenta que los señalamientos dirigidos a estas modalidades de pronunciamientos constitucionales no son propios de un ámbito espacial determinado, pues, incluso en sociedades donde estas ya son expresiones consolidadas, se tuvo que superar escollos importantes. Ha de tenerse presente que fundamentalmente se cuestiona que la tarea de disponer – adicionando, sustituyendo o reduciendo– los alcances de un texto normativo no debieran ser desarrollados por un órgano ajeno a su creador que, es el que, por antonomasia, le corresponde cualquier modificación; menos aún, debiera realizarla el que tradicionalmente ha tenido como función esencial la aplicación de un enunciado dado de antemano.

En términos generales, se estima que ese tipo de críticas han ido siendo superadas con el tiempo; sin embargo, la razón de mayor peso para justificar la existencia de esas sentencias será la determinación de su necesidad, utilidad y funcionalidad, lo que se abordará cuando se analice cada uno de los tipos posibles de estas sentencias, a saber: aditivas, sustitutivas y reductoras⁹¹³, lo que se realizará en los incisos subsiguientes.

7.1.1.2.1 Sentencias aditivas

Se llaman así a los fallos en los que los tribunales constitucionales deciden no anular la disposición objetada; empero, le agregan, por vía interpretativa, contenido normativo para ajustarla a la ley fundamental. De esa forma, por la vía

⁹¹² Pizzorusso, Alessandro, “El tribunal constitucional...”, *cit.*, pp. 2060 y 261.

⁹¹³ Es usual que los fallos que modulan contenidos interpretativos se dividan en aditivos y manipulativos; no obstante, dadas sus particulares características, también deben incluirse los reductores. Así aparecen clasificados en: Bazán, Víctor, “Dificultades operativas...”, p. 349.

mencionada, es incorporado un elemento nuevo al enunciado normativo; o sea, que suelen ser la consecuencia del incorrecto desarrollo legislativo⁹¹⁴.

Conforme lo expuesto, estas sentencias constituyen un recurso de gran valor cuando concurre una determinación de inconstitucionalidad en la medida que la disposición normativa no incluye algo que debiera contener. Esa deficiencia conllevaría la posibilidad de hacer declaración de ilegitimidad constitucional de lo examinado; no obstante, el tribunal mismo opta por adicionar lo que corresponda a fin de que se ajuste a los cánones constitucionales.

Explica Romboli que este tipo de fallos es de cuño italiano, habiendo surgido producto de la realidad de ese Estado europeo, principalmente de cara a la pasividad parlamentaria que no asumía la responsabilidad de efectuar las reformas o adecuaciones legislativas necesarias⁹¹⁵. El connotado iusfilósofo italiano Guastini refiere que estas sentencias son una expresión de las manipuladoras y sostiene que en estas el tribunal constitucional “declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, *en la parte que no expresa cierta norma* (que debería expresar para ser conforme con la Constitución). [Y agrega:] Tales sentencias son a menudo el resultado de la aplicación del principio de igualdad”⁹¹⁶.

En igual sentido, Díaz Revorio concibe las sentencias aditivas como aquellas que aceptan la concurrencia de inconstitucionalidad de un enunciado normativo en cuanto no prevé o no incluye algo que debiera contener; de esa forma, el efecto reparador consistirá en ampliar o extender su contenido normativo “permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas”⁹¹⁷. Así las cosas, mediante estas

⁹¹⁴ Olano García, Hernán Alejandro, “Tipología de nuestras sentencias...”, *cit.*, p. 578.

⁹¹⁵ Lo expresado fue sostenido por el jurista en una entrevista que quedó contenida en la siguiente publicación: Pizzorusso Alessandro y Romboli, Roberto, “Entrevista: La influencia de la Constitución en otras áreas del Derecho”, *Thémis: Revista de Derecho*, núm. 55, 2008, p. 221.

⁹¹⁶ Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, p. 65.

⁹¹⁷ Díaz Revorio, Javier, “Interpretación constitucional...”, *cit.*, p. 145.

sentencias queda plasmada la constatación de una situación defectuosa en el texto del enunciado, lo que podría conllevar su inconstitucionalidad mediante un fallo tradicional, pero que el tribunal opta por encarar efectuando las reparaciones o añadiduras regulatorias respectivas, por vía interpretativa.

Lo antes dicho, de alguna manera, supone que, al emitir las sentencias aditivas, se acepta la concurrencia de una especie de inconstitucionalidad por omisión relativa⁹¹⁸, ante lo cual el remedio más viable resulta efectuar las adiciones que posibilitan constitucionalizar el enunciado objeto de examen. Según Landa, estos fallos se expiden para completar disposiciones cuya redacción limitada presenta un contenido normativo “menor” del que es exigible para estimarla constitucional⁹¹⁹.

Con base en lo expuesto, un tribunal constitucional regido por criterios positivistas a ultranza estimaría el planteamiento, ya que la deficiencia encontrada en el enunciado normativo podría dar como resultado su ilegitimidad a la luz de lo establecido en el magno texto. Lo contrario sucede con los órganos más garantistas, en los que, a fin de evitar un efecto nocivo mayor, adicionan lo que haya que añadir a fin de tornar conforme a la Constitución la disposición cuestionada.

Un ejemplo de sentencia aditiva emitida por la CC se encuentra en la emitida el 1 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 5327-2012 y 5331-2012), en la cual se examinó el cuestionamiento dirigido contra las frases “a más tardar el dos (2) de enero de dos mil trece (2013)” y “a partir del dos de enero de dos mil trece; a partir de esa fecha”, contenidas en el artículo 92 de la Ley del Registro Nacional de las Personas. Los segmentos objetados hacen relación de las fechas a partir de las cuales ya no tendría validez la cédula de vecindad, la cual sería sustituida por el documento personal de identificación. La posibilidad de que, para entonces, existieran muchas personas sin que hubieran adquirido el último de los

⁹¹⁸ En congruencia con lo expresado, véase: Bazán, Víctor. *Control de las omisiones...*, *cit.*, p. 28.

⁹¹⁹ Landa, César. “Las sentencias atípicas...”, *cit.*, p. 613.

documentos referidos, motivó el planteamiento de la inconstitucionalidad referida. La CC desestimó el planteamiento; no obstante, para salvaguardar el derecho de identificación de los posibles afectados, dejó consignada la siguiente adición interpretativa al precepto:

Ahora bien, es menester acotar que del enunciado legal antes citado se desprenden las siguientes normas: i) El Documento Personal de Identificación sustituirá a la Cédula de Vecindad. ii) La culminación del proceso de sustitución de un documento por otro tendría lugar, como máximo, el dos de enero de dos mil trece. iii) El dos de enero de dos mil trece la Cédula de Vecindad perdería toda eficacia jurídica como instrumento de identificación personal. iv) El único documento de identificación personal que a partir de esa fecha deberían aceptar las autoridades públicas y privadas es el Documento Personal de Identificación. [...] En tal virtud, debe entenderse implícitamente incluida en el contenido de la norma iii una cláusula condicional de excepción, en el sentido de que su ámbito personal de validez se extenderá a todos los nacionales y a todos los extranjeros domiciliados que hayan adquirido la mayoría de edad, salvo aquellos que, habiéndolo solicitado y habiendo realizado cuanta gestión atinente les correspondiera legalmente, no hayan obtenido su Documento Personal de Identificación en un lapso razonable, por causas imputables a la administración pública. A efecto de que los interesados puedan acreditar en las relaciones jurídicas en las que participaren esa circunstancia excepcional y temporal, el Registro Nacional de las Personas deberá entregar, cuando sea el caso, constancia escrita en la que especifique la fecha, el nombre del afectado, la causa por la que no le ha expedido el documento de identificación que le corresponde y el plazo dentro del cual dicha entidad se compromete a regularizar la situación registral de aquél. [En la parte resolutive se declaró sin lugar] con la salvedad de precisar que el enunciado legislativo cuestionado deviene compatible con lo dispuesto en la Constitución Política de la República siempre que su contenido sea interpretado y aplicado de acuerdo a lo razonado en el apartado considerativo IV del presente pronunciamiento, especialmente en lo relativo a suponer implícitamente incluida en el mismo una cláusula condicional de excepción

respecto a las personas que no hayan obtenido su Documento Personal de Identificación por motivos imputables a la administración pública.

El fallo elegido para ejemplificar las sentencias aditivas tiene la bondad de establecer como premisa fundamental las normas o sentidos interpretativos que emanan del enunciado normativo examinado y, tomando en cuenta la posibilidad de que la vigencia de una de esas normas –la identificada como *iii*– afecte un derecho fundamental a muchos guatemaltecos –a ser identificados–, se añade un nuevo contenido interpretativo –no texto–, el cual impone la obligación al Registro Nacional de las Personas de otorgar constancias de tramitación del documento personal de identificación que serían adjuntadas a las cédulas de vecindad. Por ello, en la literal b) del inciso I del segmento resolutivo o *decisum* se precisó, de manera contundente, que el enunciado normativo cuestionado era compatible con la CPRG, a condición de interpretar su contenido según lo referido en uno de sus considerandos y estimar que la disposición incluía el alcance referido en esa sentencia. Véase:

[E]l enunciado legislativo cuestionado deviene compatible con lo dispuesto en la Constitución Política de la República siempre que su contenido sea interpretado y aplicado de acuerdo a lo razonado en el apartado considerativo IV del presente pronunciamiento, especialmente en lo relativo a **suponer implícitamente incluida en el mismo una cláusula condicional de excepción** respecto a las personas que no hayan obtenido su Documento Personal de Identificación por motivos imputables a la administración pública⁹²⁰ [el énfasis es añadido].

Sobre la base de lo anterior, puede sostenerse que el tribunal, consciente o no de que su fallo constituía una expresión de pronunciamiento aditivo, determinó que la disposición, al no prever la posibilidad de que un número considerable de habitantes podría no obtener en tiempo su documento de identificación personal, lo que conllevaría violación a varios derechos, optó por la solución menos drástica,

⁹²⁰ SCC de 1 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 5327-2012 y 5331-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822839.5327-2012%20y%205331-2012.pdf>

ya que, plasmando buenas razones, sin precisar declarar con lugar el planteamiento o tan siquiera motivar la actuación parlamentaria, efectuó el agregado normativo respectivo, estableciendo una condición de excepción respecto de las personas que, a la fecha señalada en la disposición, no habían obtenido aquel documento.

Otro ejemplo guatemalteco de fallo aditivo es el que fuera emitido para resolver el cuestionamiento dirigido a los artículos 57 y 58, así como el capítulo ocho, de la LEPP, aduciéndose que las disposiciones objetadas conllevaban trato desigual para los comités para la constitución de partidos políticos con relación a los derechos reconocidos por la citada ley a los partidos políticos ya constituidos, al hacer distingo entre uno y otro, no obstante que el artículo 16 *ibídem* reconoce tanto al comité como al partido político una misma naturaleza jurídica. En SCC de 25 de agosto de 2010 (Exp. 1692-2010), la CC declaró sin lugar el planteamiento, pero estableció que era de observancia obligatoria para el Tribunal Supremo Electoral el criterio interpretativo contenido en el siguiente fragmento:

En las circunstancias analizadas, es evidente que sancionar a un comité por formación de un partido político con una gravedad mucho mayor, desproporcional e inequitativa, por hechos similares atribuidos a un partido político, sancionado en forma distinta, menos grave, implicaría una aplicación de manera desigual e irrazonable, que no se justifica en un régimen de Derecho que debe tener como característica su sentido de justicia y de equidad. Sin embargo, esta cuestión que podría suscitarse en un caso concreto, no puede ser objeto de una declaración de inconstitucional general, con efectos *erga omnes*, ya que, de eliminarse la disposición atacada, contenida en el inciso b) del artículo 58 de mérito, producirían un vacío normativo (las llamadas “lagunas”) que dejaría inerte a la regulación electoral, al quedar de plano sin posibilidad de aplicar la sanción en dicha norma prevista a los casos de gravedad. Debe entender la autoridad del Tribunal Supremo Electoral que no podría dejar sin efecto la inscripción de un comité para la constitución de un partido político por atribuirle una falta o infracción que no implique la misma suspensión para un partido político inscrito. Por otra parte, le correspondería a la autoridad electoral calificar los casos, puesto que, como se ha

expresado anteriormente, hay actividades que se le reconocen a los partidos políticos que son compatibles también para los comités pro constitución, dado que, por su naturaleza y sus fines, tienden ambos a la promoción política, entre esta la propaganda y la divulgación, que se ocupe de su ideología, su estructura y su liderazgo para los fines indicados, distintos de la propaganda eleccionaria que se enmarca en períodos determinados por la misma ley. En otros términos, una cuestión es la actividad política, que se ocupa de los problemas nacionales y que engloba dar a conocer a los partidos, su ideología y sus integrantes, bien sea de los partidos inscritos como de los comités para su formación, y otra diferente la campaña para un proceso electoral.

Evidentemente, en la parte motivante fue justificada la opción aditiva por la que el tribunal se decantó. Luego, en el numeral II) de la parte resolutive se consignó la vinculatoriedad de la adición de contenido expresada en el segmento motivante del fallo, a fin de evitar que se produjera la desigualdad e irrazonabilidad que el legislador no previó al aprobar la disposición examinada. Véase:

El Tribunal Supremo Electoral, en atención al principio de constitucionalidad, deberá observar, en lo que fuere aplicable, el criterio interpretativo enunciado en esta Sentencia⁹²¹.

En la última década este tipo de fallos, otrora inusuales, han sido frecuentes a efecto de dotar a los enunciados normativos de sentidos ajustados a la carta fundamental⁹²². También destaca el hecho que, dado que el uso de esta

⁹²¹ SCC de 25 de agosto de 2010 (Exp. 1692-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/814559.1692-2010.pdf>

⁹²² Otro ejemplo útil de ese tipo de fallos es el emitido el 5 de octubre de 2017 (Exp. 4754-2016), en la que se estableció la necesidad de formular reserva interpretativa respecto del fragmento que indica: *“tomando en consideración los candidatos propuestos por los representantes no estatales del Consejo Departamental de Desarrollo Urbano y Rural respectivo”*, contenido en el artículo 42 de la Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del CR, en el sentido de añadir un alcance que, en su literalidad, no quedó plasmado en la disposición normativa objeto de cuestionamiento. Concretamente, se estableció: *“Si la terna propuesta para tomar en consideración estuviere formada por candidatos que no llenan los requisitos constitucional y legalmente establecidos para su designación, el Presidente de la República puede requerir la integración de una nueva con diferentes candidatos”*. Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837103.4754-2016.pdf>

herramienta procesal se ha tornado de conocimiento de los integrantes del foro jurídico, los propios postulantes de los planteamientos han instado la emisión de fallos de ese tipo, tal como se dejó constancia en la SCC de 23 de abril de 2009 (Exp. 703-2008), en el sentido de indicar que el accionante expresamente solicitó que la inconstitucionalidad “sea declarada con lugar mediante una sentencia, aditiva o constructiva, es decir mediante una declaración positiva de esta Corte en la que se indique la forma en que debe interpretarse el artículo 210 para evitar efectos posteriores de índole discriminatoria”⁹²³. Ese elemento debe ser destacado, dado que pone de manifiesto que, en un foro jurídico conservador, la emisión de estos fallos es aceptada e instada por parte de los actores judiciales; ello deja entrever que el camino hacia su total eficacia no debe considerarse lejano.

Además de los fallos antes comentados, pueden adicionarse los dictados el 9 de julio de 2009 (Exps. Acums. 467-208 y 612-2008)⁹²⁴, el 27 de abril de 2011 (Exp. 812-2010)⁹²⁵, el 17 de octubre de 2013 (103-2013)⁹²⁶, el 18 de junio de 2013 (Exp. 4479-2012)⁹²⁷ y el 27 de agosto de 2013 (Exp. 3876-2012)⁹²⁸.

Para cerrar este segmento, es oportuno indicar que una sentencia interpretativa aditiva o integradora no supone una actuación totalmente discrecional del tribunal constitucional⁹²⁹, pues resolver de esa forma deriva de que, en el juicio de

⁹²³ SCC de 23 de abril de 2009 (Exp. 703-2008). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/810225.703-2008.pdf>

⁹²⁴ SCC de 9 de julio de 2009 (Exps. Acums. 467-2008 y 612-2008). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/809694.467%20y%20612-2008.pdf>

⁹²⁵ SCC de 27 de abril de 2011 (Exp. 812-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/816963.812-2010.pdf>

⁹²⁶ SCC de 17 de octubre de 2013 (Exp. 103-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/823221.103-2013.pdf>

⁹²⁷ SCC de 18 de junio de 2013 (Exp. 4479-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822560.4479-2012.pdf>

⁹²⁸ SCC de 27 de agosto de 2013 (Exp. 3876-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/823226.3876-2012.pdf>

⁹²⁹ Al respecto, refiere Romboli:

Con el fin de reducir el margen de discrecionalidad de la propia intervención «manipulativa», la jurisprudencia constitucional requiere frecuentemente al juez que indique el «verso» de la adición y

constitucionalidad que se realice, se advierta la necesidad de superar una falta de previsión regulatoria y efectuar, por sí mismo –sin la intervención parlamentaria y cuando fuere viable–, la adición o integración normativa que corresponda, lo cual es consecuencia de realización de los postulados constitucionales. Para tal propósito, de conformidad con cada caso en particular, debe tenerse presente la factibilidad de optar por esa modalidad de sentencia –téngase en cuenta la reserva de ley que concurre en algunas materias, como en el caso penal–, la vía más adecuada para superar la falencia, si existió una intención consciente del legislador por no otorgarle determinados alcances a la disposición cuestionada y los espacios de decisión que a este corresponden⁹³⁰.

7.1.1.2.1.1 Variedad de fallos aditivos: las sentencias aditivas de principio

Es pertinente no pasar por alto la existencia de subtipos de sentencias aditivas, que se han desarrollado en la jurisprudencia constitucional italiana; de manera particular, merece atención la denominada *aditiva de principio*, que es distinguida por muchos de la aditiva pura o clásica⁹³¹. Para advertir las características de la submodalidad, se evoca a Groppi, quien refiere:

subraya de todos modos, para evitar peligrosas superposiciones con las opciones reservadas al legislador, que la solución «aditiva» o «sustitutiva» a la que ella llega debe en todo caso venir impuesta por la lógica del sistema normativo constitucional. Esto es, debe ser una solución, de acuerdo con una célebre definición de Vezio Crasafulli, «de rima obligada».

Véase: Romboli, Roberto, *op. cit.*, p. 65.

En una entrevista que brindaran el maestro Alessandro Pizzorusso y Roberto Romboli, cuando se le cuestionó sobre los riesgos de este tipo de sentencias, este último jurista refirió:

...aquel contenido que la Corte Constitucional explicita en su sentencia aditiva o manipulativa es un contenido que deriva directamente de la Constitución; es decir, no es creado discrecionalmente por la propia Corte Constitucional. [...], no es una elección libre de nuestra Corte Constitucional y, por lo tanto, trae ciertas consecuencias de la aplicación directa de la Constitución...

Para mayor abundamiento, véase: Pizzorusso Alessandro y Romboli, Roberto, *op. cit.*, p. 221.

⁹³⁰ Sobre este punto, véase: Gascón Abellán, Marina, “La justicia constitucional...”, *cit.*, p. 74.

⁹³¹ Al respecto de esas diferencias, Bazán refiere:

Es importante no confundir las sentencias “*aditivas clásicas o puras*” (que son las que venimos retratando sucintamente aquí) con las sentencias “*aditivas de principio*”. Tal como adelantábamos, aquellas permiten

[C]omo sucede en las sentencias aditivas “clásicas”, se declara inconstitucional una disposición por lo que no prevé, pero sin introducir en el ordenamiento nuevas normas jurídicas, sino principios, a los que el legislador deberá dar actuación con disposiciones que tengan alcances *erga omnes*. En la motivación de estas sentencias, en algunos casos la corte indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir y dicta los principios en los cuales el mismo legislador se debe inspirar: de este modo se combina en el mismo instrumento decisional el contenido de una verdadera sentencia aditiva con una sentencia “de delegación”, alcanzando a conciliar la inmediatez de la estimación (*accoglimento*) con la salvedad de la esfera de discrecionalidad que corresponde al legislador⁹³².

Este tipo de fallos es de emergencia relativamente reciente, pues es a partir de la década de los ochenta cuando comenzaron a producirse –teniéndose como referente hito la sentencia 209/1986–. Es dable precisar que ese tipo de decisiones emergieron dentro del marco del control constitucional normativo indirecto; por ello, no resulta inusual encontrar comentarios que refieren que su eficacia requiere la posterior participación del Poder Legislativo y de los jueces ordinarios, en razón de sus funciones, para colmar la laguna que fuera advertida⁹³³. A pesar del tipo de control que permitió su emergencia, las notas características de ese tipo de sentencias dan cuenta que perfectamente pueden producirse dentro del marco de las inconstitucionalidades directas.

Según, Parodi, jurista italiano, el presupuesto típico de estas sentencias es la presencia de una pluralidad de soluciones capaces de restaurar la legitimidad constitucional, las cuales son compatibles con los principios o pautas que se establecen para ser seguidas por el legislativo y que constan en la motivación de

conjurar *las omisiones inconstitucionales relativas o parciales* por medio de la intervención directa y *unilateral* de la Corte Constitucional. En cambio, las decisiones *aditivas de principio* no generan una solución *unilateral* del órgano máximo de la justicia constitucional, sino que son resoluciones carentes de operatividad jurídica inmediata y que concretan una suerte de reenvío al legislador.

Véase: Bazán, Víctor. *Control de las omisiones...*, cit., p. 193.

⁹³² Groppi, Tania, *op. cit.*, pp. 492 y 493.

⁹³³ Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, cit., p. 321.

la sentencia⁹³⁴. Añade que a esas decisiones se les ha llamado *aditivas de principio*, precisamente por el hecho que en estas se formulan principios destinados a impulsar la actividad legislativa necesaria para remediar la omisión inconstitucional detectada⁹³⁵.

El profesor Díaz Revorio sostiene que los fallos a los que se hace referencia se insertan en la categoría más genérica de los fallos de *indirizzo*, que son los que enuncian principios directivos para asegurar la conformidad de la legislación con los preceptos constitucionales, por lo que es común que se les confundan con las advertencias o recomendaciones –*moniti*– que se dirigen al legislador⁹³⁶.

En el repertorio jurisprudencia constitucional guatemalteco pueden ser encontradas manifestaciones de la categoría especial de sentencias interpretativas aditivas de principio, un ejemplo de este tipo de fallos es el emitido el 8 de febrero de 1999 (Exp. 931-98); en este se consideró:

La cuestión de si es potestad discrecional del Congreso formular una o varias preguntas para someter su iniciativa a la ratificación popular debe matizarse conforme a la lógica de lo razonable, puesto que, en la medida en que se le permita al cuerpo electoral tomar una decisión libre e inteligente basada en la diferente naturaleza de las propuestas sobre las que debe pronunciarse; de modo que, cuando la probable ratificación de una y la probable no ratificación de otra no produzca incompatibilidades, resulta más conforme a los valores de dignidad

⁹³⁴ Literalmente, el autor escribió:

Presupposto tipico delle additive di principio è infatti la compresenza di una pluralità di soluzioni idonee a ristabilire la legittimità costituzionale, tra loro fungibili poiché compatibili con i principi che si tratti di attuare attraverso l'esercizio di discrezionalità (anzitutto) legislativa in conformità alle indicazioni impartite nella motivazione della sentenza.

Véase: Parodi, Giampaolo, "Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente", *Dialoghi con Guido Alpa; Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, Roma Tre-press, 2018, pp 386 y 387.

⁹³⁵ Literalmente, escribió lo siguiente:

Le decisioni in discorso sono denominate additive di principio perché nelle stesse vengono formulati, appunto, principi destinati a guidare sia il legislatore, nella necessaria attività conseguenziale alla pronuncia, diretta a rimediare all'omissione incostituzionale.

Véase: *Ibidem*, p. 387.

⁹³⁶ Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *cit.*, p. 320.

humana –libertad e igualdad– hacerlo de esa manera. El estudio factorial de las reformas a la Constitución aprobadas por el Congreso permite suponer que, no obstante su extensión, podrían agruparse por temas o títulos diferenciados, cuya aprobación particularizada no sería susceptible de producir incompatibilidad normativa y, como consecuencia, tendrían validez intrínseca. Por ejemplo, y dicho esto de manera puramente indicativa y no vinculante, los artículos reformados podrían ser agrupados bajo los siguientes temas: Tema uno (1): Nación guatemalteca y derechos sociales y políticos. Artículos 1o., 66, 70, 94, 110, 135, inciso g), 143; y 13, 30 y 32 Transitorios. Tema dos (2): Organismo Legislativo. Artículos 157, 164, penúltimo párrafo, 166, 167, 171 inciso n), 173, 176, 251; y 28 transitorio. Tema tres (3): Organismo Ejecutivo. Artículos 182, 183 suprime literal r) y reforma literal t); y 33 transitorio. Tema cuatro (4): Organismo Judicial. Artículos 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 222; y 29, 31 y 34 transitorios. Tema cinco (5): Sistema de Consejos de Desarrollo. Artículo 225 Tema seis (6): Ejército de Guatemala y Fuerzas de Seguridad Civil. Artículos 244, 245, 246, 248, 249, 250; y la denominación del Capítulo V del Título V, la adición de la sección primera (Del Ejército de Guatemala) y de la sección segunda (Fuerzas de Seguridad del Estado). La distribución de las reformas constitucionales en temas resultaría razonablemente comprensible para el cuerpo electoral...⁹³⁷.

El extracto del fallo anterior da cuenta que el tribunal constitucional hace referencia a una regulación ideal de una disposición del Poder Legislativo, pero no efectúa la adición de forma directa, sino que establece lineamientos y principios para provocar que aquel enunciado responda a los fines constitucionales. Para tal propósito, la CC dejó plasmadas razones valederas por las cuales se decantaba por la recomendación relacionada. Lo afortunado es que, en el caso concreto, el CR aceptó las directrices plasmadas, pues la consulta popular a la que se refería el acuerdo 41-98 de ese organismo estatal fue llevada a cabo, mediante la formulación de varias preguntas y no de una sola como originalmente se establecía.

⁹³⁷ SCC de 8 de febrero de 1999 (Exp. 931-98). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/817814.931-98.pdf>

Una distinción sustancial con las sentencias interpretativas aditivas puras es que en estas –las aditivas de principio– no se hace una adición directa, sino es la autoridad a quien dirige aquellos lineamientos la que tendría que proceder. De esa suerte, estas podrían ubicarse en una línea de frontera entre los fallos aditivos y exhortativos, teniendo estrecha cercanía con las sentencias exhortativas de delegación, las cuales se abordará páginas adelante.

Ciertamente, si se ponen en la balanza las sentencias aditivas clásica y de principio, habrá de aceptarse que estas últimas no conllevan operatividad inmediata, ya que quedan supeditadas a la actuación del órgano emisor de la disposición normativa llamado a superar la deficiencia normativa detectada. En ese sentido, con el fin de hacer compatibles las disposiciones con el texto fundamental, se produce una suerte de reenvío a su emisor para que proceda de conformidad con lo considerado.

Oportuno deviene establecer que este tipo de fallos, usualmente, no provocan tanto recelo por parte de quienes conforman el Poder Legislativo, por cuanto que no conllevan, de modo alguno, manifestación de intromisión –por si se percibe así a otras sentencias– en la esfera de las funciones de ese poder estatal. Con estos se produce una suerte de deferencia con el creador de la disposición normativa examinada.

Por último, es pertinente referir que en la doctrina italiana se han desarrollado otras “variantes” de sentencias aditivas, de las cuales solo se hace referencia de paso porque, más que aludir a variaciones de estilos de resolver, identifican los tipos de expresiones normativas sobre las cuales se hace la adición. Estas son: (a) las *additive di prestazione* –aditivas de prestaciones–, que se dan cuando lo añadido por el tribunal constitucional se relaciona con una prestación a cargo de los poderes públicos; y (b) las *additive di prrecedura* –aditivas de procedimiento–,

que se producen cuando se añade contenido a disposiciones de tipo procedimental⁹³⁸.

7.1.1.2.2 Sentencias sustitutivas

Con este nombre se hace referencia a los fallos en los que el tribunal constitucional sustituye un vacío normativo por una regulación específica, a manera de ajustar el sentido del enunciado normativo a la Constitución⁹³⁹.

Ha de tenerse presente que, bajo una óptica positivista, una disposición que ameritaría la sustitución de significado sería objeto de expulsión del ordenamiento jurídico; en cambio, conforme una visión garantista y abierta a las nuevas modalidades de fallos constitucionalidades, podría ser salvada, al dotársele de nuevo sentido.

Apoyándose en la experiencia del tribunal constitucional italiano, Pizzorusso hace referencia a las sentencias sustitutivas, indicando que ese órgano jurisdiccional no se ha constreñido a hacer declaración de inconstitucionalidad de normas no escritas en la ley, aunque deducibles de su texto por vía de interpretación, sino que “el mismo Tribunal ha llegado a indicar qué otra norma debe ponerse en lugar de la contenida en el texto de la ley para que el principio constitucional por ella violado resulte, en cambio, respetado”⁹⁴⁰.

Según Guastini, mediante este tipo de sentencias, el tribunal constitucional “declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, *en la parte en la que expresa cierta norma en lugar de otra*: una norma distinta que debería expresar para ser conforme con la Constitución”⁹⁴¹. Entendiendo así ese tipo de sentencias, Romboli expresa que estas se componen de dos partes: “una que

⁹³⁸ Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, *cit.*, pp. 734 a 736.

⁹³⁹ Olano García, Hernán Alejandro, “Tipología de nuestras sentencias...”, *cit.*, p. 580.

⁹⁴⁰ Pizzorusso, Alessandro, “Las sentencias ‘manipulativas’...”, *cit.*, pp. 292 y 293.

⁹⁴¹ Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, p. 172.

demuele el contenido de la disposición impugnada; otra que lo reconstruye, a través de la cual la Corte procede a dotar a la misma disposición de un contenido diferente, en línea con los principios constitucionales”⁹⁴².

Según, Díaz Revorio, “[e]l supuesto más complejo y difícil de sentencia manipulativa viene constituido por las llamadas sentencias manipulativas”⁹⁴³; esa complejidad es advertida en tanto supone la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del enunciado normativo y su consecuente sustitución con el contenido que el tribunal indique, lo que, de entrada, resulta controvertido.

A juicio del tesista, la CC ha emitido sentencias por las que ha procedido a la sustitución del contenido normativo literal de la disposición examinada; a guisa de ejemplo, se evoca un fragmento de la emitida el 25 de mayo de 2010 (Exp. 4923-2009), en la que se estableció lo siguiente:

En vista de lo anterior y con base a los principios de *interpretación conforme la Constitución y de conservación de la ley* y atendiendo a la técnica de la utilización de las sentencias de tipo *interpretativo*, ya aplicada en oportunidades pasadas por esta Corte y recientemente como ocurrió en el Expediente 1210-2007, sentencia de ocho de julio de dos mil nueve, se considera pertinente respecto de las normas impugnadas, enunciar la reserva interpretativa en este fallo, en el sentido que: Como efecto interpretativo de esta sentencia, se deberá observar que, la palabra

⁹⁴² Romboli, Roberto, *op. cit.*, p. 65. Con relación a este punto, coincide Bazán, al expresar que Para Bazán, la experiencia italiana permite sostener que este tipo de decisión contiene dos fases: “una que podría llamarse *ablative*, que derriba el contenido de la disposición objeto del juicio de constitucionalidad; y otra *reconstructiva*, por medio de la cual se reconfigura el contenido de aquella dándole un sentido diverso del que poseía”. Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, *cit.*, pp. 191 y 192. Igualmente, aduciendo la existencia de dos momentos, a saber: uno ablativo o anulatorio y el reconstructivo, coincide: Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, p. 185; así también, Martínez Caballero es coincidente con este punto, al señalar que este tipo de sentencia supone la expulsión del ordenamiento una disposición acusada y sustituye el vacío normativo por medio de una regulación específica, la cual “tiene raigambre constitucional directa”. Véase: Martínez Caballero, Alejandro, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁴³ Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *cit.* p. 146. Líneas más adelante –pp. 146 y 147–, el autor en referencia indica que, por sus características, puede dudarse de su pertenencia al grupo de manipulativas, por cuanto que estas suponen la no afectación de la disposición textual, lo que usualmente sucede con estas. Por ello, propone encuadrar las sentencias sustitutivas como “una especie anómala –aún más– o excepcional de las sentencias manipulativas”, esta inclinación se da por la distancia que tendrían con otro tipo de decisiones.

“la” y la frase “*hasta tres (3)*” contenidas en el artículo 72 de la Ley cuestionada, no significa que después de registradas tres armas en el documento correspondiente, impida el derecho de llevar a cabo nuevos registros, mismos que deberán hacerse cumpliendo las disposiciones legales. En consecuencia, la inconstitucionalidad planteada debe declararse sin lugar, pero con la reserva interpretativa antes referida y en tal sentido deberá resolverse...⁹⁴⁴.

De manera semejante al fallo antes transcrito, esta Corte efectuó sustitución del sentido literal de uno de los enunciados normativos objetados en la acción de inconstitucionalidad resuelta en la sentencia emitida el 9 de octubre de 2007 (Exp. 3494-2006). En efecto, en ese pronunciamiento se examinó la legitimidad constitucional de los artículos 164, primer párrafo, y 167, primer párrafo, de la Ley de Propiedad Industrial; 2, cuarto párrafo, y 106 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial; así como el Acuerdo Ministerial 03-2002 “A” del Ministerio de Economía. Con relación a este último cuerpo normativo, se efectuaron consideraciones encaminadas a entender un verbo de forma distinta a la que su literalidad supondría, implicando una sustitución del alcance de un término contenido en la disposición examinada; ello se hizo de esa manera, pues, de manera contraria, la inconstitucionalidad era inminente.

El Acuerdo Ministerial 03-2002 “A” del Ministerio de Economía, establece en su artículo 1º. “**Aprobar** las cuarenta y cinco clases que conforman la *Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el registro de marcas (Clasificación de Niza) octava edición, para efectos de la clasificación de los productos y servicios para los cuales se solicite el registro de marcas.*” (el resaltado no aparece en el texto original); del análisis de lo anterior, está [sic] Corte advierte que si bien la Ley de Propiedad Industrial, faculta al Ministerio de Economía para que, por medio de acuerdo ministerial, le otorgue potestad al Registro de Propiedad Intelectual, para la aplicación de las versiones más modernas de las clasificaciones que sirven de guía administrativa, el vocablo “aprobar”, para los efectos de la ley, debe ser

⁹⁴⁴ SCC de 25 de mayo de 2010 (Exp. 4923-2009). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/812887.4923-2009.pdf>

entendida como “autorizar” y por tanto, bajo tal entendimiento, no existe confrontación con el Magno texto⁹⁴⁵.

El fragmento antes transcrito permite advertir que, en efecto, en la parte motivante del fallo se hace una sustitución de los sentidos de un vocablo contenido en una disposición normativa censurada, ya que la dicción “aprobar” sugería que la autoridad registral guatemalteca era la que se pronunciaría sobre las cuarenta y cinco clases de productos y servicios contenidos en una clasificación internacional acordada por los Estados en la “Clasificación de Niza”, por lo que el tribunal constitucional se vio en la necesidad de pronunciarse en el sentido que, dado que la ley facultaba a aquella autoridad la aplicación de las clases contenidas en el instrumento internacional, lo que, en realidad, le correspondía a esta era “autorizar”. Pese a la bondad de esa sustitución de sentidos, se advierte que la motivación contenida en la sentencia es exigua, lo cual es riesgoso en este tipo de fallos, pues, en aras de que la decisión sea comprendida y aceptada, debe aprovecharse la ocasión para plasmar razones consistentes respecto de lo decidido.

A juicio del tesista, los fallos evocados dan cuenta que el tribunal constitucional asumió la función de sustituir los sentidos y alcances de las disposiciones examinadas, lo cual enmarca dentro del tipo de sentencias objeto de análisis en este subapartado. Pese a esa apreciación, es obligado indicar que las resoluciones transcritas no responden, a cabalidad, a las definiciones aportadas por muchos doctrinarios que exigen la concurrencia de dos fases bien diferenciadas, a saber: la ablación y la reconstrucción. Las transcripciones de los fallos permiten apreciar cómo se produce la segunda fase, quedando sobreentendida la inconstitucionalidad que conlleva entender la disposición conforme su texto literal. Se estima que ese proceder obedece a la prudencia que ha tenido la CC, dado que, conforme lo regulado en el artículo 140 de la LAEPC,

⁹⁴⁵ SCC de 9 de octubre de 2007 (Exp. 3494-2006). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/813629.3494-2006.pdf>

la detección de inconstitucionalidad en el enunciado examinado tiene como consecuencia natural la expulsión de este del ordenamiento normativo.

Con el ánimo de encontrar manifestaciones de pronunciamientos jurisdiccionales en los que concurren, de forma expresa, las dos fases relacionados, se trae a cuenta que en el más alto tribunal guatemalteco han sido emitidos fallos que claramente denotan que, en una auténtica labor de *cirujano constitucional*, dicho órgano jurisdiccional ha estimado planteamientos a efecto de expulsar, de forma selectiva, pequeños elementos del enunciado examinado, modificando su texto y, consecuentemente, dotándole de un nuevo sentido que lo torna conforme a la Constitución. Según la definición que, sobre las “sentencias (interpretativas) manipulativas”, formulara la profesora Gascón Avellán –transcrita en el numeral 7.1.1.2–, estas también podrían conllevar un efecto sustitución de significados.

Son manifestación de sentencias en la que se desarrolló una labor de “cirugía” constitucional, la emitida el 14 de agosto de 2012 (Exp. 2729-2011), en la que la expulsión de algunas palabras de la disposición permitió la formación de una nueva con un significado totalmente distinto al de su texto original.

Por lo anterior, y en congruencia con el efecto previsto en el artículo 141 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, deben expulsarse del ordenamiento jurídico, por adolecer de vicio de inconstitucionalidad, las frases que dicen “*equivalente al cien por ciento (100%) de los honorarios fijados conforme al arancel previsto en el Título XV de la presente Ley*”, contenidas en el primer párrafo del artículo 100 del Código de Notariado, de acuerdo con la reforma que de dicho artículo se hizo por medio de la norma impugnada, manteniéndose el resto de palabras del párrafo en el que están contenidas aquellas frases, el cual, como consecuencia de la expulsión aquí decidida, deberá entenderse que quedará de la siguiente manera: “*Artículo 100. Los Notarios que dejaren de enviar los testimonios a que hace referencia el artículo 37 o de dar los avisos a que se contrae el artículo 38 de esta Ley, dentro de los términos fijados para el efecto, incurrirán en una multa, por infracción, que impondrá el Director [del Archivo] General de Protocolos*

y se pagará en la Tesorería del Organismo Judicial, como fondos privativos de dicho Organismo”.

En cuanto al segundo párrafo de la disposición normativa examinada, el tribunal dispuso:

...concluye que la existencia en el ordenamiento jurídico de las frases precedentemente relacionadas, viola lo establecido en los artículos 2 y 44 de la Constitución, y por ello deben ser declaradas inconstitucionales, al emitirse el pronunciamiento legal correspondiente. En labor orientadora, esta Corte determina que el texto del segundo párrafo del artículo 100 del Código de Notariado, ya sin las frases cuya inconstitucionalidad se ha advertido, deberá entenderse que queda de la siguiente manera: “Todas las sanciones fijadas por el Director [del Archivo] General de Protocolos se impondrán, previa audiencia por el término de quince días al interesado, audiencia que se notificará por medio de correo electrónico certificado con aviso de recepción, a la última dirección que haya fijado para el efecto en el Archivo General de Protocolos. Contra lo resuelto por el Director [del Archivo] General de Protocolos cabrá recurso de reconsideración, el que deberá interponerse dentro del término de tres días contados a partir de la fecha de recepción de la notificación por correo certificado. Dicho recurso se interpondrá ante el propio Director, quien elevará las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia para que resuelva. Dicho tribunal resolverá aplicando el procedimiento de incidente previsto en la Ley del Organismo Judicial. Contra la resolución de la Corte Suprema de Justicia no cabrá ningún otro recurso. Siempre que se declare sin lugar el recurso interpuesto, se impondrá al recurrente la multa prevista en el párrafo primero de este artículo, aumentándole quinientos Quetzales”.

En virtud de la selección de términos invalidados, subsistió la mayor parte del enunciado legal, expulsando únicamente algunos términos, pero la modificación del texto supuso nuevos sentidos y alcances; es más, en la fase de reconstrucción normativa, en virtud de haberse dispuesto la expulsión del apartado concerniente a la multa regulada en el enunciado examinado, se decidió hacer integración de otra disposición –que regula el monto de sanción pecuniaria por incumplimiento

genérico de obligaciones emergidas de ese cuerpo legal– para llenar un vacío dejado por la declaratoria selectiva de inconstitucionalidad. Véase:

De ahí que si como consecuencia de la decisión de exclusión por inconstitucionalidad que en este fallo se decide de las palabras “*equivalente al cien por ciento (100%) de los honorarios fijados conforme al arancel previsto en el Título XV de la presente Ley, por infracción*”, contenidas en el primer párrafo del artículo 100 del Código de Notariado, de acuerdo con la reforma realizada a tal precepto por medio de la norma impugnada, el Congreso de la República considera que aquel incumplimiento debe estar sancionado con una sanción específica, debe proceder, dentro de su potestad legislativa, a emitir el precepto legal correspondiente por el que se restablezca aquella sanción específica, y en tanto ello no sea realizado de esa manera, en observancia del principio de plenitud hermética del Derecho, deberá entenderse que a partir de la fecha en la que se publique esta sentencia, a menos que exista una legislación específica y posterior a esa publicación en la que se indique lo contrario, emitida en congruencia con lo previsto en el artículo 110 del Código de Notariado, para la determinación del monto de las multas que deberá imponer el Director del Archivo General de Protocolos con sustentación en el artículo 100 del precitado cuerpo legal, se deberá tomar como fundamento para fijar *el quantum* a que asciende aquellas multas, lo indicado en el artículo 101 del Código de Notariado, es decir, que el monto a imponer sea hasta un máximo de veinticinco (Q.25.00) quetzales por cada una de aquellas infracciones, por originarse la sanción de una inobservancia de lo previsto en el citado Código, concretamente de sus artículos 37 y 38⁹⁴⁶.

Del contenido del fragmento transcrito puede advertirse claramente que, por medio de la labor de “cirugía” constitucional, que supone la expulsión de elementos mínimos del enunciado normativo que se examina, puede ser lograda la sustitución del sentido interpretativo de algún enunciado; por tal razón, los fallos que denotan haber procedido de esa manera suponen haber cumplido con las fases de ablación y reconstrucción, aunque ha de indicarse que reconstruir la

⁹⁴⁶ SCC de 14 de agosto de 2012 (Exp. 2729-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820648.2729-2011.pdf>

disposición como consecuencia de la estimatoria de inconstitucionalidad de su texto encuadra dentro de las atribuciones normadas del tribunal constitucional. No obstante, aquel fallo ha sido evocado para comentarlo como ejemplo de pronunciamiento en el que, sin que la tarea desarrollada haya sido propiamente que, por vía interpretativa, se haya realizado la selección de sentidos conforme a la Constitución, se logró la conformación de una disposición totalmente diferente, la cual, según el tribunal, es conforme con la ley fundamental. Esto da cuenta de que, incluso, con herramientas tradicionales pueden alcanzarse resultados tan creativos como con el resto de las sentencias que se analizan en la presente investigación.

Otro fallo que denota la dotación de un sentido distinto luego de que se decidiera la expulsión de elementos mínimos de la disposición normativa, es el dictado el 20 de marzo de 2012 (Exp. 4259-2011); el nuevo sentido concierne a la obligatoriedad de pago de una tasa de interés legal distinta –determinada mediante integración– a la que establecía el texto original, la que se estimó “arbitraria, desmesurada y leonina a favor del Estado”. Véase:

[E]ste Tribunal es del criterio que debe expulsarse del ordenamiento jurídico las frases de la norma reglamentaria impugnada referidas a la unidad de tiempo sobre la que se aplica la tasa de interés, así como el monto porcentual a que asciende esa tasa. En tal virtud, la acción de inconstitucionalidad intentada debe ser estimada parcialmente únicamente en cuanto a las frases: “*en concepto de*”, “*por cada día de atraso*” y “*a razón de dos punto cinco por ciento (2.5%)*”; como consecuencia, queda vigente únicamente el texto que refiere la obligación de pagar intereses moratorios a partir del sexto día en caso de incumplimiento de pago de la renta mensual correspondiente. Por ello, en tanto no se sustituyan las frases objeto de expulsión, debe entenderse que la tasa del interés moratorio aplicable es la legal, de conformidad con el cálculo indicado en el artículo 1947 del Código Civil⁹⁴⁷.

⁹⁴⁷ SCC de 20 de marzo de 2012 (Exp. 4259-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/819488.4259-2011.pdf>

Con relación a la “cirugía” practicada en las últimas dos sentencias transcritas, se advierte que la CC expulsó selectivamente algunos términos de la disposición, lo cual es conforme con las atribuciones que le han sido encomendadas. Si bien la estimativa parcial de los planteamientos comportó que se produjeran lagunas legales, con relación a la multa desproporcionada expulsada o a la tasa de interés estimada desmesurada, esto fue resuelto mediante la integración de otra disposición que regulaba diferente cuantía, prevista en distinto cuerpo legal al examinado; en tal virtud, se estima que, en esos casos concretos, fue sano haber procedido de esa manera, prescindiendo la espera a que el órgano creador de la disposición llenara los vacíos provocados por las decisiones que estimaron parcialmente las inconstitucionalidades impetradas.

No escapa al tesista lo controvertido que resultan las sentencias sustitutivas, ya que dotar de nuevos contenidos a una disposición normativa y, más aún, reconfigurar el texto de aquella –como aconteció en los últimos dos ejemplos comentados–, puede ser percibido como una práctica que suplanta la actividad legislativa. Ante esos cuestionamientos, se precisa que los fallos de este tipo se justifican y, a la postre, se legitiman, en la medida que el tribunal cumple su función de desarrollar el contenido de los derechos fundamentales que está llamado a tutelar y, a la vez, el creador de la disposición examinada desarrolla su actividad con falencias que el órgano jurisdiccional puede corregir por medio de las herramientas procesales que tiene a su alcance.

7.1.1.2.3 Sentencias reductoras

Las sentencias reductoras suelen ser la consecuencia de enunciados normativos cuyo exceso de contenido justifica la supresión de ciertas normas –o sentidos interpretativos– que no se ajustan a la Constitución y la pervivencia de otras que sí son conformes con aquella. Contrario a lo que pasa con las sentencias aditivas y sustitutivas, en estos fallos no se añade ni sustituye significado alguno, sino que

se produce la supresión de los alcances de la disposición; entendido de otra forma: se restringe el significado⁹⁴⁸.

Díaz Revorio expresa que estos fallos pueden adoptar formas variadas, siendo las más frecuentes las que suponen la declaración de inconstitucionalidad del precepto –concepto equivalente al complejo normativo formado por la disposición y la norma o normas que derivan de aquella– “en cuanto incluye, en cuanto es aplicable, o en la parte en que prevé o en la parte en que no excluye la aplicación a cierto supuesto, o en general cierta norma...”⁹⁴⁹. Por ello mismo, el autor refiere que este tipo de sentencias suelen recaer sobre preceptos que “pecan” de demasiada generalidad, ambigüedad o exceso, por lo que, echando mano del principio de conservación de la ley y advirtiendo la inconveniencia de los vacíos innecesarios, así como teniendo en cuenta las exigencias de seguridad jurídica, se ve justificado salvar la parte del contenido normativo que es conforme con la Constitución⁹⁵⁰. De esa forma, el recurso de los fallos reductores se justifica en la necesidad de delimitar los contenidos normativos que deben ser salvados, frente a los que deben ser expulsados, extremos que quedan de manifiesto en el pronunciamiento que se emite, pero no en el texto de la disposición objeto de examen.

A decir de Bazán, estas sentencias “entrañan una interpretación restrictiva del radio de aplicación del precepto legal objetado para compatibilizarlo con la Constitución y, como producto del proceso hermenéutico, la disposición deja de resultar aplicable en uno o más supuestos contenidos abstractamente en su texto”⁹⁵¹. La expresión *radio de acción*, utilizada por el jurista argentino, permite

⁹⁴⁸ En esa línea, Díaz Revorio expresa sobre estas que:

Son las que señalan que el precepto es inconstitucional «en la parte en que...» o «en cuanto...» prevé o incluye «algo» contrario a la norma fundamental. En este caso, la inconstitucionalidad no afecta el texto, pero sí al contenido normativo, que puede ser considerado inconstitucional «por exceso».

Véase: Díaz Revorio, Francisco Javier, “La tipología de los pronunciamientos...”, *cit.*, p. 58.

⁹⁴⁹ Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *cit.*, pp. 132 y 133. La connotación que el autor citado atribuye al término *precepto* puede ser hallado en p. 25.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 134.

⁹⁵¹ Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, *cit.*, p. 732.

advertir que lo que es objeto de reducción tiene que ver con elementos como los alcances subjetivos, territoriales o materiales de la disposición objeto de control.

Un ejemplo local de esta sentencia interpretativa es la dictada el 8 de julio de 2009 (Exp. 1210-2007), en la que el tribunal constitucional examinó la legitimidad constitucional de la literal h) del artículo 223 de la LEPP, contentiva de la prohibición de informar, dar a conocer e inaugurar públicamente obras públicas durante el período previo a la fecha de las elecciones generales. En la forma como estaba regulada la proscripción se entendía que esta era dirigida a todos los guatemaltecos, independientemente de estar en ejercicio o no de una función pública; no obstante, la CC delimitó los alcances de la disposición, a efecto de definir que lo prohibido era evitar la actividad propagandística partidaria con fondos públicos. Véase:

En tal virtud y con base a los principios de *interpretación conforme la Constitución y de conservación de la ley*, cuya naturaleza doctrinaria fuera ya referida, y atendiendo a la técnica de la utilización de las sentencias de tipo *interpretativo*, citada y que fuera utilizada en oportunidades pasadas por esta Corte, se considera pertinente respecto de la norma impugnada, confirmar la reserva interpretativa emitida en el auto de ocho de mayo de dos mil siete, en el sentido de que: *“la prohibición contenida en la literal h) del artículo 223 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, comprende únicamente a los funcionarios indicados en el tercer párrafo del artículo 223 de la Constitución Política de la República, siendo éstos el Presidente de la República, los funcionarios del Organismo Ejecutivo, los alcaldes y los funcionarios municipales, y que los vocablos ‘informar’, ‘dar a conocer’ e ‘inaugurar públicamente’, a que se hace alusión en dicha literal, deben ser entendidos como información de tipo ‘propagandístico’, únicamente si el pago para llevar a cabo tales actos es cubierto con fondos públicos, respecto de la obra y actividades realizadas; al efecto, los gastos relativos a este rubro, durante el proceso electoral, deberán ser reparables por la Contraloría General de Cuentas”*.

En consecuencia, la inconstitucionalidad planteada debe declararse sin lugar, pero con la reserva interpretativa antes referida y en tal sentido deberá resolverse⁹⁵².

En el segmento resolutivo del último fallo se declaró sin lugar la inconstitucionalidad, pero se confirmó la reserva interpretativa dispuesta desde la suspensión provisional de la disposición normativa; esta es coincidente con lo establecido en el fragmento transcrito, el cual permite apreciar que en el discurso –debidamente justificado– contenido en la parte considerativa interpretativo se plasmó la restricción de los alcances de la disposición censurada o, si se quiere ver así, la extensión de su sentido interpretativo. La definición de los alcances de un enunciado, por medio de este tipo de sentencias, facilitan su aplicación en la práctica y evitan que se tomen decisiones más drásticas que conllevarían a provocar vacíos indeseables; igualmente, tornan innecesario motivar la actuación parlamentaria para reconfigurar el texto de la disposición.

Las bondades que conllevan el tipo de sentencias que se comentan, en cuanto a facilitar la aplicación de la preceptiva cuestionada, se ponen de manifiesto cuando se ha examinado la constitucionalidad de disposiciones normativas tributarias, tal como en la SCC de 18 de diciembre de 2012 (Exp. 2836-2012), que, entre otras, fue dirigida contra el artículo 3 del Decreto 4-2012 del CR, contentivo de las *Disposiciones para el Fortalecimiento del Sistema Tributario y el Combate a la Defraudación y al Contrabando*, en la cual, en la parte motivante, se advirtió la necesidad de realizar la siguiente reducción:

De esa manera, siendo que el período impositivo de esos contribuyentes es anual, y la reforma que prescribe el artículo 3 impugnado, entró en vigencia a partir del veinticinco de febrero de dos mil doce, ese hecho sí alteró inesperadamente el período impositivo para el período fiscal del año dos mil doce. Sin embargo, este Tribunal estima oportuno hacer la consideración que **no se puede aplicar el mismo criterio para estimar que desde el punto de la seguridad jurídica, ese**

⁹⁵² SCC de 8 de julio de 2009 (Exp. 1210-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/809693.1210-2007.pdf>

hecho podría afectar a todos los contribuyentes que se encuentran en ese régimen, sino que únicamente a aquellos que al inicio de ese período hasta la fecha anterior en que entró en vigencia la norma, es decir, el veinticuatro de febrero de dos mil doce, toda vez que, para el efecto, la referida Ley expresamente dispone, por un lado, que los contribuyentes que deseen optar por ese régimen deberán presentar un aviso a la Administración Tributaria durante el mes anterior al inicio de la vigencia del nuevo período en que desean inscribirse, y por otra parte, deberá hacer tal declaración, al inscribirse como contribuyente nuevo ante la Administración Tributaria. [...] En razón de lo anterior, **esta Corte considera que no es procedente acoger la tesis del accionante en cuanto el artículo 3 de indicado decreto, pero sí dejar la reserva interpretativa** de que, en cuanto a los contribuyentes que estuvieran inscritos antes del veinticuatro de febrero de dos mil doce, dentro del régimen especial contenido en el artículo 72 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, al momento de la liquidación respectiva del período impositivo correspondiente del uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil doce, la cual, formalmente deben presentar dentro de los meses de enero a marzo del año dos mil trece, determinarán el pago del impuesto sobre la renta que les corresponde, conforme a su renta imponible que resulte de la depuración de su renta bruta, de acuerdo a las deducciones establecidas en el artículo 39 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (Decreto 26-92 del Congreso de la República), sin tomar en cuenta la reforma dispuesta en el artículo 3 referido⁹⁵³ [el énfasis es añadido].

Los segmentos transcritos de las sentencias relacionadas ponen de manifiesto que, en efecto, por su conducto, se realizó reducción de los alcances de los enunciados que fueron objeto de cuestionamiento; ello se ve justificado ante la necesidad de lograr un régimen tributario justo, tal como el que aspira el texto fundamental. Esa acción jurisdiccional se justifica ante lo ineficaz que pudiera resultar una decisión tradicional que solo suponga declarar procedente o no el planteamiento.

⁹⁵³ SCC de 18 de diciembre de 2012 (Exp. 2836-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/821215.2836-2012.pdf>

En tiempos recientes, la CC emitió la SCC de 23 de abril de 2019, por la que examinó la constitucionalidad de algunos artículos de la LEPP, uno de estos era el 220, concierne a la distribución igualitaria de recursos públicos para espacios y tiempos en los medios de comunicación social. Este enunciado normativo contiene siete literales, habiéndose cuestionado expresamente la g), en sus tres párrafos. En el primero se hace referencia a que el Tribunal Supremo Electoral aplicará una “tarifa electoral” para los espacios y tiempos en los medios de comunicación social y, en el tercero, se establece que esa tarifa será del veinte por ciento del valor resultante del promedio de la tarifa comercial, calculándose por modalidad de medio de comunicación que se trate. Ante la duda generada por la redacción de la disposición normativa en cuanto a si todos los medios de comunicación estarían sujetos a aquel porcentaje, el tribunal constitucional se vio en la necesidad de precisar lo siguiente:

Sin perjuicio de lo anterior, se estima necesario poner en relieve que el texto de la norma cuestionada [Artículo 220, literal g), de la Ley Electoral y de Partidos Políticos] **debe interpretarse en el sentido que las entidades a las que les aplicará la *tarifa electoral* del veinte por ciento [20%] del valor que resulte del promedio de la tarifa comercial, son los medios de comunicación que utilizan frecuencias radioeléctricas por usufructo otorgado por el Estado o que requieren de autorización gubernamental para operar, no así los que estén fuera de tal categoría.** Por ende, esa tarifa no debe ser aplicada para el caso de la contratación con aquellos medios que no se encuentren comprendidos dentro de tales categorías, es decir, los que no utilizan frecuencias radioeléctricas para la realización de sus actividades ni requieren de autorización del Estado para poder operar como medio de comunicación [verbigracia los medios de comunicación escrita]. Esa diferenciación no constituye contravención a principios constitucionalmente protegidos ni a normas de carácter fundamental, porque no se trata de situaciones que posean identidad: la circunstancia que unos entes funcionen mediante la utilización de bienes del Estado o requieran de autorización gubernamental para poder operar, permiten que la regulación de su actividad pueda ser regulada de forma distinta a aquellos que funcionan en circunstancias

disímiles... [el énfasis es añadido].

En el segmento resolutivo de la sentencia se dispuso lo siguiente:

III. Se formula reserva interpretativa con relación al Artículo 220, literal g), de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, el cual debe entenderse en el sentido que las entidades a las que les aplicará la *tarifa electoral* del veinte por ciento [20%] del valor que resulte del promedio de la tarifa comercial, son los medios de comunicación que utilizan frecuencias radioeléctricas por usufructo otorgado por el Estado o que requieren de autorización gubernamental para operar, no así los que estén fuera de tal categoría. Por ende, esa tarifa no debe ser aplicada para el caso de la contratación con aquellos medios que no se encuentren comprendidos dentro de tales categorías, es decir, los que no utilizan frecuencias radioeléctricas para la realización de sus actividades ni requieren de autorización del Estado para poder operar como medio de comunicación [verbigracia los medios de comunicación escrita]⁹⁵⁴.

Los fragmentos transcritos del fallo relacionado dan cuenta de lo afortunado que pueden resultar los pronunciamientos constitucionales reductores, dado que, sin necesidad de modificación del texto, se hizo la precisión correspondiente, reduciendo los alcances de la disposición censurada. Se advierte consistente la motivación de la reducción plasmada en congruencia con los fines de la regulación legal que no fueron debidamente reflejados en el texto normativo, así como con la posibilidad de que el Estado pueda gozar de la disposición de los recursos radioeléctricos propios que ha dado en concesión y con la oportunidad en que se emitió la resolución, en el que hubiera sido sumamente gravoso que se asumiera que la precisión de los alcances debían provenir forzosamente de a actividad parlamentaria.

También puede decirse que contienen fragmentos con alcances reductores las

⁹⁵⁴ SCC de 23 de abril de 2019 (SCC 1699-2018). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/841664.1699-2018.pdf>

sentencias dictadas el 13 de octubre de 2003 (Exp. 368-2002)⁹⁵⁵, el 10 de junio de 2014 (Exp. 5298-2013)⁹⁵⁶ y el 5 de octubre de 2017 (Exp. 5956-2016)⁹⁵⁷, entre otros pronunciamientos que, por vía de asignación de sentidos interpretativos, comprimen los límites naturales de los enunciados normativos.

7.1.1.3 Reflexión sobre las bondades de las sentencias interpretativas comentadas

Los ejemplos de fallos interpretativos comentados en los apartados anteriores dan cuenta que la CC no ha quedado al rezago de las tendencias procesalistas que propugnan por dar fuerza normativa a la carta fundamental por medio de la definición de los alcances de los sentidos interpretativos, lo que se pone de manifiesto en los argumentos plasmados en las sentencias.

Se comparten los postulados de la doctrina en cuanto a que los fallos como los que fueron analizados son el resultado de la observancia de los principios de conservación de la ley y de interpretación conforme. Con base en estos ha sido posible encontrar sentidos interpretativos que encuentran concordancia con el texto constitucional, conteniendo la natural inclinación del juez, que se rige por la literalidad de las disposiciones procesales, de simplemente estimar o desestimar los planteamientos.

De conformidad con las funciones que cumplen las sentencias comentadas, las decisiones interpretativas permiten seleccionar la norma –sentido interpretativo– que deriva del enunciado examinado que se ajusta a la Constitución; así también, evitar lagunas legales, aclarar términos poco precisos y fijar límites que no pueden

⁹⁵⁵ SCC de 13 de octubre de 2003 (Exp. 368-2002). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/792068.368-2002.pdf>

⁹⁵⁶ SCC de 10 de junio de 2014 (Exp. 5298-2013) Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824969.5298-2013.pdf>

⁹⁵⁷ SCC de 5 de octubre de 2017 (Exp. 5956-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837104.5956-2016.pdf>

ser rebasados; todo ello dentro de los límites constitucionales a efecto de lograr la más amplia protección de los derechos humanos, sin invadir competencias de los órganos legislativos.

Ciertamente, el repertorio de fallos de la CC que modulan los sentidos interpretativos es más amplio; no obstante, la selección de ejemplos ha estado motivada por lo didáctico de los contenidos de los que fueron analizados, pudiendo advertirse en estos que, consciente o inconscientemente de que se optaba por soluciones inusuales, en la mayoría de casos, en las consideraciones argumentativas quedaron plasmadas las razones que justifican la inclinación por la formas de solución de las inconstitucionalidades, lo que se traduce en el loable esfuerzo de encontrar creativamente caminos para hacer prevalecer los postulados constitucionales.

Al estar claros de la importancia de las sentencias analizadas y para cerrar el abordaje del subtema, conviene traer a cuenta que, según el profesor Pizzorusso, los principales problemas que derivan de la emisión de este tipo de fallos –en especial de las expresiones manipulativas– radican en determinar si deben incluirse en el catálogo de fuentes del Derecho y si vienen a limitar la libertad interpretativa de los aplicadores de las disposiciones sobre las cuales se hizo precisión de sentidos interpretativos. Al respecto, el connotado jurista sostiene que los fallos del tribunal que interpretan disposiciones constitucionales “tienen eficacia de fuente constitucional, sólo en los límites en los que puede hablarse del precedente como una Fuente del Derecho”⁹⁵⁸; esto es así, porque, según su parecer, la *ratio decidendi* –que es donde usualmente se deja constancia de los sentidos de la disposición interpretada– está asistido de la eficacia de un precedente⁹⁵⁹. Lo referido en cuanto a la calidad de fuente jurídica de las sentencias interpretativas es compartida por el tesista, pero insiste en algo que se dejó establecido en los numerales 6.4 y 6.5 del capítulo III: que la razón por la que

⁹⁵⁸ Pizzorusso, Alessandro, “Las sentencias ‘manipulativas’...”, *cit.*, p. 295.

⁹⁵⁹ *Loc. cit.*

deben ser seguidos los fallos del tribunal constitucional, en especial, los que definen sentidos interpretativos, obedece a la fuerza especial vinculante de que están revestidos los pronunciamientos de ese alto órgano jurisdiccional.

7.1.2 Sentencias exhortativas

Este tipo de fallos también son denominados *apelativos, con aviso o monitorios*⁹⁶⁰; sin embargo, en el presente trabajo se toma partido por llamarlos tal como se titula este segmento de tesis, ya que ese sustantivo comporta la amplia posibilidad de efectuar cualquier tipo de “exhortación”, actividad que, según la segunda acepción que le atribuye el Diccionario de la Lengua Española, implica “advertencia o aviso con el que se intenta persuadir”⁹⁶¹, lo que, aplicado a las sentencias objeto de estudio, implica que el pronunciamiento porta una persuasión, apelación, recomendación o aviso –no una orden– respecto de la necesidad de motivar la producción normativa, a fin de crear nuevas disposiciones o, bien, modificar o complementar las existentes.

Ha de indicarse que algunos juristas presentan las resoluciones constitucionales exhortativas como variedad de las sentencias manipulativas interpretativas⁹⁶²; sin

⁹⁶⁰ El jurista mexicano Figueroa Mejía las desarrolla como sentencia monitoras y refiere que la técnica proviene de Italia, donde se le ha desarrollado en las siguientes manifestaciones: “suggerimenti autorevoli”, “avvertimenti”, “moderati inviti”, “commandamenti”, “sentenze-legge”, “sentenze indirizzo”, “sentenze monitorie”, “sentenze prescrittive”, “sentenze legislative”, “sentenze prescrittive”, “sentenze legislative” y “sentenze deleganti”; añade que en las doctrinas española y latinoamericana, esta manifestación atípica de fallos es conocida como “recomendaciones al legislador”, “sentencias admonitorias”, “sentencias apelativas” y sentencias exhortativas, definiéndolas en los siguiente términos: “este tipo de sentencias son un medio utilizado por diversos tribunales para salvar la constitucionalidad de la ley, pero invitando al legislador a modificarla. Cfr.: Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, pp. 197 y 198.

⁹⁶¹ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23a. ed., Madrid, Real Academia Española/ESPASA, decimotercera edición, 2014. Definición disponible en línea en la página electrónica: <http://dle.rae.es/?id=HF6qbfA>. Consultado el 19 de enero de 2018.

⁹⁶² Como ejemplo, véase: Sagüés, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas”..., *cit.*, pp. 192 y 193. Así también: García Toma, Víctor, “El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)”, *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP/ Universidad de Friburgo, 2006, p. 207.

embargo, basado concretamente en las expresiones de esos pronunciamientos producidos en la jurisprudencia constitucional guatemalteca, se disiente de cualquier pretensión de clasificarlos de esa manera porque el carácter atípico no deriva de la modulación de sentido interpretativo alguno, sino de contener llamados –no previstos ni en el diseño primigenio ni en la normativa procesal– dirigidos a órganos específicos para que actúen de determinada manera, normalmente al creador de la disposición objetada para que supere deficiencias detectadas.

La mayoría de los pronunciamientos de este tipo ha resultado menos controversial que los interpretativos, porque el hecho de contener indicaciones, sugerencias, recomendaciones o propuestas, para los emisores de los enunciados normativos, no es visto como una invasión de la órbita de las funciones legislativas ni es percibido con el mismo nivel de desconfianza que, para muchos, provocan las variedades de sentencias interpretativas. Esa afirmación se hace haciendo la salvedad que algunas modalidades de decisiones exhortativas pueden ser tomadas como invasivas o consentidoras de la permanencia de disposiciones inconstitucionales.

Como se expuso en el párrafo precedente, la atipicidad de estas sentencias es consecuencia de contener recomendaciones, directrices de actuación, o bien exhortaciones –de ahí su nombre–, que, por lo común, pueden ser dirigidas al órgano creador de la disposición normativa examinada⁹⁶³. Si bien el diseño

⁹⁶³ Dentro de los fallos exhortativos producidos en el tribunal constitucional guatemalteco pueden ser encontrados ejemplos de resoluciones que contienen apelaciones que no han ido dirigidas forzosamente al creador de la disposición normativa examinada, sino al responsable de propiciar las condiciones generales de inconstitucionalidad. Como caso concreto, se evoca una SCC de 8 de mayo de 2007 (expediente 1179-2005), dictada en ocasión de un planteamiento de inconstitucionalidad impetrada contra un acuerdo de un concejo municipal que disponía la realización de consultas comunitarias de buena fe para conocer la percepción de la población indígena del municipio con relación a proyectos de desarrollo minero en su territorio; en esta se advirtió la necesidad de exhortar al CR para que legislara la forma cómo debían desarrollarse esas consultas a fin de desarrollar la normativa que permitiera dar cumplimiento al artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/814516.1179-2005.pdf>

primigenio de la inconstitucionalidad abstracta y la regulación contenida en las leyes procesales constitucionales no vislumbró expresamente que, por este conducto, se resolviera instando la actividad normativa, a juicio del tesista, motivar esa actuación no riñe con las previsiones del diseño originario; en todo caso, este tipo de resoluciones se ve justificada por la posibilidad de dar solución a serios problemas jurídicos que la autoridad creadora de las disposiciones no tuvo el alcance de prever o por la necesidad de superar las dificultades que acaecen ante la producción accidentada e, incluso, previsible de lagunas legales.

Los requerimientos que se formulan pueden presentar variadas formas; empero, haciendo un esfuerzo de síntesis se afirma que suelen apelar: (a) la sustitución de algún enunciado normativo cuya expulsión ocasiona un vacío legal en el ordenamiento jurídico; (b) la modificación de alguna disposición para ajustar su contenido al texto constitucional; (c) la corrección o complementación de algún enunciado normativo, derivado de advertir que le falta algún elemento para convertirla en constitucional; (d) la emisión de alguna disposición normativa para hacer efectivos los derechos fundamentales, así como los principios y valores constitucionales; y (e) la experiencia jurisdiccional local también demuestra que esta modalidad ha sido utilizada también para exhortar la observancia de alguna conducta –no normativa–, porque, de no proceder, podría acaecer una situación inconstitucional⁹⁶⁴.

Lo expresado encuadra dentro de los requerimientos que, según el profesor Fernández Rodríguez, puede formular el tribunal constitucional mediante este tipo de sentencias, a saber: “[e]stas exhortaciones, que aparecen como *obiter dictum*,

⁹⁶⁴ Ejemplo de lo expresado puede ser hallado en la SCC de 10 de febrero de 2011 (Exp. 3636-2009), en cuyo segmento resolutivo se dispuso:

II. Se exhorta al Organismo Legislativo a que, en los procedimientos para la elección de funcionarios públicos que se desarrollen de conformidad con las normas de la Ley de Comisiones de Postulación, continúe adoptando el procedimiento de votación pública, para el efectivo cumplimiento de la Constitución Política de la República, las leyes ordinarias y lo considerado por esta Corte, para que se vote de manera individual por cada uno de los candidatos que integren las distintas nóminas remitidas en su oportunidad por la respectiva Comisión de Postulación y según el cargo que corresponda elegir.

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815995.3636-2009.pdf>

señalan los principios que han de seguirse en la elaboración de la nueva ley y admiten varias formas de enunciarse, que van desde el simple consejo hasta fórmulas más coactivas⁹⁶⁵, aunque, ha de reconocerse que, como refiere Garrorena Morales, algunas veces, más que recomendaciones o señalamiento de principios, estas contienen “instrucciones detalladísimas que no dejan al Parlamento más tarea que la de dar a aquellas decisiones forma articulada”⁹⁶⁶.

Landa se refiere a las sentencias exhortativas, denominándoles también “interpretativas-normativas diferidas” –lo que supone que las categoriza como interpretativas–, indicando que, por conducto de estos fallos,

...el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales⁹⁶⁷.

La definición anterior contiene el elemento del que se ha venido hablando en este apartado: la exhortación o llamada al órgano creador de disposiciones normativas para que accione; no obstante, se insiste, con apoyo en la experiencia jurisdiccional guatemalteca, que el carácter exhortativo –en cuanto conlleva una persuasión o recomendación– no radica en que deba ser estimar el planteamiento de inconstitucionalidad y de producirse un vacío normativo, como advierte el

⁹⁶⁵ Fernández Rodríguez, José J., “Las sentencias constitucionales...”, *cit.*, p. 1346. De igual manera, con relación a las apelaciones contenidas en esos fallos, Castro Cruzatt indica:

El catálogo de exhortaciones o recomendaciones al legislador, que presenta distintos caracteres y matices, permite identificar como uno de los rasgos distintivos de estos mensajes su pretensión de incentivar la actividad normativa mediante la persuasión, sugiriendo el dictado o la modificación de una norma legal e incluyendo a veces orientaciones sobre su contenido.

Véase: Castro Cruzatt, Karin, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁶⁶ Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁶⁷ Landa, César. “Las sentencias atípicas...”, *cit.*, p. 615.

connotado jurista peruano, pues exhortar puede ser la consecuencia de diversas motivaciones⁹⁶⁸.

Sobre la base de lo expuesto en las líneas referentes, se define este tipo de sentencias como **las emitidas por los tribunales constitucionales en ocasión de realizar el examen de legitimidad constitucional de disposiciones normativas, con las cuales se exhorta la actuación de autoridades estatales específicas, especialmente a las creadores de las disposiciones normativas examinadas, ya sea para sugerir la emisión de un nuevo enunciado, reformar el existente para corregirlo o complementarlo o, bien, motivar el desarrollo de acciones que permitan ajustar el texto normativo examinado a los preceptos constitucionales.**

Precisadas las notas características de la construcción jurídica que se comenta y, sobre esa base, establecida una definición, conviene ahora hacer análisis de la producción de sentencias exhortativas por parte de la CC, evocando, en primer término, el fallo emitido el 7 de febrero de 2006 (Exp. 2706-2005), que fue uno de los primeros de ese tipo y el cual fue dictado en ocasión de examinar la constitucionalidad del artículo 50, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Mercantil, concretamente en la frase que establecía: “así como los timbres forenses”, la cual facultaba a los tribunales del país a rechazar de plano los memoriales que no llevaran adheridos los relacionados timbres. El tribunal constitucional acogió el planteamiento, por considerar que concurría contravención a los derechos de petición y de libre acceso a tribunales, consagrados en los artículos 28 y 29 de la CPRG. Como producto del vacío suscitado con la decisión

⁹⁶⁸ En esto coincide el jurista argentino Bazán, al destacar la flexible amplitud de las sentencias exhortativas, que se caracterizan porque

...pueden aparecer tanto en decisiones *desestimatorias de la inconstitucionalidad* de la disposición enjuicia, en cuyo caso tal vez el encargo al legislador aparezca como una salida alternativa a la determinación de inconstitucionalidad, o bien en *decisiones estimatorias* que declaran la inconstitucionalidad de la norma analizada.

Véase: Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, cit., p. 205.

estimatoria, determinó pertinente realizar la exhortación referida en el siguiente párrafo:

[S]i bien no deben ser rechazados los escritos que se presenten ante las autoridades judiciales por el hecho de no llevar adheridos los timbres forenses y que éstos constituyen los medios por los cuales se satisface un impuesto creado en la Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial, Decreto número 82-96 del Congreso de la República, con el fin de emplear los recursos que se recauden con los mismos en el desarrollo de los programas de prestaciones sociales establecidos en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, para no perjudicar el logro del referido fin y ante la declaratoria de inconstitucionalidad de la frase normativa impugnada y su expulsión del ordenamiento jurídico, así como de la derogatoria del inciso a) del artículo 6º de la referida ley, **esta Corte exhorta al Congreso de la República a efecto de regular** que la presentación de un escrito ante las referidas autoridades del ramo civil y mercantil, sin llevar adheridos los timbres forenses correspondientes, debe motivar que dicha autoridad solicite la subsanación de tal defecto. Ello se propone para evitar que se produzca una laguna legal...⁹⁶⁹ [el énfasis es añadido].

La exhortación contenida en el párrafo transcrito solo quedó plasmada en la parte considerativa o motivante; sin embargo, en posteriores fallos, se ha estilado consignarla en el segmento resolutivo; ejemplo de ello, es el fallo de 14 de marzo de 2012 (Exp. 4238-2011), en la que se examinó la inconstitucionalidad de ley de carácter general parcial de los artículos 1, 2, 61 y 62 de la Ley General de Telecomunicaciones, en el que consideró la necesidad de superar una actividad omisa para posibilitar el acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales. Lo considerado se reflejó en la parte resolutive en la que se declaró lo siguiente:

⁹⁶⁹ SCC de 7 de febrero de 2006 (Exp. 2706-2005). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807260.2706-2005.pdf>

I. Sin lugar la acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general promovida en forma parcial por la Asociación Sobrevivencia Cultural, por medio de su Mandatario Especial Administrativo con Representación, Anselmo Xunic Cabrera, de los artículos 1, 2, 61 y 62 de la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 94-96 del Congreso de la República de Guatemala; sin embargo, se exhorta al Congreso de la República para que, de acuerdo a lo considerado en el presente fallo, emita la normativa correspondiente en virtud de la cual se regule la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales⁹⁷⁰ [el subrayado es añadido].

La práctica jurisdiccional ha demostrado que este tipo de fallos han presentado variados contenidos, pudiendo llevar consigo desde simples consejos, recomendaciones o llamados al creador de las disposiciones normativas hasta – como se dijo con antelación– formas más coactivas para instar determinada regulación. Al respecto, se advierte que ordenar coactivamente la actuación del órgano emisor de la disposición normativa resulta controvertido, principalmente cuando la orden es dirigida al Poder Legislativo, tanto por la alta jerarquía del órgano estatal como por lo antitécnico que resulta que en el control constitucional normativo, mecanismo procesal en la cual no se examina un acto concreto de autoridad –no normativo– como se hace en los amparos, se origina una orden o conminatoria, cuando que los efectos natos de la garantía instada son muy lejanos a la emisión de una orden. Por ello mismo, cuando es a estos a los que se les dirige la directriz, es más adecuado efectuarles simple exhortación o recomendación.

A pesar de la apreciación anterior, en el repertorio jurisprudencial de la CC se halla la SCC de 1 de junio de 2010 (Exp. 794-2010), que contiene una orden. Esa resolución que dictada dentro del expediente correspondiente a la

⁹⁷⁰ SCC de 14 de marzo de 2012 (Exp. 4238-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/819600.4238-2011.pdf>

inconstitucionalidad general parcial dirigida contra el artículo 89, inciso 3º, del Código Civil, el cual contenía una regulación discriminatoria hacia la mujer y específicamente, hacia la mujer divorciada, pues prohibía que la mujer que se encuentra divorciada, a pesar de tener libertad de estado, contraer matrimonio libremente, y la vulneración se concretaba cuando al hombre divorciado, bajo las mismas circunstancias, no se le aplicaba esa prohibición. Esa disposición tenía como fin asegurar las relaciones paterno-filiales, lo cual tal vez era justificable en épocas en las que los avances de la tecnología hacían necesario ese tipo de medidas, pero ya no con la posibilidad de determinar la filiación con un examen de ácido desoxirribonucleico –ADN–. Al acogerse el planteamiento y advertir que quedaba un vacío en cuanto a la condición en que quedaban los niños nacidos dentro de los trescientos días posteriores a que se produjera el divorcio, se dispuso lo siguiente en el apartado resolutivo:

I. Con lugar la Inconstitucionalidad General Parcial del inciso 3), del artículo 89 del Código Civil, formulada por María Eugenia Morales Aceña de Sierra, en su calidad de Procuradora Adjunta I de la Institución del Procurador de los Derechos Humanos. Consecuentemente, su pérdida de vigencia y efectos se retrotraerá, en atención al pronunciamiento de mérito y lo establecido en el artículo 141 de la ley de la materia, a la fecha de publicación de la suspensión provisional, decretada el doce de marzo de dos mil diez. **II. Se ordena al Congreso de la República**, que en atención a lo considerado en este fallo, dicte la normativa correspondiente en virtud de la cual se aborde bajo los parámetros aludidos, la temática de los hijos nacidos en los trescientos días posteriores a la disolución de un vínculo conyugal⁹⁷¹ [el subrayado es añadido].

No se tiene el mismo reparo, en cuanto a la posibilidad de que la motivación de la actuación del creador de la disposición normativa se realice por medio de una orden, si esta es dirigida a órganos distintos de los titulares de los poderes estatales, a los que, dada su jerarquía, sí podrían formularse directrices más

⁹⁷¹ SCC de 1 de junio de 2010 (Exp. 794-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/809660.794-2010.pdf>

determinantes e incluso establecer plazos para su cumplimiento. Así lo hizo la CC en el segmento resolutivo del fallo que a continuación se transcribe.

Se le fija a la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social el plazo de diez días, contados a partir del día siguiente de la fecha en que se publique este fallo en el Diario de Centro América, **para que emita el artículo que sustituya al declarado inconstitucional**, y modifique el artículo 14 del Reglamento en cuestión, según lo considerado en este fallo⁹⁷² [el énfasis es añadido].

Así pues, en casos de examen de una disposición que no deriva de los altos poderes estatales, sino que de autoridades de rango inferior, según el tesista, sí puede optarse por una alternativa más coactiva y no limitarse a una simple recomendación, tal como sucedió al emitir la SCC de 16 de noviembre de 2015 (Exp. 1006-2014)⁹⁷³.

El señalamiento de tiempos precisos para cumplir con las exhortaciones da lugar a controversias, principalmente si ello va dirigido contra un poder estatal; lo cierto es que, si se deja abierto al tiempo el cumplimiento de exhortaciones, se corre el riesgo de que no se atienda la recomendación o directriz; por ello, es adecuado referir que el llamado a actuar, conforme lo exhortado, debe atenderse, por lo menos, en un “plazo razonable”, pero haciendo precisión de los elementos que determinarán la razonabilidad del tiempo que se establece para cumplir.

No puede dejarse de comentar un caso singular en el que se detectó un estado de cosas inconstitucional, pero no producido necesariamente por la regulación contenida en las disposiciones normativas cuestionadas, sino por advertir la necesidad de superar esa situación. Ello provocó la necesidad de optar por una

⁹⁷² SCC de 29 de marzo de 2006 (Exp. 2770-2004). Llama la atención que los términos utilizados en el fallo –fijación de plazo– son más usuales en las denuncias de inconstitucionalidad de actos de autoridad no normativos. Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807246.2770-2004.pdf>

⁹⁷³ SCC de 16 de noviembre de 2015 (Exp. 1006-2014). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/830004.1006-2014.dpf>

exhortación al legislador para que efectuara la corrección correspondiente vía producción normativa. Esto se produjo al examinar la inconstitucionalidad general parcial dirigida contra los artículos 5, 12 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos; 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal; 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial; y 274 del Código Penal. Quienes motivaron el planteamiento indicaban que esos enunciados normativos violaban, por omisión relativa, la Constitución, por cuanto que no brindaban protección a las comunidades indígenas en cuanto a sus conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales; por ello solicitaron la emisión de un fallo exhortativo con plazo, para superar la insuficiencia que se reprochaba de aquellas disposiciones, completándolas con las regulaciones que correspondieran. Al emitir sentencia, el 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016), la CC acogió el planteamiento únicamente en cuanto al artículo 11 ibídem y lo desestimó en cuanto al resto de enunciados normativos, por considerar que el estado de cosas inconstitucional no lo provocaba esa preceptiva normativa, pues era necesaria una regulación especial, la cual se recomendó emitir. Esa advertencia provocó la necesidad de que se hiciera análisis respecto de si la exhortación a realizar implicaba contravención al principio de congruencia. Véase:

El hecho que en el presente fallo no se acoja el planteamiento de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa dirigida contra los artículos 5, 12 y 113 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, así como 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial, implica que no se ha advertido la necesidad de reformar esos preceptos normativos, pues, según el profuso análisis contenido en el considerando que precede, lo ideal para proteger los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales es un cuerpo normativo específico que responda a las aspiraciones de protección permanente –no temporal– de las tejedoras indígenas. La falta de acogimiento referida no es óbice para que esta Corte, en virtud de ser receptiva de los argumentos de las accionantes y al sensibilizarse por el estado de cosas inconstitucional que se produce por la ausencia de una normativa protectora de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, aproveche la oportunidad para exhortar a los diputados del Congreso de

la República a que emitan la ley específica que brinde la necesaria protección a los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales de esas comunidades. Para ese efecto, deberán tener en cuenta que en las líneas finales del considerando anterior se dejaron plasmados algunos elementos que pudieran estar contenidos en ese cuerpo normativo. Lo antes expuesto no significa que este Tribunal resuelva inobservando el principio de congruencia o estricto derecho, ya que si bien se han advertido legítimos los reclamos de las accionantes y mercedores de la debida respuesta, se ha estimado que no es con la modificación de algunos de los enunciados legales cuestionados que se les puede brindar protección, sino en un instrumento normativo *ad hoc*. Además, si bien ello no fue expuesto como parte de sus pretensiones de fondo, por parte de las promotoras de la acción, se estima que la exhortación a que se emitan disposiciones legales específicas sobre la materia constituye una respuesta acorde a sus genuinas aspiraciones. Por las razones apuntadas, en el segmento resolutivo de esta sentencia también deberá hacerse exhortación al Organismo Legislativo en el sentido indicado⁹⁷⁴.

Lo antes transcrito permite advertir que las recomendaciones que se dirigen hacia el órgano legislador no coinciden con las pretensiones de las promotoras de la acción constitucional, pues, en el caso examinado, solicitaban una exhortación en un sentido distinto de la emitida por el tribunal. Proceder de esa manera se

⁹⁷⁴ SCC de 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837219.2112-2016.pdf>. Otro fallo que también merece análisis, para determinar si la exhortación realizada devino en contravención del principio de congruencia fue el emitido el 12 de febrero de 2018 (Exp. 2951-2017), en el que se examinó la constitucionalidad del artículo 407 “N”, segundo párrafo, del Código Penal, el cual tipifica uno de los supuestos de comisión del delito financiamiento electoral ilícito. En este, sin que fuera el argumento en el que el interponente apoyara su planteamiento, el tribunal constitucional detectó que la sanción aplicable a la conducta regulada en el párrafo cuestionado era desproporcionada, irracional e injusta; como consecuencia de ello, en la parte resolutive, se dejó plasmada la siguiente exhortación:

II. Se exhorta al Organismo Legislativo y a sus diputados para que luego del estudio de esta sentencia y de brindar participación a diferentes sectores de la sociedad, produzcan el proceso legislativo que pueda conllevar a la reforma del segundo párrafo del artículo 407 N del Código Penal –cuestionado en esta acción–, conforme las consideraciones de este fallo y tomando en cuenta los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia que debe revestir toda norma penal. Además, establezcan los elementos diferenciadores de la conducta administrativa contenida en la Ley Electoral y de Partidos Políticos y el tipo penal contenido en el segundo párrafo del artículo 407 N, del Código Penal.

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/838282.2951-2017.pdf>

justifica en el hecho que la sentencia es un pronunciamiento de carácter técnico por el que, razonadamente, debe determinarse si le asiste o no la razón a quienes instan la actividad jurisdiccional o si son otras las respuestas más adecuadas a las pretensiones que se intentan hacer valer.

Para concluir este inciso, es pertinente recalcar que las exhortaciones que han quedado plasmadas en las sentencias de la CC han presentado contenidos variados, que van desde apelar la regulación de determinados tópicos hasta que se observen conductas determinadas en la actividad legislativa. Ejemplo de esto último, es la SCC de 10 de febrero de 2011 (Exp. 3636-2009), en cuyo segmento resolutivo se consignó:

Se exhorta al Organismo Legislativo a que, en los procedimientos para la elección de funcionarios públicos que se desarrollen de conformidad con las normas de la Ley de Comisiones de Postulación, continúe adoptando el procedimiento de votación pública, para el efectivo cumplimiento de la Constitución Política de la República, las leyes ordinarias y lo considerado por esta Corte, para que se vote de manera individual por cada uno de los candidatos que integren las distintas nóminas remitidas en su oportunidad por la respectiva Comisión de Postulación y según el cargo que corresponda elegir⁹⁷⁵.

Igualmente, en la SCC de 30 de noviembre de 2016 (Exp. 3654-2014) quedó plasmada una exhortación bastante peculiar, al establecer: “Se exhorta a los juzgadores, a observar la recomendación formulada en el numeral IV de la parte considerativa del presente fallo”⁹⁷⁶. La singularidad estriba en que no fue dirigida una recomendación a los titulares de los poderes estatales y que no se establece la necesidad de emitir disposición normativa alguna, sino que se recomienda el seguimiento de lo establecido en un precepto legislativo, la doctrina y la interpretación precisada en el fallo, “con el objeto de garantizar que la remisión

⁹⁷⁵ SCC de 10 de febrero de 2011 (Exp. 3636-2009). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815995.3636-2009.pdf>

⁹⁷⁶ SCC de 30 de noviembre de 2016 (Exp. 3654-2014). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/828511.3454-2014.pdf>

obligatoria a otro cuerpo legal, debido al carácter de ley penal en blanco que recae en la norma cuestionada”. A juicio del tesista, en ese caso concreto, resultaba innecesario el uso de una forma exhortativa, pues, como bien se indicó en la parte conclusiva del capítulo III, los pronunciamientos interpretativos que emite el tribunal constitucional conllevan vinculatoriedad a los juzgadores que las aplican.

7.1.2.1 Variedades de sentencias exhortativas y su aplicabilidad en Guatemala

Desde el inicio del abordaje de las modalidades de fallos constitucionales atípicos se tuvo la intención de hacer un análisis particularizado conforme la tipología propia del autor del presente trabajo. A propósito, no se adelantó propuesta propia de subdivisión de las sentencias exhortativas, por estimarla innecesaria dado que, hasta hace poco tiempo, en suelo guatemalteco, la producción de este tipo de fallos no revelaba grandes variaciones, siendo común que las exhortaciones plasmadas en las sentencias eran solo tibias apelaciones con pocas variaciones entre sí, en cuanto a su contenido y fuerza.

Por lo anterior, para sistematizar las variedades de sentencias exhortativas, es preciso recurrir al apoyo que la doctrina proporciona; es por ello que se hace acopio de la clasificación que realiza el connotado iusconstitucionalista Sagüés⁹⁷⁷, quien divide estos fallos de la siguiente manera:

- a) **Sentencias exhortativas de delegación**, que son las que declaran inconstitucional un enunciado normativo y advierten al órgano emisor qué pautas debería satisfacer uno nuevo que sea compatible con la Constitución. Respecto de este subtipo, el profesor Esquiaga Ganuzas define, a las que *sentencias-delegación*, como las que “implican dar al legislador las pautas con las modificaciones legislativas que

⁹⁷⁷ Sagüés, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas...”, *cit.*, pp. 194 y 195.

necesariamente debe seguir para que el texto sea conforme con la Constitución”⁹⁷⁸.

- b) **Sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple**, que se presentan cuando el tribunal constitucional constata la inconstitucionalidad de la disposición normativa, pero no la invalida –por los efectos nocivos que ello podría causar–, por lo que sigue vigente; sin embargo, impone al órgano emisor el deber de suprimir la situación inconstitucional⁹⁷⁹; y
- c) **Sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria**, que se caracterizan por emitir pronunciamientos en el sentido que el enunciado normativo es todavía constitucional, o no es del todo conforme con la Constitución, por lo que insta la emisión de una nueva regulación. Con ello se declara la constitucionalidad “endebles o precaria”.

En congruencia con lo expresado en el primer párrafo de este subinciso, se reitera que el recuento de las sentencias en las cuales la CC ha dejado plasmadas exhortaciones da cuenta que la mayor parte de esos fallos ha tenido por objeto instar la actuación del órgano emisor de la disposición normativa y superar la laguna legal originada con la expulsión de preceptos normativos declarados inconstitucionales o una situación inconstitucional detectada en el examen realizado. Ciertamente, esas expresiones, aunque se aproximan a los fallos exhortativos de delegación –principalmente si se toma como base la definición de Ezquiaga Ganuzas–, no encajan cabalmente en las notas características de los tipos a los que hace referencia Sagüés; ello se afirma porque la producción guatemalteca de sentencias exhortativas corresponde más a lo que Tomás y

⁹⁷⁸ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 132.

⁹⁷⁹ Este tipo de sentencias son equiparables a las que Bazán denomina también como “declaraciones de mera incompatibilidad”, de “inconstitucionalidad sin nulidad” y las presenta como una modalidad de sentencias atípicas, pero diferentes a las exhortativas y a otro subtipo: las apelatorias. Las decisiones de mera incompatibilidad suponen un pronunciamiento en el que se determina que “la norma enjuiciada es meramente inconstitucional (*bloss verfassungswidrig*), dejando al tribunal espacio al legislador para que sea éste quien seleccione la/s manera/s de superar la violación de la Constitución, es decir, la situación inconstitucional configurada”. *Cfr.*: Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, *cit.*, pp. 200 a 202.

Valiente denominaba “recomendaciones orientadoras” al legislador⁹⁸⁰, para superar determinadas falencias, independientemente de si formalmente el fallo es estimatorio o no, basta con detectar la necesidad de su actuación.

Por lo anterior, para estimar completa la clasificación anterior y encontrarle utilidad, en razón de la experiencia local, se propone agregar el tipo conformado por los **fallos exhortativos que conllevan simple recomendación a actuar**. Ejemplo de lo expuesto es la sentencia emitida el 28 de marzo de 2006 (Exp. 2394-2004), cuyo segmento resolutorio da cuenta de la estimatoria del planteamiento de inconstitucionalidad contra el artículo 222 de la LEPP, y de la exhortación realizada. Véase:

I) Con lugar el planteamiento de inconstitucionalidad general parcial del artículo 222 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, en el párrafo que dice “En caso de comprobarse la falsedad de la misma, la Superintendencia de Telecomunicaciones, previa resolución del Tribunal Supremo Electoral, ordenará la suspensión de transmisión del medio hasta la culminación del proceso electoral, sin perjuicio de las demás responsabilidades consiguientes.” Como consecuencia de tal declaratoria se expulsa del ordenamiento jurídico el citado párrafo, el cual dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la fecha de publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial. **II) Sin lugar** la solicitud de inconstitucionalidad en cuanto a las demás disposiciones impugnadas. **III) Dado que en virtud de lo resuelto en el presente fallo se provocará un vacío legal respecto de la sanción que generará la falsedad en la declaración de las tarifas aplicables a la propaganda electoral, esta Corte exhorta al Congreso de la República a legislar al respecto**, tomando en cuenta lo considerado en la presente sentencia⁹⁸¹ [el énfasis es añadido].

⁹⁸⁰ Tomás y Valiente, Francisco, “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 101 a 111.

⁹⁸¹ SCC de 28 de marzo de 2006 (Exp. 2394-2004). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807263.2394-2004.pdf>

Al seguir la clasificación de Sagüés, es preciso referir que en el repertorio guatemalteco sí se han producido fallos que establecen directrices a seguir para corregir vacíos normativos, como se produjo en la sentencia ya comentada emitida el 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016), en la que, a raíz de determinar un estado de cosas inconstitucional, se señaló la necesidad de emisión de una ley específica que permitiera corregir un vacío normativo absoluto detectado, estableciendo directrices específicas o una guía de actuación para ese efecto. Véase:

Con un ánimo propositivo y sin que ello signifique una sujeción a un contenido específico, esta Corte es del criterio que un cuerpo normativo *ad hoc*, en materia de propiedad intelectual colectiva indígena, pudiera contener como mínimo: **a)** el reconocimiento de ese tipo de propiedad –intelectual colectiva indígena–, su definición y alcances; **b)** precisión de los principios que la rigen –principalmente lo relativo a su titularidad y la no sujeción a temporalidad–, así como el objeto de protección; **c)** establecimiento de un sistema de registro de conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales –de tipo gratuito, facultativo y meramente declarativo–; **d)** indicación expresa de quienes están autorizados para su aprovechamiento –establecer si estos pueden ser objeto de licencia [nunca de cesión alguna]–; **e)** disposición de medidas preventivas y proscriptivas del uso inadecuado y no autorizado de la propiedad intelectual colectiva indígena; **f)** designación de autoridades estatales responsables de velar por el cumplimiento de las disposiciones normativas; **g)** previsión de mecanismos administrativos y procesales que garanticen a las comunidades la defensa de sus derechos; y **h)** determinación de cómo se garantizaría el reparto justo y equitativo de beneficios que deriven del aprovechamiento debidamente autorizado de quienes no pertenecen a los pueblos indígena⁹⁸².

No ha sido usual en la producción guatemalteca de sentencias que conlleven recomendaciones al legislador que queden plasmadas directrices puntuales sobre los contenidos de las disposiciones con las cuales se pueden colmar los vacíos

⁹⁸² SCC de 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837219.2112-2016.pdf>

inconstitucionales detectados. No obstante, en el fallo al cual pertenece el fragmento transcrito, con buenas razones, se optó por esa posibilidad, con lo cual, además de exhortativo, puede ser considerado como una expresión de pronunciamiento aditivo de principio.

Como aconteció en el caso citado, en el que, a pesar de haber un planteamiento de inconstitucionalidad dirigido contra artículos concretos, se detectó –sin ser ese el propósito de las accionantes– la concurrencia de una omisión absoluta inconstitucional, ha de afirmarse que, en caso de prosperar una denuncia de inconstitucionalidad por omisión –variedad especial de planteamiento que será abordada más adelante–, la respuesta a esa falencia pudiera ser encontrada en una sentencia exhortación de delegación, como les llama Sagüés.

Con relación a las sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple, según la clasificación del citado jurista argentino, es menester indicar que un supuesto que podría dar cabida a la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa sin que se opte por su expulsión del ordenamiento jurídico es el de la estimación de una denuncia de inconstitucionalidad por omisión relativa. Ejemplo de ello es la SCC de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011), en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 201 Bis del Código Penal, al que se le endilgó contener una regulación insuficiente y discriminatoria al tipificar el delito de tortura, por la omisión de incluir: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”, supuestos contenidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Al acoger el planteamiento de inconstitucionalidad por omisión relativa, el tribunal optó por no expulsar la disposición objetada, sino apelar la actuación del CR. Véase:

Lo anterior permite concluir en la existencia de la inconstitucionalidad por omisión parcial del artículo 201 Bis del Código Penal, tomando en cuenta que su regulación incompleta trasgrede el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que recoge la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el artículo 149 del mismo cuerpo normativo supremo, en cuanto a que señala la obligación de que Guatemala norme sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y a libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos; por lo que debe declararse con lugar la acción instada, exhortando al órgano correspondiente a que realice lo legalmente pertinente de conformidad con sus facultades, a efecto de regular nuevamente la materia que el artículo cuestionado desarrolla⁹⁸³.

Otro ejemplo que merece la pena comentar es la SCC de 4 de junio de 2018 (Exp. 1732-2015), emitida en ocasión de haberse cuestionado la constitucionalidad del artículo 21 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, específicamente en el fragmento que, con relación a la declaración de probidad que presentan quienes trabajan en instituciones estatales, establece lo siguiente respecto los datos contenidos en esa declaración: "...deben tenerse como proporcionados bajo garantía de confidencialidad, se prohíbe su divulgación por cualquier medio y sólo...". En ese fallo, el tribunal constitucional se declaró la inconstitucionalidad, pero no se expulsó el fragmento transcrito del ordenamiento normativo, sino que se optó por invitar al legislador que emitiera la regulación correspondiente que se adecuara a estándares internacionales en materia de transparencia. Véase:

En virtud de la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad que se declara, no deviene acertado decretar la expulsión de la disposición legislativa cuestionada, porque lo que entraña colisión con postulados constitucionales no es directamente lo que dispuso el legislador, sino lo que omitió distinguir, al hacerlo. Se juzga

⁹⁸³ SCC de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>

inidóneo en este asunto el recurso de emitir sentencia interpretativa que ajuste los alcances normativos de la disposición impugnada a los postulados constitucionales, en virtud que la amplitud y diversidad del elenco de supuestos que abarca dicha disposición –evidenciadas con la cita textual de los Artículos 23 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos y 8 de su Reglamento, recogida en el considerando sexto–, demandaría realizar ese ejercicio interpretativo con tal grado de detalle y extensión, que prácticamente equivaldría a efectuar labores de deliberación y decisión que corresponden al Pleno del Congreso de la República. Con base en las consideraciones relacionadas, se concluye que en el caso bajo estudio, dado que decretar la expulsión de la disposición legislativa cuestionada no constituiría efecto procesal acorde a la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad comprobado; que la materia necesitada de regulación constitucionalmente apropiada requiere tal grado de pormenorización, que torna limitada e insuficiente la técnica de la *interpretación conforme*; y que los antecedentes desacreditan la posibilidad de que la fórmula exhortativa sea eficaz para solucionar el referido vicio; resulta excepcionalmente pertinente disponer –a fin de asegurar el *efecto útil* de la intervención de la jurisdicción constitucional en este asunto–, como consecuencia de la presente declaratoria de inconstitucionalidad por omisión relativa: conminar a los diputados reunidos en el hemiciclo parlamentario a que cumplan con el deber de regular de manera constitucionalmente conforme en qué casos, en qué medida y bajo qué procedimientos debe ser pública la información contenida en las declaraciones juradas patrimoniales presentadas por los funcionarios públicos; así como en cuáles otros resulta justificado que permanezca confidencial. Al efectuar esa labor, habrán de observar las consideraciones aquí expuestas, al igual que la normativa y jurisprudencia internacional atinentes sobre la materia. Para el efecto se les conferirá plazo de un año, contado a partir de que adquiera firmeza este fallo, para que culminen el proceso de formación de la ley respectivo, con relación a las reformas legales que sean necesarias para la concreción del cometido descrito al inicio de este párrafo. Así será declarado en la parte resolutive...

Además de ser ejemplo claro de sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple, por la constatación de ilegitimidad constitucional en la disposición

normativa, pero sin invalidarla, han de destacarse tres detalles relevantes del fallo: (a) que el planteamiento fue realizado sin que la pretensión fuera que se declarara la concurrencia de una omisión constitucional relativa, sino que, por el contrario, se pretendió la expulsión de la disposición objetada; pese a ello, el tribunal constitucional, con buenas razones, estimó que la mejor respuesta a la controversia normativa sometida a su conocimiento y resolución era un fallo exhortativo; además, se descartó la idoneidad de uno del tipo interpretativo; al respecto, ha de indicarse que no obstante que se comparte esa solución, los accionantes la objetaron mediante solicitud de aclaración y ampliación, aduciendo que su planteamiento fue de “una acción de inconstitucionalidad de una disposición legal vigente y positiva” y que, al amparo de lo establecido en el artículo 140 de la LAEPC, se solicitó la expulsión del enunciado que se cuestionó y no que el CR colme o remedie vacío normativo alguno; (b) en el fallo que se comenta, a pesar de que se hacen consideraciones sobre la necesidad de emitir una exhortación, en el numeral II. de la parte resolutive se hace uso del verbo “conminar” en los siguiente términos: “Se conmina a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a...”; ello supone un tono más elevado a lo dispuesto en las sentencias en las que solo se hace un llamado a legislar; no obstante, pese a la conminatoria realizada, no se formula ningún apremio para el caso de incumplimiento; y (c) ha de destacarse que es el primer pronunciamiento exhortativo en el que expresamente se establece un plazo –un año– para proceder en la forma indicada en la sentencia. La necesidad de dejar plasmado un término para dar cumplimiento a lo resuelto, se apoyó en consideraciones que remarcan la desatención por parte del Poder Legislativo a las exhortaciones realizadas. Véase:

En oportunidades anteriores, al corroborar la existencia de inconstitucionalidad por omisión relativa, esta Corte optó por exhortar al Organismo Legislativo a incluir en la agenda homónima la emisión de legislación que la subsane. Sin embargo, sin noticias de que a la fecha haya sido atendida alguna de varias sentencias exhortativas dictadas durante la última década y habiendo transcurrido doce años desde que el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la

Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, formuló por vez primera a Guatemala recomendación en ese sentido; la utilización de esa variante atípica de pronunciamiento no ofrece, en el presente caso, expectativa razonable de poder concretar efectivamente la erradicación de la inconstitucionalidad normativa que ha quedado evidenciada. Por el contrario, los antecedentes indicados conducen a presumir que, si se emitiera pronunciamiento en ese sentido, podrían prolongarse de forma indefinida la violación de la libertad de acceso a la información de interés público reconocida y protegida en [...] Es deber de este Tribunal, como garante del orden constitucional guatemalteco, de la fuerza normativa de las normas constitucionales y del respeto de los derechos previstos en ellas, prevenir la prolongación *sine die* del estado de inconstitucionalidad e incumplimiento explicado en el párrafo precedente. En razón de que este repercute en preceptos y obligaciones de carácter supranacional, se abona a ello el imperativo de atender el *principio del effet utile* (efecto útil) que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha derivado interpretativamente de lo dispuesto en el Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “[...] *Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica...*” [Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago (sentencia de veintiuno de junio de dos mil dos)]. Con relación a la temática abordada en este caso converge con el referido principio lo dispuesto en el Artículo 65, numeral 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: “*Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.*” Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha puntualizado que el *principio del effet utile* inclusive puede justificar que en determinados casos, al verificarse manifiesta desatención del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos por la Asamblea Legislativa, sea procedente fijar a esta plazo para que subsane la situación: “[...] *esta Sala, con fundamento en el texto de los artículos 65 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (...) no le cabe duda que*

tiene competencia de dar un plazo al órgano o ente correspondiente para que se cumpla con la obligación internacional [...]” [Res: N° 2010-011352, de veintinueve de junio de dos mil diez, dictada en Exp: N° 10-000477- 0007-CO]. Argumentación con la cual se concurre, haciéndola propia para efectos de motivar el presente fallo⁹⁸⁴.

A raíz de determinar la conveniencia de fijar término y advertir que contaba con sustento normativo y práctico para hacerlo, el tribunal dispuso conminar a los diputados parlamentarios a que **“en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia**, culminen el proceso de formación de la ley respectivo, con relación a las reformas legales que estimen pertinentes” con el fin de regular, conforme el espíritu de la Constitución, “en qué casos, en qué medida y bajo qué procedimientos” podría ser pública la información que estuviere contenida en las declaraciones juradas patrimoniales que presentaren los funcionarios y empleados públicos. Los puntos objeto de comentario –la conminatoria y el establecimiento de plazos–, aunque aún no se tiene noticia de efectivo acatamiento, deben ser percibidos como avances tendentes a alcanzar la eficacia de esos fallos.

Los dos ejemplos anteriores, en efecto, corresponde a sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple y dan cuenta de cómo en los casos en que se detecta la concurrencia de inconstitucionalidad por omisión relativa, esa modalidad de fallos puede resultar una respuesta legítima para resolver. Los avances referidos con antelación también son una manifestación halagüeña de que se está en la ruta correcta hacia la eficacia de estas resoluciones.

Para finalizar el abordaje de las sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple, ha de indicarse que, cuando el planteamiento no está motivado por el señalamiento de omisiones constitucionales, sino que se dirige contra la forma o substancia de algún enunciado normativo, la expulsión de la disposición devendría inminente, en congruencia con lo establecido en el artículo 140 de la LAEPC, el

⁹⁸⁴ SCC de 4 de junio de 2018 (Exp. 1732-2015). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/839409.1732-2015.pdf>

cual no admite que se mantenga vigente un texto cuya constitucionalidad no puede ser salvada por ningún medio legítimo de resolución.

En cuanto a los fallos por inconstitucionalidad precaria que contienen exhortaciones, puede afirmarse categóricamente que pronunciamientos de ese tipo no han sido dictados por el tribunal constitucional guatemalteco, ya que ni el Supremo Texto ni la ley procesal constitucional admiten la posibilidad de advertir gradaciones de inconstitucionalidad. De esa cuenta, no podría apelarse la actividad normativa para superar la cuasiinconstitucionalidad.

Como bien se indicó, salvo las excepciones representadas por las sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple antes comentadas, la CC se ha inclinado más por dictar sentencias de delegación o las que simplemente conllevan recomendaciones a los creadores de las disposiciones normativas. Aparte de las que se han evocado a lo largo de este apartado, ha de indicarse que también ejemplifican esa modalidad de resoluciones las dictadas el 9 de abril de 2008 (Exp. 2376-2007)⁹⁸⁵, el 5 de febrero de 2009 (Exp. 3722-2007)⁹⁸⁶, el 5 de diciembre de 2012 (Exps. Acums. 2432-2011 y 2481-2011)⁹⁸⁷, el 28 de febrero de 2013 (Exp. 1008-2012)⁹⁸⁸, 4 de diciembre de 2013 (Exps. Acums. 4639-2012 y 4646-2012)⁹⁸⁹, el 8 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 5236-2012 y 5286-2012)⁹⁹⁰, el 13 de agosto de 2015 (Exp. 3352-2013)⁹⁹¹, el 5 de octubre de 2017 (Exp. 5956-

⁹⁸⁵ SCC de 9 de abril de 2008 (Exp. 2376-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/812381.2376-2007.pdf>

⁹⁸⁶ SCC de 5 de febrero de 2009 (Exp. 3722-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/810882.3722-2007.pdf>

⁹⁸⁷ SCC de 5 de diciembre de 2012 (Exps. Acums. 2432-2011 y 2481-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/821713.2432-2011%20Y%202481-2011.pdf>

⁹⁸⁸ SCC de 28 de febrero de 2013 (Exp. 1008-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/821957.1008-2012.pdf>

⁹⁸⁹ SCC de 4 de diciembre de 2013 (Exps. Acums. 4639-2012 y 4646-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/826572.4639-2012%20Y%204646-2012.pdf>

⁹⁹⁰ SCC de 8 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 5236-2012 y 5286-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822902.5236-2012%20y%205286-2012.pdf>

⁹⁹¹ SCC de 13 de agosto de 2015 (Exp. 3352-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/831684.3352-2013.pdf>

2016)⁹⁹², el 29 de enero de 2019 (Exp. 3239-2017)⁹⁹³ y el 23 de abril de 2019 (SCC 1699-2018)⁹⁹⁴.

7.1.2.2 Reflexión sobre las bondades de las sentencias exhortativas

Como corolario de lo expuesto en los párrafos precedentes, se afirma que las sentencias exhortativas cumplen una función relevante en la defensa del orden constitucional al motivar la actividad de los órganos estatales, en especial de los encargados de crear los enunciados normativos, a fin de que generen los necesarios o ajusten los existentes a los preceptos de la Carta Fundamental.

En la última década el repertorio guatemalteco de sentencias constitucionales se ha nutrido de este tipo de fallos, siendo una de las modalidades atípicas de más recurrente uso, aunque no se han producido de todas las variedades, ya que algunas –como las emitidas en las inconstitucionalidades precarias– encuentran limitación en la Constitución misma.

Ha de aceptarse que el gran problema que los fallos exhortativos presentan no radica tanto en cuestionamientos a su emisión, sino en la escasa y tibia respuesta por parte de los órganos a los que se apela determinada actuación, los cuales, ante la ausencia de responsabilidad por el incumplimiento, llanamente no atienden las exhortaciones que se les realiza; ese extremo es aceptado en algunos de los fallos transcritos. Por ello mismo, sería oportuno regular mecanismos jurisdiccionales de seguimiento; de lo contrario, la inobservancia ocurriría de forma

⁹⁹² SCC de 5 de octubre de 2017 (Exp. 5956-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837104.5956-2016.pdf>

⁹⁹³ SCC de 29 de enero de 2019 (Exp. 3239-2017). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/841009.3239-2017.pdf>

⁹⁹⁴ SCC de 23 de abril de 2019 (SCC 1699-2018). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/841664.1699-2018.pdf>

perenne, lo que desmerece la eficacia del principio jurídico de fuerza normativa de la Constitución.

7.1.3 Otras sentencias atípicas por su contenido: las que disponen efectos no previstos en la normativa procesal

Los efectos dispuestos en las sentencias que se emiten en ocasión del control constitucional normativo pueden suponer consecuencias no previstas en la normativa procesal aplicable. Ello puede dar lugar a que estas sean considerados como atípicas, en tanto no encajan dentro de las expresiones tradicionales de fallos.

Para determinar los tipos de efectos contenidos en sentencias que pueden configurar pronunciamientos atípicos, es dable contestar las siguientes cuestionantes:

- A) ¿Es posible diferir los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad general, conforme la normativa procesal constitucional guatemalteca?

En primer término y aunque cause asombro, ha de indicarse que Kelsen llegó a advertir la conveniencia de que, en casos especiales, los efectos de la decisión de inconstitucionalidad pudieran diferirse cierto tiempo después de la fecha de aquella publicación, permitiendo al Poder Legislativo reemplazar la ley inconstitucional. De esto se hizo relación, al abordar el punto de partida de las sentencias constitucionales, ocasión en la que se evocó el siguiente párrafo:

Sería conveniente que el tribunal constitucional pudiera decidir [...] que la anulación, especialmente de leyes [...], **no surta efecto sino hasta la expiración de un cierto término a partir de su publicación**, aunque no sea más que para dar al Parlamento la ocasión de reemplazar la ley inconstitucional por una ley conforme con la Constitución, sin que la materia regulada por la ley anulada quede

fuera de reglamentación durante un tiempo relativamente largo⁹⁹⁵ [el énfasis es añadido].

Pues bien, pese a que la propuesta de excepcionalidad tiene sello kelseniano, ha de indicarse que esta tuvo poco calado en los Estados que siguieron el modelo del connotado jurista austriaco⁹⁹⁶. Por ello, a pesar de que la proposición de diferir los efectos de la inconstitucionalidad es parte de la doctrina que dio origen al sistema de control constitucional vigente, en tanto no halla respaldo normativo, pueden considerarse como atípicas las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una disposición normativa si son modulados a futuro los efectos del fallo, o sea que es diferida la fecha a partir del cual lo decidido surte consecuencias.

Para ejemplificar este tipo de fallos, se trae a cuenta que, en Colombia, el tribunal constitucional ha emitido sentencias de inconstitucionalidad diferida, lo que ha implicado la modulación temporal de la decisión. Optar por esa alternativa de resolución ha sido justificado en la necesidad de evitar que, como consecuencia de la emisión de un fallo anulatorio clásico, se produzca una situación más perjudicial. Según Olano García, la posibilidad de mantener vigente una ley durante cierto período, a pesar de su consabida inconstitucionalidad permite evitar graves consecuencias, lo que sí sucedería con su repentina anulación; “[e]sto permite lo que la jurisprudencia alemana ha llamado ‘una afable transición’ de la declarada situación de inconstitucionalidad al estado de normalidad”. Como ejemplo de fallos de ese tipo, el iusconstitucionalista evoca la sentencia de 16 de

⁹⁹⁵ Kelsen, Hans. *Garantía jurisdiccional...*, cit., p. 509. Sobre el particular, ha de recordarse que, con antelación, se indicó que la singular propuesta kelseniana encontró eco en el diseño austriaco, de manera que el artículo 140.5 de la Constitución de ese Estado europeo establece: “La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año”.

⁹⁹⁶ Debe tenerse presente que en Austria la Constitución otorga al *Verfassungsgerichtshof* la posibilidad de diferir temporalmente los efectos de las sentencias que disponen la inconstitucionalidad de una ley; además, en Alemania, como regla general, la anulación entra en vigor con efectos obviamente *erga omnes* el día de la publicación, “si el VfGH no hubiese determinado un plazo para la anulación, plazo que [...] puede llegar hasta los 18 meses...”. Para mayor abundamiento, véase: Fernández Segado, Francisco, *La evolución...*, cit., p. 1315.

septiembre de 1999 (Exp. D-2374), en cuya parte resolutive el tribunal constitucional de su país de origen dispuso:

Tercero.- Decláranse **INEXEQUIBLES** en su totalidad los siguientes artículos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que estructuraban el sistema UPAC: 18, 19, 20, 21, 22, 23, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140.

Cuarto.- Los efectos de esta Sentencia, en relación con la inejecución de las normas declaradas inconstitucionales, se difieren hasta el 20 de junio del año 2000, pero sin perjuicio de que, en forma inmediata, se dé estricto, completo e inmediato cumplimiento a lo ordenado por esta Corte en Sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999, sobre la fijación y liquidación de los factores que inciden en el cálculo y cobro de las unidades de poder adquisitivo constante UPAC, tal como lo dispone su parte motiva, que es inseparable de la resolutive y, por tanto obligatoria⁹⁹⁷.

Es pertinente precisar que, en Colombia, la emisión de fallos prospectivos no está desprovisto, del todo, de previsión legal, por cuanto que el artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señala: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro **a menos que la Corte resuelva lo contrario**” [el énfasis es añadido]. Véase que la disposición no concreta la fecha en que comienzan a producirse los efectos; por ello, si bien el ejemplo colombiano es útil para determinar la forma de modular efectos a futuro, estas no podrían catalogarse como atípicas en ese Estado latinoamericano.

⁹⁹⁷ Sentencia C-700/99, de 16 de septiembre de 1999 (Exp. D-2374). Texto completo en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-700-99.htm>. En un fallo posterior, el C-737/01, emitido el 11 de julio de 2001 (Exp. Acums. D-3288 y D-3296), el tribunal dejó sentadas las bases para justificar ese tipo de fallos, en los siguientes términos:

[L]a Corte Constitucional puede legítimamente recurrir a una sentencia de constitucionalidad temporal, siempre y cuando (i) justifique esa modalidad de decisión y (ii) aparezca claramente en el expediente que la declaración de inexecutable inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso. Además, (iii) el juez constitucional debe explicar por qué es más adecuado recurrir a una inexecutable diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento. Finalmente, y como es obvio, (iv) el juez constitucional debe justificar la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales.

Texto completo en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-737-01.htm>

En el caso guatemalteco el panorama es diferente, pues, si bien pudieran ser de gran utilidad, el repertorio de fallos de la Corte de Constitucionalidad da cuenta que no se ha emitido pronunciamiento alguno que, de manera expresa, difiera los efectos, a una fecha futura; quizá la razón sea la camisa de fuerza que implican las regulaciones contenidas en los artículos 140 y 141 de la LAEPC, los cuales no dan cabida a que, luego de oficializada la inconstitucionalidad, siga surtiendo efectos un enunciado que adolezca de esa condición.

Lo analizado anteriormente es indicativo de que, si algún día llegare a disponerse expresamente el aplazamiento de la fecha a partir de la cual surte efectos la declaratoria de inconstitucionalidad, se estará ante un pronunciamiento irrefutablemente atípico. Si bien, de momento, ello no se ha producido de forma precisa, es obligado indicar que en la SCC de 4 de junio de 2018 (Exp. 1732-2015), emitida en ocasión de haberse cuestionado la constitucionalidad del artículo 21 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, el tribunal constitucional formuló consideraciones encaminadas a indicar que el fragmento: "...deben tenerse como proporcionados bajo garantía de confidencialidad, se prohíbe su divulgación por cualquier medio y sólo..." resulta ilegítimo constitucionalmente, pero no optó por su expulsión, sino que invitó al legislador a emitir la regulación correspondiente que se adecue a los estándares internacionales en materia de transparencia. Aunque la sentencia de la que se comenta es de las que en la doctrina se reconocen como de "mera inconstitucionalidad", ha de indicarse que con esta, en alguna medida, se ha producido un acercamiento a los fallos que difieren la declaratoria de inconstitucionalidad.

B) ¿Es posible revivir una disposición normativa no vigente como efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad del enunciado que la derogó?

El efecto de revivir una disposición normativa derogada también fue visto como una posibilidad por Kelsen, al defender "la atribución concedida al tribunal constitucional de **poder restablecer**, anulando inmediatamente la ley, el estado de

derecho anterior a la entrada en virtud de la ley anulada”⁹⁹⁸ [el énfasis es añadido]. No obstante, también ha de indicarse que la reviviscencia de la disposición derogada, como excepción a la regla general, tampoco tuvo mucho calado en los sistemas que siguieron el modelo kelseniano, tal el caso de Guatemala en la que los artículos 140 y 141 de la LAEPC, referidos a los efectos de los fallos de inconstitucionalidad, no hacen regulación al respecto.

Aunque no se hace referencia expresa sobre la “reviviscencia” como efecto propio de la decisión asumida, la CC tuvo una primera experiencia en ese sentido en ocasión de emitir el fallo de 13 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 825-2000, 1305-2000 y 1342-2000), en la que el tribunal formuló consideraciones respecto de un derecho adquirido de parte de los colegios profesionales y que no podía ser afectada por una nueva disposición normativa que reformaba un enunciado que reconocía ese derecho, por lo que consideró que debía estimarse que este nunca había perdido vigencia. Véase:

Al estar comprendida dentro del ámbito de los derechos adquiridos la obligación a que se refieren los accionantes, y no constituir ella privilegio o beneficio fiscal alguno, se concluye que tal obligación no pudo ser derogada por medio de los artículos 21 y 34 del Decreto 44-2000 del Congreso de la República, pues la prestación que conlleva la misma, no se opone a las finalidades y regulaciones que se establecen en el referido Decreto. De ahí que los últimos párrafos del artículo 28 del Decreto 37-92 del Congreso de la República, Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial de Protocolos, que dicen: “...*Con base en dicho formulario, la mencionada dirección determinará el cuatro por ciento (4%) adicional que por cada una de tales operaciones se acreditará mensualmente al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Los fondos provenientes del cuatro por ciento (4%) a que se refiere esta ley, deberá ingresarse al fondo común dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes, por la Dirección General de Rentas*

⁹⁹⁸ Kelsen, Hans. *Garantía jurisdiccional de la Constitución. op. cit.*, p. 510. Para abundar sobre la reviviscencia, es útil la lectura de: Carbonell, Miguel, “Las sentencias de la Suprema Corte: una reflexión general y un caso concreto”, *El juez constitucional en el siglo XXI*, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 443 a 448.

*Internas, a efecto de que se acrediten en cuenta especial para el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, conforme lo que dispone la Ley Orgánica del Presupuesto y su reglamento. El Ministerio de Finanzas Públicas con base en el informe que le rinda la Dirección General de Rentas Internas en el término anteriormente referido, dictará las disposiciones pertinentes para que dentro del mismo mes del ingreso al fondo común, se efectúe la entrega al mencionado colegio. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, deberá llevar el control del retiro de los fondos en referencia y de su inversión en el régimen de prestaciones a efecto de que al final de cada año fiscal se haga la conciliación contable entre la Sección de Contabilidad del Colegio y el Departamento de Contabilidad y Presupuesto del Ministerio de Finanzas Públicas.”, por el derecho que incorporan, **deben entenderse que nunca han perdido vigencia** y su observancia por parte de la administración pública es obligatoria, situación que hace concluir que las obligaciones que contienen a favor de dicho Colegio existen y deben ser satisfechas como corresponde, siendo necesario la fijación de un plazo para el efecto, el cual se establecerá en la parte resolutive del presente fallo [el énfasis es añadido].*

En los numerales II) y III) del segmento resolutive se establecieron como efectos concretos lo siguiente:

II) Para la positividad del derecho que se preserva por este fallo, debe entenderse que en los casos en los que la ley requiera intervención notarial para la formalización de contratos en los que se debe satisfacer el Impuesto al Valor Agregado, dicho impuesto puede satisfacerse adhiriendo en los testimonios de las escrituras públicas respectivos timbres fiscales, devengándose con motivo de la adquisición de dichas especies la comisión del 10 % del valor de las mismas por parte del adquirente; adicionalmente el Ministerio de Finanzas Públicas por el conducto correspondiente, pagará en efectivo al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala un cuatro por ciento (4 %) por cada adquisición de timbres fiscales hecha por los notarios, misma que se entregará directamente a la institución mencionada, con destino exclusivo para financiar sus planes de prestaciones, jubilaciones, montepíos y otras prestaciones a favor de sus colegiados. **III)** Ordena tanto a la Superintendencia de Administración Tributaria como al Ministerio de Finanzas Públicas, determinar para su posterior pago, el importe del cuatro por

ciento (4%) de la comisión que le corresponde al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, como consecuencia de adquisiciones de especies fiscales y papel sellado especial para protocolos realizadas por los notarios, para cuyo efecto deben observar, no sólo la norma que se impugnó sino los párrafos conducentes del artículo 28 del Decreto 37-92 y 45 del Decreto 27-92 antes de su reforma y de lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos contenido en el Acuerdo Gubernativo 737-92 de veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y dos; disposiciones que no pueden estimarse derogadas por las razones en este fallo consideradas; obligación que dichas autoridades deben hacer efectiva inmediatamente, y, las demás, conforme se vayan produciendo, a partir de la fecha en la que reciban certificación de esta sentencia⁹⁹⁹.

Ciertamente, aunque de manera expresa no se indicó que se revivía una disposición derogada, el efecto alcanzado es el mismo, ya que el tribunal constitucional dispuso, como efecto especial, que no había perdido vigencia los “derechos adquiridos” consagrados en la regulación que había sido reformada. Si bien el foro jurídico guatemalteco recibió con bastante conformidad el fallo porque supuso que el gremio mantenía beneficios que habían sido reconocidos a su favor, es obligado indicar que el mecanismo utilizado para tal propósito no resulta del todo convincente, pues implicó que el tribunal, sin siquiera expulsar las disposiciones censuradas y sin justificación consistente para tal fin, se decantara por revivir lo dispuesto en los enunciados que fueron objeto de reforma, aduciendo la compatibilidad de la nueva regulación con los “derechos adquiridos”. También resulta peculiar que la CC haya optado, para la operativización de lo decidido, por la emisión de órdenes a la autoridad tributaria y a la cartera ministerial encargada de las finanzas públicas. Lo expresado muestra que el tribunal asumió una función netamente normativa, pero sin que el proceder pueda justificarse del todo.

⁹⁹⁹ SCC de 13 de agosto de 2003 (Exps. Acums.: 825-2000, 1305-2000 y 1342-2000. Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/816628.825-2000,%201305-2000%20y%201342-2000.pdf>

Posteriormente, en ocasión de examinar la constitucionalidad del artículo 180, inciso 4), de la Ley de Actualización Tributaria, el cual expresamente regulaba la derogación del artículo 12 del Decreto 80-2000 del Congreso de la República—, la CC dispuso que la disposición censurada debía ser expulsada del ordenamiento jurídico y, como consecuencia de ello, se produjo la reviviscencia o renacimiento del enunciado que había sido derogado por el que fue declarado inconstitucional. Véase lo considerado:

Mediante auto de diez de agosto de dos mil doce, esta Corte decretó la suspensión provisional de la norma impugnada y, por su efecto derogatorio, decidió que recobrarla vigencia la derogada, derivado del efecto gravoso que este Tribunal advirtió, produciría la laguna jurídica de la ausencia total de la norma que regulara la temática contenida en el precepto cuestionado. Por lo tanto, es necesario hacer un pronunciamiento en cuanto el principio de reviviscencia, entendido este como la reincorporación al ordenamiento jurídico de la o las normas que hubiera derogado la denunciada como violatoria al texto constitucional. [...] En efecto, si en virtud de la declaratoria de inexecutable de un cuerpo normativo se genera una laguna en el ordenamiento no necesariamente tiene que acudir a la tesis de la reviviscencia para colmar tal vacío normativo, por lo que la constatación de esa situación nada dice respecto a la mayor o menor eficacia de la sentencia de control constitucional. Tal como lo señala el artículo 8º de la Ley del Organismo Judicial, la reincorporación de una norma derogada en manera alguna puede suceder en virtud de la declaratoria de inexecutable de la disposición derogatoria, sin embargo, conforme la jurisprudencia comparada, es pertinente esa acción jurídica, cuando del estudio se puede determinar que la disposición revivida no es contraria al ordenamiento jurídico y, además, necesaria para garantizar la supremacía de la Constitución.

Establecido lo anterior, en el considerando VI, a manera de conclusión, fue motivado lo concerniente a los efectos más adecuados que conllevaba asumir la decisión en aplicación del criterio excepcional de reviviscencia de la disposición derogada. Véase:

Por las razones indicadas, los efectos de la presente declaratoria de inconstitucionalidad se retrotraen al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial del auto de diez de agosto de dos mil doce, en el que esta Corte decretó la suspensión provisional de la norma impugnada, y **decidió que recobrarla vigencia la que derogó** (artículo 12 del Decreto 80-2000 del Congreso de la República) y, como consecuencia, a partir de esa fecha y hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil doce, deberá aplicarse la exención a todos los casos en que se verifiquen los supuestos establecidos en él [el énfasis es añadido].

Como corolario de lo considerado, en la parte resolutive quedó plasmado lo siguiente:

II) Como consecuencia de este pronunciamiento, se expulsa del ordenamiento jurídico el artículo indicado. Los efectos del presente fallo se retrotraen a la fecha en la que se publicó en el Diario de Centroamérica la suspensión provisional decretada y, además, se deberá tomar en cuenta lo indicado en el numeral **V** de la parte considerativa del presente fallo, concretamente lo referente al auto de diez de agosto de dos mil doce, lo que debe tenerse por incorporado a la parte resolutive y ser observado en su aplicación concreta¹⁰⁰⁰.

Se estima que el efecto de reviviscencia dispuesto en el fallo que se comenta es comprensible y justificable, por cuanto que la disposición normativa censurada y que fue declarada inconstitucional establecía la derogación del enunciado que, a la postre, fue revivido; en tal sentido, ha de entenderse que, en tanto el precepto derogatorio no sobrevivió ante el examen de constitucionalidad, resultan valederas las justificaciones respecto de la readquisición de vigencia del artículo derogado.

Recientemente, la CC emitió una sentencia por la que dispuso la reviviscencia de la disposición derogada, sin que concurrieran las situaciones justificantes del caso antes analizado. De manera concreta, se hace referencia a la SCC de 23 de abril de 2019 (Exp. 1699-2018), en la que examinó, entre otras, la frase "*Las encuestas electorales no podrán ser publicadas por ninguna entidad o empresa durante los*

¹⁰⁰⁰ SCC de 28 de mayo de 2013 (Exp. 2849-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822260.2849-2012.pdf>

quince días previos al de las elecciones y durante los últimos quince días antes de la segunda elección presidencial, si ésta tuviere lugar de acuerdo a esta ley”, contenida en la literal c) del artículo 223 de la LEPP. Al declararse con lugar el planteamiento en cuanto al plazo en que estaba prohibida la publicación de encuestas electorales y con el objeto de no dejar vacío legal alguno, el tribunal dispuso la reviviscencia de la regulación derogada, expresamente en cuanto al plazo reformado. Concretamente, se estableció:

Ante el pronunciamiento que se realiza con relación a los Artículos 223 literal c), 223 Ter, ambos de la Ley Electoral y de Partidos Políticos y el Artículo 19 del Reglamento de la Unidad Especializada sobre Medios de Comunicación y Estudios de Opinión, y para efectos de que no se produzca un vacío legal en cuanto al plazo en el que debe regir la prohibición de publicación de encuestas y estudios de opinión, es necesario hacer pronunciamiento en cuanto al principio de reviviscencia, entendido este como la reincorporación al ordenamiento jurídico de la o las normas que hubiera derogado el precepto denunciado como violatoria al texto constitucional. Esta figura jurídica ha sido desarrollada jurisprudencialmente tanto por otros Tribunales Constitucionales, como por esta Corte; así, en sentencia de veintiocho de mayo de dos mil trece, en el expediente 2849-2012, este Tribunal consideró: [...] En atención a lo transcrito, siendo necesaria la existencia de un plazo que rija el momento límite en el que pueden efectuarse la publicación de encuestas electorales y estudios de opinión durante el actual proceso electoral, esta Corte estima que **es imperativo que recobre vigencia el plazo de treinta y seis horas que establecía el Artículo 223 modificado por el Decreto 74-87 del Congreso de la República de Guatemala**, hasta en tanto el Congreso de la República atienda la exhortativa que se formula mediante esta sentencia. Debe tomarse en cuenta que aquel plazo de treinta y seis horas al que se hizo referencia, mantuvo su vigencia sin que fuera declarado inconstitucional. Por lo anterior, deberá emitirse pronunciamiento al respecto en la parte resolutive [el énfasis es añadido].

En el inciso VI. de la parte resolutive se precisó como efecto lo siguiente:

VI. Derivado de lo decidido en el numeral que antecedente, **se dispone que recobre vigencia el plazo que preveía el Artículo 223, inciso c), de la Ley Electoral y de Partidos Políticos –en su texto modificado por el Decreto 74-87 del Congreso de la República de Guatemala–**, hasta en tanto el Congreso de la República atienda la exhortativa que se formulará en el numeral siguiente. Derivado de esta declaratoria de reviviscencia, el plazo al que se refieren los Artículos 223, inciso c), y 223 Ter, ambos de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, y en el Artículo 19 del Reglamento de la Unidad Especializada sobre Medios de Comunicación y Estudios de Opinión es el previsto en la norma que por la vía de este fallo recobra vigencia –es decir treinta y seis (36) horas– [el énfasis es añadido].

Ciertamente, con el efecto dispuesto en el fallo transcrito, la población terminó ganando al haberse dispuesto un plazo más razonable con relación a la publicación de encuestas electorales, ya que dicho término posibilita el efectivo ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a ser informado; no obstante, ha de reiterarse la falta de respaldo normativo –incluso una línea jurisprudencial clara y definida– para resolver reviviendo lo dispuesto en una disposición derogada. Además de suponer un fallo atípico en razón del peculiar efecto dispuesto, el ejemplo anterior constituye una manifestación de sentencia sustitutiva en cuanto trastoca lo expresamente legislado con relación al establecimiento de un plazo determinado, modificándolo por otro. Un dato relevante es que el término modificado había sido normado previo dictamen favorable de la CC, por lo que llama la atención que el tribunal no mantuvo un criterio congruente con lo que dictaminara con antelación.

Los ejemplos evocados dan cuenta que las circunstancias singulares de cada caso empujaron a tomar decisiones en ese sentido; habrá que esperar si, con el paso del tiempo, estas modalidades especiales de decisiones se replican; lo importante, ante todo, es que se ha abierto brecha, a pesar de las rígidas previsiones contenidas en la normativa procesal constitucional.

7.1.3.1 Reflexión sobre las sentencias constitucionales que disponen efectos no previstos en la normativa procesal constitucional

Aunque ha de reconocerse que en Guatemala es escaso el desarrollo que han experimentado los fallos constitucionales cuyos efectos en el tiempo son distintos a lo regulado en los artículos 140 y 141 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la sola posibilidad de que se hayan producido algunos debe ser visto como un salto cualitativo muy significativo, dado que se abre la posibilidad de que, en casos muy especiales, los magistrados puedan echar mano de estas soluciones, las que, en algunas ocasiones, tal como en los ejemplos referidos, resultan menos nocivas.

Si bien se advierte una decidida apertura respecto de las sentencias con efectos reviviscentes, debe referirse que aún no se cuentan con pronunciamientos en los que expresamente se dispone que los efectos se trasladan a una fecha futura distinta de la establecida en el artículo 140 de la LAEPC; no obstante, no puede negarse por completo la posibilidad de que se opte por hacer uso de estos si alguna frágil controversia

El hecho que las sentencias constitucionales contengan modulación de los efectos distintos a los regulados en los artículos 140 y 141 de la LAEPC denota que se está frente a decisiones no típicas; al menos, en el medio guatemalteco puede asegurarse categóricamente que tienen esa calidad. Si bien el ingenio de Kelsen pudo vislumbrar la posibilidad de que esos supuestos fueran necesarios, lo cierto es que esa parte de su propuesta no fue recogida por la mayoría de los Estados que establecieron mecanismos de control constitucional normativo concentrado; ello remarca su carácter atípico.

Por último, ha de indicarse que pueden encontrarse trabajos que, dentro del contexto de sentencias constitucionales que modulan sus efectos en el tiempo, incluyan los fallos estimatorios emitidos en ocasión de planteamientos de

inconstitucionalidad contra normas preexistentes al magno texto – inconstitucionalidad sobrevenida–, porque suponen la anulación de disposiciones normativas cuya vigencia data de fecha anterior al propio parámetro de control¹⁰⁰¹. Si bien se comparte que esos pronunciamientos conllevan ese particular alcance, el tesista no advierte que en Guatemala configuren sentencias atípicas, por cuanto que el pronunciamiento que se hace recae sobre enunciados normativos vigentes, operando cabalmente los efectos previstos en los citados artículos 140 y 141.

7.2 Sentencias atípicas en virtud del objeto de examen: las dictadas en ocasión de denuncias de inconstitucionalidades por omisión

Al proponer una definición propia sobre las sentencias constitucionales atípicas se incluyó las emitidas para resolver asuntos relacionados con supuestos que rebasan la configuración inicial de la inconstitucionalidad abstracta. Dentro de estas, las que derivan del examen de constitucionalidad del incumplimiento de mandatos contenidos en la Carta Fundamental; verbigracia: la inobservancia de lo ordenado en disposiciones constitucionales programáticas, cuya eficacia no es directa, sino dependen de la actuación de agentes distintos de los legisladores constituyentes.

Conforme lo antes expuesto, en este trabajo se incluye como una de las modalidades atípicas de sentencias las que examinan la constitucionalidad de las omisiones normativas. Sobre estas, Sagüés indica que parecieran ser una novedad, empero, agrega:

[E]l problema está ya en el parto mismo del sistema de control judicial de constitucionalidad. “Marbury vs. Madison”, en efecto, importó un caso de tal tipo, ante la renuencia del entonces Secretario de Estado Marbury, siguiendo

¹⁰⁰¹ Bazán, Víctor, *Control de las Omisiones...*, cit., pp. 231 y 232. Igualmente, puede verse: Martín de la Vega, Augusto, *op. cit.*, pp. 355 a 387.

instrucciones del Presidente Jefferson, de no comunicar ciertos nombramientos judiciales hechos por el Presidente Adams en los últimos momentos de su gestión¹⁰⁰².

Lo transcrito precedentemente pone de manifiesto que la actividad jurisdiccional relacionada con el control de constitucionalidad de conductas omisivas no es del todo novedosa dentro del esquema difuso.

En el diseño original del sistema concentrado no fue prevista la posibilidad de examinar denuncias relacionadas con omisiones lesivas al texto constitucional. A juicio de Fernández Segado, el escollo resultante de esa falta de previsión fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual admitió la posibilidad de realizar ese tipo de control, primeramente, por medio del recurso de queja constitucional –*Verfassungsbeschwerde*–, como vía procesal adecuada para hacer frente a las omisiones del legislador vulneradoras de derechos fundamentales de los recurrentes; más tarde, admitió ese medio impugnatorio para reclamar contra sentencias de los órganos jurisdiccionales en los que se reprochara contra la inexistencia de disposiciones normativas que diesen plena eficacia a determinadas posiciones constitucionales. Finalmente, se reconoció la posibilidad de un control concreto incidental de las omisiones del legislador. Agrega el jurista citado que el referido tribunal enfrentó ese tipo de planteamientos desde 1951; sin embargo, la apertura fue paulatina, hasta que fue emitida la SCC de 29 de enero de 1969, en la que precisamente se estimó un recurso de queja constitucional planteado contra una resolución del Tribunal regional de Kiel. El pronunciamiento emitido tomó en cuenta que ese órgano jurisdiccional dio prioridad a la aplicación de disposiciones contenidas en el Código Civil –cuerpo normativo preconstitucional– con respecto de la normativa constitucional reguladora del principio de igualdad. A juicio del máximo tribunal alemán, ello era consecuencia de la demora exagerada del legislador, ya que, transcurridos veinte

¹⁰⁰² Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008, p. 115.

años después de la entrada en vigencia de la ley fundamental, había incumplido con emitir las disposiciones legislativas que procuraran la igualdad de los hijos habidos fuera de matrimonio con relación a los nacidos dentro de este¹⁰⁰³.

La sucinta relación anterior pone de manifiesto cómo en el Tribunal Constitucional Federal alemán emergió y tomó forma la inconstitucionalidad por omisión, lo cual, con posterioridad, se nutrió con la jurisprudencia y doctrina italianas, que contribuyeron a la consolidación del mecanismo procesal, a nivel jurisdiccional, lo que dio paso a que en algunos ordenamientos normativos –aunque aún escasos– se regulara expresamente; a decir del profesor boliviano Dermizaky Peredo, la primera manifestación de esas regulaciones puede ser hallada en la Constitución de 1974 de la extinta República de Yugoslavia, cuyo artículo 377 prescribía:

Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución necesarias de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, dará del hecho conocimiento a la Asamblea de la República Socialista Federativa de Yugoslavia¹⁰⁰⁴.

Refiere el autor mencionado que, dos años después, en la Constitución de Portugal –artículo 283– se optó por regular de manera expresa la inconstitucionalidad por omisión, haciendo referencia a quienes podían instar la actuación del tribunal constitucional para formular un planteamiento de esa naturaleza:

1. A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional examina y

¹⁰⁰³ Fernández Segado, Francisco, “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008, pp. 76 y ss.

¹⁰⁰⁴ Dermizaky Peredo, Pablo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 6, 2002, p. 65.

comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. 2. Cuando el tribunal Constitucional comprueba la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente¹⁰⁰⁵.

En Latinoamérica es escasa la regulación de la inconstitucionalidad por omisión¹⁰⁰⁶; por ello ha sido por conducto del desarrollo jurisprudencial que se ha dado cabida a ese tipo de control constitucional. No obstante esos avances tan cercanos al territorio nacional, en Guatemala aún no existe regulación que, expresamente, admita la posibilidad de cuestionar la desidia de cumplir mandatos constitucionales, por lo que cualquier planteamiento formulado con ese propósito devendría al margen de la normativa procesal constitucional y, por ende, atípico.

En cuanto a la razón de ser de este mecanismo, ha de indicarse que ello puede ser hallado en el principio de supremacía constitucional, según el cual, de la Constitución como *norma normarum* dependen el resto de las disposiciones normativas de todo el ordenamiento jurídico y, consecuentemente, toda actuación del poder público. A juicio del tesista, resultaría ineficaz e insuficiente el sistema de control de constitucionalidad si solo está abierto a la posibilidad de controlar la legitimidad constitucional de las disposiciones normativas que confronten con el texto fundamental y se excluye el examen de las omisiones legislativas cuando existieren mandatos de regular determinados tópicos. De esa forma, no puede dejarse a merced de la voluntad parlamentaria la promulgación o no de las leyes que constitucionalmente está obligado a dictar¹⁰⁰⁷. Ello se pone de manifiesto

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰⁰⁶ Dentro de esas escasas manifestaciones se cuenta a Venezuela, Ecuador, Brasil y Costa Rica; así también los Estados mexicanos de Veracruz, Chiapas, Tlaxcala, Quintana Roo, Coahuila, Querétaro y Nayarit; igualmente la provincia argentina de Río Negro. Para mayor abundamiento sobre las modalidades y efectos, en particular, véase: Rangel Hernández, Laura, "La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad por omisión legislativa: Modalidades y efectos. Estudio preliminar", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 19, 2013, p. 45.

¹⁰⁰⁷ En la misma línea de lo expuesto, Villaverde expresa:

El punto de partida, como ya se ha indicado, es la supremacía de la Constitución y el indispensable control jurídico sobre la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos como mecanismo irrenunciable para hacer valer aquella supremacía impuesta por el principio democrático. Ese control debe extenderse también a las consecuencias jurídicas de la inactividad legislativa, esto es, a la norma implícita en los

principalmente con los preceptos del texto fundamental, cuya eficacia depende de la actuación de agentes distintos a los legisladores constituyentes.

A decir de Bidart Campos, el cuestionamiento de una omisión constitucional encuentra la misma justificación que cuando se objeta la transgresión de la Constitución por una conducta positiva. Véase:

Así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la constitución porque se hace algo que ella prohíbe, hay que rescatar la noción importantísima de que también *hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda hacer*. Esta omisión es inconstitucional, y a la figura la llamamos “inconstitucionalidad *por omisión*”. Para detectarla hay que examinar en cada caso si la obligación de “hacer” que impone la constitución (por ej., legislar en tal o cual materia) viene exigida inmediatamente o está condicionada o se deja temporalmente librada a la oportunidad y discreción propias del criterio del órgano que tiene el deber, etc¹⁰⁰⁸.

Aceptar la posibilidad de accionar contra omisiones normativas que riñen con el magno texto también encuentra sentido cuando se tiene presente el contenido que pudiera formar parte de este. Esto encuentra respaldo en lo expresado por el connotado jurista español Jimena Quesada:

[S]i descendemos a un terreno más concreto, ha de quedar sentado que la Constitución no contiene solamente normas prohibitivas, organizativas o competenciales, o normas que exijan inhibición o abstención del Estado, sino igualmente normas que imponen acciones positivas y obligaciones precisas que, a su vez, exigen medidas precisas (legislativas o de otro tipo) cuya insuficiencia,

silencios de la ley o del legislador para comprobar si crean situaciones jurídicas no queridas por la Constitución haciendo valer la supremacía constitucional y declarando inconstitucional ese silencio...

Véase: Villaverde, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 72.

¹⁰⁰⁸ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1996, t. I, p. 354.

inadecuación o mera inexistencia se traducen en una infracción de la Constitución, en una inconstitucionalidad por omisión¹⁰⁰⁹.

En consonancia con lo anterior, Jesús María Casal hace referencia a las circunstancias que, según su parecer, dan cabida a que se estime que se produce una omisión legislativa inconstitucional. Véase:

[C]uando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando, en cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la Norma Suprema exigía¹⁰¹⁰.

Igualmente, útil resulta la definición del profesor Fernández Rodríguez, para quien esta construcción jurídica se produce por: “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”¹⁰¹¹. Líneas después indica que los elementos en que se apoya la definición son: la falta desarrollo y la inconstitucionalidad¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ Jimena Quesada, Luis, “Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, Universitat de València, núm. 58/59, 2007, p. 208.

¹⁰¹⁰ Casal H., Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 9, 2003, p. 51. La definición transcrita también es evocada en: Quispe Correa, Alfredo, “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, *Estudios Constitucionales*, Santiago (Chile), Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, vol. 4, núm. 1, 2006, p. 244. En la página subsiguiente de ese trabajo, el profesor Quispe Correa también cita a Gerardo Eto Cruz, que sostiene:

...la inconstitucionalidad por omisión, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un tiempo razonable, ocasionando por ello perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar a su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador [y más adelante agrega, con efecto aclaratorio, que] las únicas que generarían la inconstitucionalidad por omisión serían las normas de carácter programático que de ordinario requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse...

¹⁰¹¹ Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 29.

¹⁰¹² *Loc. cit.*

Bazán refiere que esta modalidad de inconstitucionalidad se presenta cuando se obvia actuar a pesar de la existencia de “expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros”¹⁰¹³.

Al hacer acopio de las notas comunes de las definiciones anteriores, el autor del presente trabajo es de la idea de que la inconstitucionalidad por omisión **se produce cuando se viola la Constitución por la inactividad, en un plazo razonable, por parte de los órganos a los que aquella encarga, de forma expresa o implícita, la emisión de alguna disposición normativa, o bien porque la regulación fue cumplida, pero de forma insuficiente, deficiente o discriminatoria**¹⁰¹⁴.

Los contenidos de las definiciones relacionadas también permiten deducir que para estimar que concurre inconstitucionalidad por omisión se precisan de los siguientes requisitos:

- a) La existencia de **mandato constitucional** –explícito o implícito–, el cual constituye una obligación distinta del deber genérico de legislar, ya que implica la existencia de órdenes emanadas del texto fundamental que precisan de desarrollo infraconstitucional, pues, por extenso que sea el magno texto, no puede regularlo todo, por lo que encarga a los órganos que les reconoce competencia la posibilidad de completar el precepto fundamental incompleto.

- b) La **inacción** del encargado de emisión de la disposición normativa; o sea que, ante una directriz de actuar, el encargado de dictar una disposición

¹⁰¹³ Bazán, Víctor, “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 2, 2004, p.199.

¹⁰¹⁴ El tesista expuso esta definición en el trabajo: Salguero Salvador, Geovani, “La inconstitucionalidad por omisión en Guatemala”, *Revista Jurídica*, núm. XIX, 2013, p. 105.

normativa toma una actitud pasiva. El ejemplo más claro de ello es el incumplimiento de un precepto fundamental de tipo programático.

- c) El transcurso de un **plazo razonable**; ello en virtud de que no puede estimarse incumplido un mandato constitucional luego de la inmediata promulgación de un texto fundamental. Para estimar que no se ha cumplido con un mandato debe tenerse en cuenta el período que los propios textos constitucionales otorgan para el efecto, o, en su caso, que razonablemente haya transcurrido un período de tiempo que permita al órgano encargado integrarse y ponerse al tanto de su obligación de emitir la norma respectiva.

Se estima que los elementos mencionados son los que determinan la concurrencia de inconstitucionalidad por inactividad por parte del encargado de emitir una disposición normativa¹⁰¹⁵.

Respecto de los elementos para que se configure una inconstitucionalidad por omisión, debe clarificarse que no es lo mismo una laguna legal que no necesariamente implica una violación a la carta fundamental, que la omisión inconstitucional que sí supone un incumplimiento consciente a un deber que emana de aquella. Además, conviene tener presente que los mandatos referidos pueden ser expresos o explícitos, cuando la directriz de actuar es directa e indubitable, siendo innecesaria inferencia alguna respecto de lo que la disposición normativa exige cumplir; en tanto que son implícitos, cuando ese mandamiento es deducido del contenido del texto fundamental.

Ciertamente, lo relacionado respecto de cómo se configura la inconstitucionalidad por omisión permite advertir un escenario no previsto en el diseño primigenio del

¹⁰¹⁵ A los elementos enunciados pueden incluirse un presupuesto que solo opera para algunos Estados, tales como Venezuela y Ecuador, en los que se ha regulado la facultad del órgano jurisdiccional de subsanar la omisión violatoria de la constitución. Este último puede ser considerado un requisito no generalizado y el cual genera muchas disensiones ya que implican otorgar facultades legislativas a los tribunales. Sobre el particular, véase: Sagüés, Néstor Pedro, "La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario", *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional*, Managua, Instituto de Estudios e Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 95 y ss.

control constitucional normativo ni en las previsiones del legislador constituyente guatemalteco, al instaurar la inconstitucionalidad general, directa o abstracta, como garantía constitucional viable para cuestionar la legitimidad de un texto normativo –efectivamente existente– a la luz de lo regulado en el magno texto. A ello debe agregarse que ese tipo de inconstitucionalidad tampoco se suele regular en la normativa procesal constitucional; así ocurre en Guatemala. Las circunstancias particulares que motivan los planteamientos de inconstitucionalidad contra omisiones normativas e, igualmente, la singularidad de los pronunciamientos que han de ser emitidos para expresar las mejores respuestas posibles a ese tipo de solicitudes es lo que posibilita hablar de sentencias constitucionales atípicas en estos casos.

7.2.1 Clasificación de las sentencias emitidas al examinar la constitucionalidad de omisiones normativas

El jurista español Fernández Rodríguez, quien ha sido estudioso del instituto de la inconstitucionalidad por omisión, refiere que esta puede manifestarse de forma absoluta y relativa, coincidiendo con la clasificación más aceptada al respecto y sobre la cual se hará énfasis más adelante. Además, agrega la posibilidad de enfrentarse con las siguientes variedades de omisiones: (a) **formales** y **materiales**, suponiendo las primeras que el legislador adopta una posición total o parcialmente inactiva frente al mandato que deriva de la Constitución, precisando de desarrollo regulatorio para llenar el vacío que es detectado; en tanto que las segundas conciernen a la vulneración al principio de igualdad –concorre discriminación–, lo que se produce por el olvido de equiparar a un grupo a los que efectivamente son protegidos por la normativa existente; (b) **que afectan a derechos fundamentales** y **que no los afectan**, esta clasificación obedece a la necesidad de desarrollar medidas complementarias –emisión de normativa material y procesal– para hacer efectivos aquellos derechos, teniéndose en cuenta el distinto peso de las previsiones constitucionales en torno a ese propósito; y (c)

evitables e **inevitables**, esta división estaría motivada por lo que el propio jurista denomina “influencias extrajurídicas”; en las primeras, la eficacia de las disposiciones normativas queda en entredicho por carecer de dotaciones presupuestarias u otras actuaciones paralelas que pudieron llevarse a cabo; en cambio, las segundas están motivadas por factores extrajurídicos que impiden al legislador poder desarrollar la normativa necesaria para cumplir los mandatos constitucionales –exigencias monetarias excesivas, por ejemplo–¹⁰¹⁶.

Por su parte, Sagüés hace referencia a “diversas clases” de inconstitucionalidades por omisión, aludiendo a lo siguiente: (a) el **comportamiento omisivo de actos individuales**, lo que podría suscitarse por la falta de pronunciamiento de algún órgano del Poder Ejecutivo en algún punto sobre el cual debe expedirse; como ejemplos, evoca el *writ of mandamus* norteamericano, o la falta de designación de algún alto funcionario cuando constitucionalmente existe la obligación de hacerlo; y (b) la “**omisión de normas generales** por parte de quien debe pronunciarlas”, incluyendo, dentro de los posibles obligados, a los tres poderes estatales. Por obviedad, el legislativo podría dar pie a una omisión de ese tipo al incumplir las cláusulas programáticas constitucionales –o sea: no auto-operativas–, así como otro de obligaciones emergidas del texto de la Constitución; el ejecutivo también podría incurrir en omisión de tipo normativo cuando dejare de reglamentar los decretos parlamentarios; e igualmente el Poder Judicial podrían dar lugar a ese tipo de omisión cuando no cumple ciertos roles legisferantes que expresamente el magno texto le encomienda. Al respecto, ha de indicarse que no cabe duda de que esta clasificación es de suma utilidad para el entendimiento de las omisiones inconstitucionales; sin embargo, las primeras que propone Sagüés no serían pasibles de control constitucional normativo, sino de otro tipo de mecanismos procesales –el amparo sería viable–, por lo que es ocioso detenerse a su análisis.

¹⁰¹⁶ Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 116 a 121.

Detenimiento especial merece el abordaje de la casi generalizada tendencia a clasificar la inconstitucionalidad por omisión en absoluta –también denominada total o material– y relativa –igualmente llamada relativa o formal–¹⁰¹⁷. Esa división ha emergido de la doctrina alemana, en especial por los aportes del exjefe del Tribunal Constitucional Federal alemán Franz Wessel¹⁰¹⁸, habiendo tenido un impacto decisivo en la determinación de las respuestas que habrá de dictarse al atender las inconstitucionalidades directas motivadas por la estimación de la concurrencia de una actitud desidiosa o, bien, deficiente o insuficiente de los agentes estatales obligados a la producción normativa necesaria para cumplir con mandatos constitucionales.

Como adelanto al abordaje de los tipos relacionados, ha de indicarse que la inconstitucionalidad por omisión puede ser “*absoluta* cuando exista una ausencia total de norma secundaria sobre un tema o precepto constitucional que debería ser desarrollado legislativamente; o bien *relativa*, cuando habiendo algún tipo de ejercicio legislativo, resulte incompleto o deficiente”¹⁰¹⁹.

En las líneas subsiguientes serán analizadas los tipos de sentencias mencionadas; para el efecto se evocarán ejemplos de fallos de la CC para determinar la suerte que los planteamientos han experimentado.

¹⁰¹⁷ Sagüés propone una clasificación semejante; a su juicio, las omisiones normativas provocan inconstitucionales por mora o por negación; la primera concurre cuando algunos órganos Estatales omiten cumplir lo que dispone la Constitución, configurándose “mora en la producción de normas generales” y la segunda “se produce cuando quien debía tomar una decisión, según la Constitución, la ha adoptado, pero ella desconoce o rechaza algo que la Constitución concede”. Para abundar sobre el tema, véase: Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional...*, cit., pp. 155 y ss.

¹⁰¹⁸ Bazán, Víctor, *Control de las Omisiones...*, cit., p. 113.

¹⁰¹⁹ Ferrer Mac-gregor, Eduardo, *Panorámica...*, cit., p. 578.

7.2.1.1 Sentencias de inconstitucionalidad por omisión absoluta

Con base en los presupuestos de existencia de una inconstitucionalidad por omisión –referidos en el apartado 7.2–, para que esta sea absoluta, se precisa la total inacción total del encargado de dar cumplimiento a un mandato constitucional en un plazo razonable; o sea que concurre el silencio del encargado de crear la disposición normativa. En palabras de Bazán, esta modalidad se presenta cuando “hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación fiada constitucionalmente”¹⁰²⁰.

Cuando se requiere la actuación de la jurisdicción constitucional aduciendo que una actitud omisa de producción normativa contraviene preceptiva fundamental, ha de indicarse, aunque parezca obvio, que no se pretende expulsión de disposición alguna, sino revertir la pasividad y motivar el cumplimiento del mandato no ejecutado. Justamente, la dificultad de lograr esos efectos, mediante un pronunciamiento jurisdiccional, provoca dudas sobre si el control constitucional normativo es la vía para lograr ese propósito.

En Guatemala no está regulado, de forma expresa, mecanismo alguno relacionado con el control constitucional de omisiones normativas; de hecho, desde una óptica positivista, el examen de una omisión absoluta no sería viable a la luz de lo establecido en el artículo en el artículo 140 de la LAEPC, que dispone que la estimativa de un planteamiento de inconstitucionalidad general trae consigo la pérdida de vigencia de la disposición normativa examinada; ello supone el deber de señalar el enunciado que debe ser examinado –lo que no incluye el silencio normativo–; pese a ello, la innegable existencia de preceptos constitucionales que requieren desarrollo por medio de disposiciones normativas –legislativas o de otro tipo–, tornándose necesario contar con un instrumento que habilite el control constitucional de ese tipo de omisiones.

¹⁰²⁰ Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, cit., p. 117.

Como se verá líneas adelante, el mayor desarrollo jurisprudencial se ha producido en inconstitucionalidades por omisiones relativas, pues ha sido más escabroso el camino recorrido por los planteamientos contra el silencio normativo absoluto, los cuales otrora eran repelidos de entrada por el tribunal constitucional guatemalteco. Muestra de ello es la acción de inconstitucionalidad general total dirigida contra la omisión del CR de emitir la normativa específica ordenada en el artículo 70 de la CPRG; en esa ocasión la CC condicionó la admisión a que el accionante señalara concretamente una disposición cuestionada; sin embargo, pese a la insistencia del accionante en cuanto a que el cuestionamiento lo dirigía contra la inacción parlamentaria, resolvió en el sentido siguiente:

Así, al no haber sido reclamada la intervención de esta Corte en forma legal en asuntos de su competencia, no está en la obligación de tramitar la solicitud planteada ni de efectuar pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión aducida; ello en atención a la exclusión que, interpretado contrario sensu, contempla el artículo 183 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Por consiguiente, dicha solicitud será rechazada. [En el segmento resolutivo se declaró:] **I)** Rechaza la gestión que presentó [...], con el objeto de que este Tribunal “...fije plazo prudencial al honorable pleno del Congreso de la República, para que emita la normativa específica a que obliga el artículo 70 de la Constitución Política de la República...”¹⁰²¹.

Lo anterior significa que el solicitante ni siquiera logró que le fuera admitida a trámite su petición de examen de una de las omisiones más latentes y sentidas en la sociedad guatemalteca, relativa a la emisión de la ley de comunidades y pueblos indígenas.

Un paso adelante se produjo más de un año después cuando un planteamiento semejante –por objeción de omisión absoluta– sí fue admitida para su trámite y fue conocida en SCC de 8 de febrero de 2011 (Exp. 2229-2010); sin embargo, en esta se resolvió:

¹⁰²¹ ACC de 2 de marzo de 2009 (Exp. 63-2009) –no disponible en línea–.

Por lo antes expuesto, esta Corte estima que efectivamente concurre la ausencia de labor legislativa por parte del Congreso de la República en cuanto al tópico que el accionante estima que se ha omitido legislar, a pesar de existir mandato constitucional. No obstante, el planteamiento formulado no puede prosperar dado que se ha incumplido uno de los requisitos esenciales de viabilidad de la inconstitucionalidad directa: la cita puntual de la norma jurídica de la que se acusa contravención constitucional, la cual debe gozar de generalidad y de vigencia; ello es así, ya que si no se formula tal señalamiento no se posibilitaría la confrontación de la norma constitucional y la infraconstitucional¹⁰²².

La emisión de sentencia en el caso antes mencionado pone de manifiesto que la CC realizó el trámite respectivo y que, al emitir pronunciamiento, advirtió la concurrencia de la omisión absoluta señalada por el promotor de la acción, pero no acogió el planteamiento por advertir que no existía disposición normativa a examinar, lo que significa que, aunque agotó el procedimiento, la respuesta a la denuncia de inconstitucionalidad fue en el mismo sentido de la proferida en el auto de rechazo antes transcrito –negándose a conocer el fondo del planteamiento—. Dos años después fue dictado un fallo en el que el tribunal constitucional examinó una nueva acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa; a pesar de la variante instada, el tribunal dejó asentado lo siguiente:

Las omisiones absolutas no puede [sic] configurar un vicio que pueda ser objetable por vía de inconstitucionalidad abstracta. Esto se explica porque si la función esencial de esta Corte es la defensa del orden constitucional, no sería adecuado, a la luz de las disposiciones del texto supremo que este tribunal por pretender subsanar aquella omisión, asumiera no solo una posición extremadamente activista sino que además estaría rebasando el ámbito de sus atribuciones, al arrogarse una función legislativa que en la Constitución le fue concedida a un organismo específico del Estado (Congreso de la República). En todo caso, precisa esta Corte que al estarse ante una omisión absoluta, quienes se consideren afectados con aquélla pueden acudir ante sus representantes electos

¹⁰²² SCC de 8 de febrero de 2011 (Exp. 2229-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815985.2229-2010.pdf>

para el Congreso de la República de acuerdo con un sistema democrático de representación indirecta, y puedan solicitarlo...¹⁰²³.

Meses después al último fallo transcrito, la CC se pronunció sobre un nuevo planteamiento de inconstitucionalidad dirigido contra una omisión absoluta. A pesar de haber determinado la veracidad de la denuncia, el tribunal reiteró su posición en cuanto a la improcedencia, ya que una decisión estimatoria implicaría suplantar en sus funciones al órgano encargado de cumplir con el mandato constitucional. Véase:

a. Es correcto admitir que cuando existe un mandato constitucional como el establecido en el artículo 127 de la Constitución Política de la República, y que es una manifestación en el texto supremo del principio de reserva de ley, la emisión de la ley a que alude el artículo 127 *in fine* ya no puede ser un acto discrecional del Congreso de la República, ni la omisión en el cumplimiento del mandato puede excusarse bajo el pretexto de que las circunstancias actuales del país tornan inconveniente la emisión de dicha ley. [...] b. La decisión que en esta sentencia se asume, en ningún momento avala ni convalida la omisión absoluta a la que se ha hecho referencia anteriormente y cuya concurrencia, como antes se puntualizó, ha sido aceptada por el propio Congreso de la República. La decisión que aquí se asume preserva la naturaleza jurídica propia del control reparador de constitucionalidad escogido por los accionantes. [...] c. La doctrina legal emanada por esta Corte ha precisado que las omisiones absolutas no pueden configurar un vicio que pueda ser objetable por vía de inconstitucionalidad abstracta. [...] Al sustentar lo anterior esta Corte preserva su función esencial de defensa del orden constitucional, y con esa base reafirma que a la luz de las disposiciones contenidas en el texto supremo y en correcta observancia del principio democrático, este tribunal no podría pretender subsanar aquella omisión absoluta asumiendo una posición que, aparte de que pudiera considerarse en extremo activista e impropio por la necesaria prudencia con la que debe conducirse un tribunal constitucional, implique subrogar al Congreso de la República en el

¹⁰²³ SCC de 14 de febrero de 2013 (Exp. 266-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822143.266-2012.pdf>

ejercicio de una atribución –función legislativa– que en la Constitución le confirió a este último organismo de Estado. [...] Por lo anterior y al no ser la vía de inconstitucionalidad abstracta la vía idónea para hacer cesar una omisión absoluta legislativa, se arriba a la conclusión de que la pretensión de inconstitucionalidad promovida por [...] es improcedente...¹⁰²⁴.

Los fallos transcritos ponen de manifiesto los escasos, pero paulatinos avances experimentados localmente, respecto de la viabilidad de la inconstitucionalidad por omisión absoluta. Ciertamente, lo deseable es que estuviera marcada la ruta procesal que habilite ordenar la ejecución de un mandato constitucional, pues, al asumir la inviabilidad de este tipo de planteamientos, sin que se avizore la reversión de ese criterio, se resta fuerza normativa al magno texto. Según Aizenstatd –jurista guatemalteco–, esa situación torna facultativo el cumplimiento de la Constitución, por parte del ente violador; ello implica reconocer un espacio dentro de la función legislativa que no estaría sujeto a lo prescrito en el texto supremo¹⁰²⁵; a juicio del tesista, ello no debe ser aceptado, pues implica tolerar lo inconstitucional.

Las dificultades relacionadas no se suscitan únicamente en el sistema jurídico guatemalteco; de hecho, Wessel sostuvo la inoperatividad de la denuncia de inconstitucionalidad por omisión absoluta pretendiendo que se obligara al legislador omiso a producir la ley faltante, por lo que, de plano, advierte imposibilidad de cualquier intervención represiva¹⁰²⁶.

En el ámbito jurisdiccional pueden encontrarse ejemplos similares a los de Guatemala en cuanto a declaratorias de inviabilidad de planteamientos de inconstitucionalidades por omisión total; ese es el caso de Colombia, en cuya sentencia de 14 de octubre de 2009 (Exp. C-728/09), dictada en ocasión de

¹⁰²⁴ SCC de 10 de diciembre de 2013 (Exp. 1135-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824269.1135-2013.pdf>

¹⁰²⁵ Aizenstatd L., Alexander, “El derecho de la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 19, 2013, p. 151.

¹⁰²⁶ Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, cit., p. 117.

examinar la Ley 48 de 1993, que regulara lo relativo al servicio de reclutamiento y movilización, se hizo relación de la viabilidad de la inconstitucionalidad por omisión relativa; empero, respecto de la absoluta, se dejó plasmado lo siguiente:

Como se ha puesto de presente, la Corte ha puntualizado que no cabe el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas absolutas, toda vez que *“la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales (...). Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”*. Lo anterior, sin embargo, no ha impedido que la Corte, en diversas oportunidades, haya acudido a los exhortos al legislador, para que en un plazo razonable, expida la legislación que se echa de menos a la luz de los mandatos constitucionales. Así ha ocurrido, por ejemplo con el llamado al Congreso para que expida una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea acorde con la Constitución; o para que actualice la legislación electoral, o para que expida el estatuto del trabajo en los términos del artículo 53 de la Carta¹⁰²⁷.

A pesar de la firme intención de compartir fallos con contenidos no tradicionales, ha de aceptarse que, pese a que las inconstitucionalidades por omisión absoluta derivan de una modalidad especial –no típica– de planteamientos, lo cual no fue previsto ni en el diseño primigenio ni en la normativa procesal guatemalteca, la falta de apertura hacia la posibilidad de examinar vacíos normativos totales ha provocado que las sentencias evocadas en este segmento de la tesis sean de pura desestimación; ello denota que no se hizo uso de remedio o pronunciamiento especial que permitiera superar el vacío normativo denunciado, cuya detección era posible.

¹⁰²⁷ Sentencia C-728/09, de 14 de octubre de 2009 (Exp. D-7685). Disponible en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-728-09.htm>

Pese a lo antes expresado, se guarda la esperanza que, en un futuro cercano y con el ánimo de alcanzar la máxima fuerza normativa del texto constitucional, se regule o acepte jurisprudencialmente la posibilidad de declarar procedente un planteamiento de este tipo. Esa necesidad sentida encuentra apoyo en la advertencia de varios mandatos expresos incumplidos que pueden ser hallados en el magno texto; a guisa de ejemplo, se evocan los siguientes artículos: (a) 70, que refiere que una ley específica regulará lo relativo a comunidades indígenas; (b) 127, que indica que una ley específica normará lo concerniente al régimen de aguas; (c) 242, que dispone que una ley sobre la materia regulará lo relativo a un fondo de garantía que habría de constituirse para financiar programas de desarrollo económico y social; (d) 3 de las disposiciones transitorias y finales, que dispone que el CR emitirá una ley relativa a nacionalidad “a la brevedad posible” – si bien existe un cuerpo normativo que regula la materia, este es preconstitucional–; y (e) 9 de las disposiciones transitorias y finales, que impone la emisión de cuatro leyes, habiéndose cumplido con la emisión de tres de estas, pero faltando el “Código Tributario Municipal”, habiéndose concedido, para el efecto, un plazo de un año a contar de la instalación del Congreso.

7.2.1.2 Sentencias de inconstitucionalidad por omisión relativa

Esta modalidad se produce cuando existe la disposición normativa, pero su regulación es incompleta, deficiente o discriminatoria, por lo que no se ajusta a las exigencias constitucionales, o sea que concurre falta de cumplimiento de un mandato constitucional, pero ello se produce por el contenido mismo de un enunciado normativo.

El control de constitucionalidad de omisiones relativas no suscita el mismo nivel de oposición que sí suele darse con la de tipo absoluto, por cuanto que, a diferencia de estas, aquí sí existe un producto normativo concreto sobre el cual se realiza el análisis de constitucionalidad; por ello mismo se dice que el vacío objeto de

cuestionamiento es relativo o parcial. En esa posición coincide Villaverde, al indicar:

La diferencia con los silencios de la ley u omisiones relativas radica en que en estas última sí hay un enunciado legal específico que regula la materia, pero lo hace de forma tal que omite extender esa regulación a ciertas dimensiones o porciones de esa materia generando una omisión relativa, es decir, en relación con la norma expresa establecida en el enunciado legal en cuestión¹⁰²⁸.

En Colombia, el tribunal constitucional, marcando las diferencias existentes con la inconstitucionalidad por omisión absoluta, ha referido que sí tiene competencias para examinar omisiones relativas, indicando que estas podrían producirse conforme a los supuestos que ahí se indican. Véase:

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la Corte carece de competencia para pronunciarse acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una omisión legislativa absoluta, aunque puede hacerlo respecto de la omisión relativa. Esta última tiene lugar cuando el legislador “*al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.*” y puede ocurrir de varias maneras: (i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución¹⁰²⁹.

En el repertorio de sentencias constitucionales guatemaltecas se encuentra la SCC de 14 de febrero de 2013 (Exp. 266-2012) –de cuyas consideraciones de fondo se hará referencia más adelante–, en la cual, en ocasión de examinarse una

¹⁰²⁸ Villaverde, Ignacio, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰²⁹ Sentencia de C-351/13, de 19 de junio de 2013 (Exp. D-9380). Disponible en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-351-13.htm>

inconstitucionalidad por omisión, se hace relación de las dos modalidades clásicas, precisando, en cuanto a las que se comentan en este apartado, lo siguiente:

En las relativas, el legislador, al propulsar una norma para *obedecer* el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros. Bazán refiere que en los supuestos de omisión relativa es en los que el control judicial de constitucionalidad sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada, de manera que no cualquier omisión viabilizará el control, sino solo aquella cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma completa una determinada imposición constitucional...¹⁰³⁰.

A juicio del tesista, la definición plasmada solo abarca uno de los aspectos que podría dar lugar a la inconstitucionalidad por omisión relativa –la regulación discriminatoria–; sin embargo, aunque la labor central de un fallo no sea la definición de conceptos, se aprovechó la oportunidad en la SCC de 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016) –sentencia comentada con antelación– para describir ese instituto jurídico procesal:

Específicamente, la variedad de acción planteada es la inconstitucionalidad por omisión relativa en la cual se denuncia un silencio normativo que no es total, puesto que no se está ante la inexistencia de una disposición normativa, sino que se cuestiona de esta que su regulación sea incompleta, deficiente o discriminatoria, lo que podría incidir en que su contenido no se ajuste a las exigencias constitucionales¹⁰³¹.

Al reparar que una disposición normativa objeto de examen no se ajusta a la Constitución, por contener defectos que la hacen incompleta, deficiente o discriminatoria, es usual que los tribunales constitucionales recurran a

¹⁰³⁰ SCC de 14 de febrero de 2013 (Exp. 266-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822143.266-2012.pdf>

¹⁰³¹ SCC de 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837219.2112-2016.pdf>. El fallo también tiene la bondad de hacer una sucinta relación del desarrollo de las inconstitucionalidades por omisión relativa en Guatemala, respecto de las cuales se comentará con posterioridad.

pronunciamientos con contenido atípico como los abordados en los apartados que preceden, en especial a exhortaciones dirigidas al legislador y, si el tipo de enunciado lo permite, pueden hacerse las adiciones o adecuaciones respectivas. Otros órganos jurisdiccionales constitucionales, en cambio, están facultados para subsanar tales escollos, de conformidad con lo regulado en sus respectivos textos fundamentales –como Ecuador y Venezuela, donde se ha regulado constitucionalmente la figura del legislador suplente y precario–.

El recuento de los fallos emitidos para resolver omisiones constitucionales relativas revela que desde hace dos décadas se ha invocado esta modalidad de planteamiento. Así lo testifica la SCC de 19 de julio de 1994 (Exp. 179-94), en la que se adujo la concurrencia de una “violación por omisión” a un precepto constitucional transitorio. Si bien no se puede aseverar que, de manera consciente e intencional, el promotor de la garantía constitucional hizo uso de esta modalidad especial de planteamiento, pues no le llama expresamente “inconstitucionalidad por omisión relativa”, ha de aceptarse que el examen realizado, en efecto, se encaminó a determinar si el cuerpo normativo cuestionado –Decreto 2-94 del Tribunal Supremo Electoral– contenía una regulación insuficiente, sobre la base de que el denunciante refería que en el decreto cuestionado no se hacía referencia a la terminación de funciones de los diputados del CR, que serían sustituidos –producto de un proceso de depuración– por uno nuevo, lo que podría dar lugar a lo inaudito de contar con dos parlamentos. A raíz del análisis la decisión fue desestimatoria; empero, marca el punto de partida de fallos emitidos respecto de la modalidad especial de planteamientos que se comentan en este segmento:

Refiere el accionante que el Decreto impugnado viola por omisión, el artículo 23, nuevo transitorio, de la Constitución Política de la República, ya que, como consecuencia del mismo, podría elegirse un Congreso que no podrá tomar posesión; en el caso de que lo hiciere substituiría a un Congreso inexistente y podría darse la coexistencia de dos Congresos. [...] de conformidad con lo anterior, sólo cabe concluir que el Congreso que debe sustituirse por la legislatura

a integrarse por diputados que se elegirán de conformidad con el inciso a) del artículo 23 mencionado, es el Congreso que actualmente está funcionando. Es decir, no existe la inconstitucionalidad por omisión que se ha interpuesto¹⁰³².

Después del fallo transcrito, le sucedieron varios más¹⁰³³. Se estima que el paso más significativo en cuanto a la viabilidad de una inconstitucionalidad por omisión, y la variedad relativa en particular, se produjo en la SCC de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011), en la que fue acogido el primer planteamiento de ese tipo. La relevancia del fallo antes comentado es que dedica todo un considerando para explicar esta modalidad atípica de acción de inconstitucionalidad general; además, de forma por demás didáctica, se dejaron establecidas las diferencias entre las variantes existentes –absoluta y relativa, abriendo totalmente las puertas a la última, sin cerrarlas para la otra–; se citaron antecedentes locales y jurisprudencia de otros tribunales constitucionales; se trajeron a cuenta referentes doctrinarios y de Derecho Comparado; y se dejó asentado que el señalamiento puede estar sustentada en transgresión constitucional no solo por inobservancia directa a fragmento alguno de la Constitución, sino también por incumplimiento de un deber que emana del texto fundamental, tal como los compromisos asumidos por el Estado en materia de protección de los derechos humanos, por medio de tratados, a cuyo contenido se les reconoció expresamente el carácter de *bloque de constitucionalidad*. Lo anterior pone de manifiesto lo ilustrativa que ha resultado el contenido de la resolución, pues se dejaron sentadas directrices cuyo avance no podría ser revertido. En el pronunciamiento se estableció:

¹⁰³² SCC de 19 de julio de 1994 (Exp. 179-94). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791757.179-94.pdf>

¹⁰³³ Un ejemplo se encuentra en la SCC de 14 de marzo de 2012 (Exp. 4238-2011), en la que se examinó un planteamiento de inconstitucionalidad por omisión relativa, la cual fue declarada sin lugar; pese a ello se optó por efectuar una exhortación en el siguiente sentido:

...sin embargo [de la declaratoria sin lugar], se exhorta al Congreso de la República para que, de acuerdo a lo considerado en el presente fallo, emita la normativa correspondiente en virtud de la cual se regule la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales.

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/819600.4238-2011.pdf>

En estos casos de la omisión relativa, a que hace referencia el citado autor Víctor Bazán, en la emisión de una norma, puede ocurrir una transgresión a la igualdad cuando el legislador establece determinados supuestos que favorecen a ciertos grupos y olvida otros que provocan una norma desigual e incompleta. Sin embargo, la omisión legislativa puede ser denunciada también cuando se estima la transgresión a normas constitucionales como las contenidas en los artículos 44 y 46 de la propia Constitución, vinculada tal omisión a la prohibición de una protección deficiente en materia de derechos humanos. [En el segmento resolutivo del fallo que se comenta se dispuso declarar:] **I) Con lugar** la acción de inconstitucionalidad por omisión planteada [...] **II)** El artículo 201 Bis del Código Penal conserva su vigencia, por no adolecer de vicio intrínseco en su actual contenido, aunque deberá ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles o Degradantes y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y que, conforme lo considerado, han sido omitidas en la legislación penal vigente. **III)** En consecuencia: **a)** que, conforme la Constitución Política de la República, entre otros, tienen iniciativa de ley para el efecto los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, por lo que la presente sentencia deberá notificársele a dichos órganos del Estado; **b)** que, no obstante no tener fijado plazo en la Constitución Política de la República para la emisión de la legislación señalada, **se exhorta** a los indicados órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia¹⁰³⁴.

Al ser constatada una omisión relativa, la CC dispuso exhortar la actividad legislativa para superar la deficiencia advertida en la disposición normativa examinada. Luego de conocer el objeto de cada una de las modalidades de sentencias atípicas, se estima que el tribunal fue acertado al utilizar el recurso de la exhortación, ya que, si bien en otros sistemas jurídicos se hace uso de los fallos interpretativos aditivos para complementar el sentido del enunciado al que le

¹⁰³⁴ SCC de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>

fueron encontradas falencias¹⁰³⁵, en el caso objeto de examen ello no era viable porque la disposición objeto de examen tipifica un delito y el principio de legalidad penal restringe cualquier modificación al margen del proceso legislativo.

En sentencia dictada el 14 de febrero de 2013 (Exp. 266-2012) –relacionada con antelación–, el tribunal constitucional guatemalteco examinó una nueva inconstitucionalidad por omisión relativa, la cual fue declarada sin lugar; sin embargo, se advierte relevante que en esta quedaron plasmados lo que la Corte de Constitucional denominó “presupuestos de procedibilidad” del singular mecanismo de control constitucional normativo, a saber: “i) que el texto de la norma constitucional que contenga el mandato omitido sea el texto vigente en el momento en el que se promueve la pretensión”; este extremo no provoca controversia alguna; empero, sí es controvertido que se haya sujetado la procedencia del examen de una omisión relativa al siguiente requisito: “ii) que la norma impugnada haya sido emitida con posterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política de la República”¹⁰³⁶. Según criterio del tesista, no fue tan afortunado que se haya hecho esa precisión, pues la circunstancia de que la disposición normativa examinada tenga vigencia preconstitucional no debe ser óbice para que pueda ser superada una deficiencia existente en un precepto contenido en un cuerpo normativo de inferior jerarquía al texto constitucional; ello porque lo verdaderamente relevante al concretarse el control constitucional es evitar que, a la par de la carta fundamental, coexista un precepto que la contradiga y no endilgar responsabilidad a un órgano creado por aquella. En todo caso, ha de reconocerse que el criterio comentado fue superado con la emisión de la SCC de 8 de noviembre de 2016 (Exp. 3438-2016), en ocasión de haberse examinado la denuncia de inconstitucionalidad por omisión relativa del artículo 107 del Código

¹⁰³⁵ Esto es sostenido en el siguiente trabajo: Paladines, Jorge Vicente, “Omisión legislativa nominativa del decisionismo político al control constitucional”, *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional*, Managua, Instituto de Estudios e Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 572.

¹⁰³⁶ SCC de 14 de febrero de 2013 (Exp. 266-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822143.266-2012.pdf>. Este fallo también fue comentado al abordar las inconstitucionalidades por omisión absolutas en el inciso 7.2.1.1.

Penal, que regula lo concerniente a la prescripción de la responsabilidad penal, habiéndose argumentado que esa disposición no incorporaba el supuesto de imprescriptibilidad de ciertos delitos, obviando que existe consenso en la comunidad internacional, que esa directriz posee categoría de “norma consuetudinaria imperativa *ius cogens*”. Se indicó en el último fallo que no podía limitarse el control constitucional al hecho que un precepto hubiere sido emitido con antelación la vigencia de la Constitución, “ya que lo que se pretende evitar, en defensa de la supremacía constitucional, es la existencia de disposiciones de inferior jerarquía que contradigan –en su contenido o por omisión– la Ley Fundamental”¹⁰³⁷. También es pertinente señalar que en el fallo de 29 de enero de 2019 (Exp. 3239-2017) se examinó la inconstitucionalidad por omisión dirigida contra los artículos 4, 10, 43 y 79 de la Ley de Nacionalidad, Decreto 1613 del Congreso de la República de Guatemala, enunciados normativos que datan de 1966, siendo de origen preconstitucional¹⁰³⁸.

El desarrollo evidenciado en las sentencias emitidas sobre el tema permite advertir que, aunque haya existido la necesidad de superar las iniciales, los planteamientos de inconstitucionalidad por omisión relativa han experimentado

¹⁰³⁷ SCC de 8 de noviembre de 2016 (Exp. 3438-2016). Concretamente, el párrafo que se hace apartamiento del criterio comentado es el siguiente:

...advierte esta Corte que en la sentencia de catorce de febrero de dos mil trece, dictada dentro del expediente 266-2012, se sostuvo que cuando se denuncia inconstitucionalidad por omisión derivada del incumplimiento de mandatos expresos del Texto Supremo, el planteamiento debe satisfacer, al menos, los siguientes presupuestos de procedibilidad: i) que el texto de la norma constitucional que contenga el mandato omitido sea el texto vigente en el momento en el que se promueve la pretensión; y ii) que la norma impugnada haya sido emitida con posterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política de la República. En cuanto a este último presupuesto, al realizar un nuevo examen del asunto, este Tribunal estima inviable mantener el criterio aludido, en atención a que el control constitucional no puede limitarse por el hecho de que un precepto hubiere sido emitido con anterioridad a la vigencia de la Constitución, ya que lo que se pretende evitar, en defensa de la supremacía constitucional, es la existencia de disposiciones de inferior jerarquía que contradigan –en su contenido o por omisión– la Ley Fundamental. Además, derivado de la figura del bloque de constitucionalidad es imperativa, como se apuntó *ut supra*, la observancia no solo del texto formal de la Constitución, sino, además, de su contenido material, que se nutre continuamente, entre otros, de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, por lo que para mantener la plena vigencia de los derechos fundamentales es necesario que el control constitucional alcance todas las normas que integran el ordenamiento jurídico, indistintamente de su vigencia pre o posconstitucional...

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/832763.3438-2016.pdf>

¹⁰³⁸ SCC de 29 de enero de 2019 (Exp. 3239-2019). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/841009.3239-2017.pdf>

buena receptabilidad; de hecho, ni siquiera en el fallo más antiguo de los comentados se plasmó reticencia alguna en la realización del examen pretendido. Se estima que ello ha sido así, dado que en estas acciones sí había un señalamiento concreto de disposición normativa sobre la cual debía practicarse el análisis respectivo.

En ocasión de hacer un abordaje especial sobre las sentencias atípicas producidas en virtud de planteamientos de inconstitucionalidad por omisión relativa, no puede pasarse por alto hacer comentarios sobre los multicitados fallos de 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2017) y de 4 de junio de 2018 (Exp. 1732-2015), que efectivamente conllevan respuestas no tradicionales a complejos planteamientos, dado que, en la primera, se advirtió la concurrencia de una omisión, pero no relativa, como señalaron los accionantes, sino absoluta al carecer de la ley idónea que regulara el tópico de interés de los promotores de la garantía constitucional; en cambio, en la segunda, se efectuó un planteamiento convencional, pero el tribunal determinó que la mejor forma de responder a la denuncia de inconstitucionalidad era darle un trato de omisión inconstitucional relativa.

Los ejemplos referidos en el párrafo precedente reflejan que los órganos jurisdiccionales encargados del control de constitucionalidad deben encontrar las respuestas que más se ajusten al objetivo de máxima protección a las personas soslayando formalidades que, con actitud garantista, pueden ser superadas. Según criterio del tesista, esa oportunidad no fue aprovechada en la SCC de 14 de diciembre de 2017 (Exp. 2949-2016), en la que se examinó el artículo 152, literal f), del Código de Trabajo, motivado por un planteamiento de inconstitucionalidad por omisión relativa, bajo el argumento que este reconocía el derecho de la madre trabajadora, que optaba por la adopción de un niño, a gozar de licencia concediéndole un período de tiempo para que tanto ella como el menor de edad pudieran adaptarse; no obstante, no lo reconocía al padre adoptante. Al resolver, el tribunal constitucional privilegió aspectos de técnica normativa, aduciendo que

no concurría la omisión denunciada sobre la base de que el artículo cuestionado regulaba cuestiones relativas a derechos de la mujer trabajadora; si bien se advirtió que era “aconsejable” que el padre trabajador también gozara del derecho relacionado, se optó por desestimar llanamente el planteamiento, sin aprovechar – mediante una sentencia con contenido atípico– la oportunidad para motivar la producción de la disposición normativa que regulara lo que se estimó aconsejable, pese a la experiencia demostrada con antelación. A juicio del tesista, ello denota inconsistencias entre lo advertido –lo aconsejable de regular– y lo resuelto –la desestimación llana–. Véase un segmento de lo considerado:

La norma que se cuestiona de inconstitucionalidad por omisión es el artículo 152, literal f), la cual se encuentra contenida en el **título cuarto**, que hace referencia al trabajo sujeto a regímenes especiales, **capítulo segundo**, que regula lo relativo al trabajo de mujeres y menores de edad. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo antes expuesto, es evidente que la norma cuestionada de inconstitucionalidad por omisión relativa desarrolla derechos de la madre trabajadora y lo hace dentro del título cuarto, capítulo segundo del Código de Trabajo referente al trabajo de mujeres y menores de edad y al encontrarse situada en el apartado antes señalado se reconoce y protege el derecho de la madre trabajadora adoptante, y se le equipara a los de la madre biológica, a efecto que pueda gozar de un período de adaptación (licencia post-parto), con el niño adoptado. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que en el caso concreto, no podría reprocharse a la disposición que regula derechos de la madre trabajadora una omisión relativa, al señalar que se omitió la regulación de los derechos del hombre trabajador en igualdad de circunstancias. La norma reprochada contiene una disposición en la que se pretende proteger y equiparar los derechos entre la madre adoptante y la madre biológica (los cuales se encuentran protegidos y regulados en el Código de Trabajo), por lo que **no podría estimarse que en esta existe una omisión inconstitucional al no reconocer al padre adoptante un derecho a su favor**¹⁰³⁹ [el énfasis es añadido].

¹⁰³⁹ SCC de 14 de diciembre de 2017 (Exp. 2949-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837856.2949-2016.pdf>

Con relación a lo remarcado en estudios doctrinarios, en cuanto a que no toda omisión puede ser estimada como de relevancia constitucional, es pertinente traer a cuenta un planteamiento de inconstitucionalidad del Estado de Guatemala, por medio de la Procuraduría General de la Nación, contra el Decreto 44-2016 del CR, el cual contiene el Código de Migración. En concreto se cuestionaron algunas disposiciones y la supuesta omisión en que incurrió el Organismo Legislativo, al no haber adicionado dos artículos al decreto objetado, a fin de regular las funciones asignadas al Director General de Migración durante la transición de atribuciones de esa dependencia estatal al Instituto Guatemalteco de Migración, así como lo concerniente a la emisión de pasaportes, que, en la práctica, había encontrado algunos escollos. Al respecto, se resolvió:

[N]o resulta factible atender las omisiones relativas denunciadas y menos ordenar al Congreso de la República emita la adición de los artículos con los textos sugeridos por el accionante para subsanar aquellas que consideró imprevisiones, al no ser una labor que corresponda a esta Corte, pues ello equivaldría a invadir la esfera de funciones del Organismo Legislativo, aunado a que el interesado comentó en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión en relación a los pasaportes, una situación de índole fáctica en la que aparentemente funda el vicio denunciado, lo cual que no es discutible en este tipo de acciones¹⁰⁴⁰.

Lo transcrito da cuenta que el tribunal constitucional advirtió improcedente la pretensión de que se ordenara al CR formular la adición que superara el vacío normativo que se denunció, así también que no podía acogerse la inconstitucionalidad porque este se sustentaba en argumentación fáctica; así las cosas, si bien no se refutó que, en realidad, pudiera concurrir aquel vacío, se estimó que el planteamiento y sus particulares motivaciones no debían ser conocidas por la vía procesal instada.

¹⁰⁴⁰ SCC de 30 de enero de 2018 (Exp. 1972-2017). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/838147.1972-2017.pdf>

Las sentencias comentadas dan cuenta de que la CC ha emitido un número considerable de fallos en ocasión de denuncias dirigidas contra omisiones normativas que conllevan el incumplimiento de mandatos constitucionales. Además de las referidas, también son ejemplo los pronunciamientos dictados el 22 de febrero de 2011 (Exp. 2242-2010)¹⁰⁴¹, el 12 de febrero de 2013 (Exp. 4877-2011)¹⁰⁴², el 27 de marzo de 2013 (Exp.401-2013)¹⁰⁴³, el 27 de marzo de 2014 (Exp. 2664-2013)¹⁰⁴⁴, el 19 de noviembre de 2015 (Exp. 1076-2015)¹⁰⁴⁵ y el 10 de agosto de 2017 (4506-2016)¹⁰⁴⁶.

7.2.1.3 Sentencias de inconvencionalidad por omisión

Con la consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a mediados del siglo XX, se abrió la posibilidad que los Estados asumieran compromisos, dentro de los cuales destacan los relativos a la modificación de las disposiciones normativas internas para permitir el pleno goce de los derechos fundamentales a los gobernados. Estos fueron acordados en instrumentos de variada denominación –tratados, convenciones, acuerdos, pactos, etc– y su incumplimiento ha derivado en responsabilidad estatal, de conformidad con lo establecido en los propios documentos o en atención a lo regulado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que regula que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹⁰⁴¹ SCC de 22 de febrero de 2011 (Exp. 2242-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815988.2242-2010.pdf>

¹⁰⁴² SCC de 12 de febrero de 2013 (Exp. 4877-2011) Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/821959.4877-2011.pdf>

¹⁰⁴³ SCC de 27 de marzo de 2014 (Exp. 401-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824916.401-2013.pdf>

¹⁰⁴⁴ SCC de 27 de marzo de 2014 (Exp. 2664-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824914.2664-2013.pdf>

¹⁰⁴⁵ SCC de 19 de noviembre de 2015 (Exp. 1076-2015). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/829891.1076-2015.pdf>

¹⁰⁴⁶ SCC de 10 de agosto de 2017 (Exp. 4506-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835814.4506-2016.pdf>

Un ejemplo palpable de los compromisos asumidos por los Estados puede ser hallado en el artículo 1 de la CADH indica que los Estados partes se comprometen a respetar las libertades y derechos consagrados en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción; luego, en el precepto siguiente establece que si aquellas libertades y derechos no estuvieren garantizadas a nivel local, por medidas legislativas o de otro carácter, estas deberán ser adoptadas con arreglo a los procedimientos constitucionales nacionales y a las disposiciones de la Convención, a fin de hacerlos efectivos. Lo expuesto pone de manifiesto que los Estados pueden incurrir en violación convencional –o inconvencionalidad–, ya sea por acción o, bien, por omisión, cuando se incumple con la adopción de las medidas referidas.

En la parte introductoria de la inconstitucionalidad por omisión se refirió que esta se concreta con la actitud desidiosa del encargado de dar cumplimiento a un mandato constitucional; pues bien, el reconocimiento de que los instrumentos normativos en materia de derechos humanos tienen contenido constitucional permite advertir que la pasividad legislativa también puede configurar una omisión inconvencional –e inconstitucional, a la vez– cuando no es cumplido un compromiso internacional que, en materia de derechos humanos, haya asumido el Estado¹⁰⁴⁷.

Ciertamente, la omisión de cumplimiento de un compromiso internacional implica contravención al instrumento normativo del cual deriva la obligación; no obstante, esa situación también puede configurar una omisión con relevancia constitucional, particularmente cuando la Carta Fundamental reconoce autoridad a los tratados internacionales de derechos humanos con relación al derecho interno, o cuando en su articulado esté contenida una cláusula abierta por la cual son receptados los

¹⁰⁴⁷ Este tema es abordado con propiedad en el siguiente texto: Ferrer Mac-gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho...*, *cit.*, pp. 585 y 586.

derechos que no están consagrados de forma expresa en el texto fundamental, pero que sí lo están en aquellos tratados¹⁰⁴⁸.

Por la razón expuesta, se presenta la inconventionalidad por omisión como una variante de las omisiones inconstitucionales, que pueden examinarse dentro del marco del control de constitucionalidad; téngase presente que determinar la contravención de un tratado en materia de derechos humanos, por conducto de una inconstitucionalidad directa, es posible gracias al reconocimiento expreso de la doctrina del bloque de constitucionalidad, respecto de la cual se hizo relación en el primer capítulo de este trabajo. De esa cuenta, se afirma que el control de constitucionalidad puede tener como materia los vacíos normativos internos que riñen con una convención con contenido iushumanista¹⁰⁴⁹.

Además de lo referido, se evoca que, a partir de la SCC de 26 de septiembre de 2006, emitida por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros contra el gobierno de Chile, el control de convencionalidad adquirió una nueva dimensión en el ámbito interno de los Estados, ya que en esta se estableció que ese control también es competencia de los tribunales nacionales a fin de velar por la aplicación de la CADH y la jurisprudencia que emanara de la corte. Esa línea jurisprudencial se ha consolidado en casos posteriores y, con ello, se ha

¹⁰⁴⁸ La posibilidad de invocar violación constitucional cuando la denuncia está motivada por la vulneración a un instrumento internacional en materia de derechos humanos se vio fortalecida con el reconocimiento de la noción del bloque de constitucionalidad. Ejemplo concreto de un fallo en el que se acogió un planteamiento dirigido expresamente contra una disposición normativa, denunciándose contravención a un tratado internacional, fue el emitido el 2 de agosto de 2016 (Exp. 2339-2015), en el cual se arribó contundentemente a lo siguiente:

Se concluye, entonces, que lo prescrito en el precepto normativo objetado, el cual constituye un valladar para hacer efectivo el derecho a la identidad, **resulta una disposición inconventional –contrario a convenciones internacionales en materia de derechos humanos– y, por ende, también inconstitucional** [el énfasis es añadido].

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/831782.2339-2015.pdf>

¹⁰⁴⁹ Con fuerte influencia sobre la necesidad de observar el derecho convencional americano, Bazán refiere que el control de convencionalidad consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH y a los estándares interpretativos forjados por la Corte IDH. *Cfr.*: Bazán, Víctor, *Control de las omisiones...*, *cit.* p. 289.

posibilitado dotar de mayor eficacia y protección interna a los derechos humanos de fuente internacional¹⁰⁵⁰.

Como ejemplo de esta modalidad de fallos, nuevamente se trae a cuenta el emitido el 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011) y que fue ampliamente comentado en el inciso anterior, al abordar las omisiones inconstitucionales relativas. En este se cuestionó que en la regulación local del delito de tortura no se hubiera cumplido con incluir supuestos contenidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Véase lo considerado con relación a la posibilidad de objetar el incumplimiento de un tratado de derechos humanos:

Especial relevancia tiene una denuncia de violación a esa preceptiva constitucional, sobre todo si la omisión consiste en o configura un incumplimiento de una obligación o deber originado como consecuencia de la celebración o ratificación de un tratado internacional en materia de derechos humanos, cuya preeminencia sobre el derecho interno se contempla en el precitado artículo 46. Ese incumplimiento, y como consecuencia, en incurrir en la prohibición antes dicha, puede evidenciarse cuando se omite, por regulación insuficiente, la debida adecuación, en la emisión de la legislación interna, de estándares normativos mínimos contemplados en la normativa convencional internacional, que posibilitan el cumplimiento de los compromisos adquiridos por un Estado, a la luz de esta última normativa. En ese sentido, para esta Corte es insoslayable la observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de emitirse un precepto normativo, en atención a que los principios fundamentales de carácter material en los que se apoya ese Derecho son expresión de un orden objetivo de valores de la comunidad jurídica internacional, y de ahí el carácter vinculante hacia

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, pp. 588 y 589.

todos sus miembros, de manera que su inobservancia, genera responsabilidad internacional en aquel que no cumpla con observar tales principios¹⁰⁵¹.

Se concluye, entonces, que el incumplimiento de un compromiso internacional en materia de derechos humanos tiene trascendencia constitucional, y si este consiste en la ausencia de desarrollo legislativo para hacer efectivo el goce o ejercicio de un derecho fundamental, da cabida a una inconstitucionalidad por omisión.

7.2.2 Reflexión sobre las sentencias dictadas a raíz de denuncias de inconstitucionalidad por omisión

La superación del esquema primigenio de control de constitucionalidad, al admitir que fueran examinadas las actitudes omisivas de los órganos encargados de emitir disposiciones normativas en observancia de mandatos constitucionales, encuentra sustento en el principio de supremacía constitucional, pues tolerar el incumplimiento de aquellos implicaría consentir la vulneración a la carta fundamental.

Sobre la base de lo antes expuesto, el Tribunal Constitucional Federal alemán desarrolló jurisprudencialmente la noción de inconstitucionalidad por omisión, la cual fue seguida por otros órganos jurisdiccionales. A estas alturas, algunos ordenamientos jurídicos ya regulan expresamente este instituto procesal; sin embargo, ese no es el caso de Guatemala, donde también por vía de pronunciamiento jurisdiccional y de forma paulatina se abrió la posibilidad de examen de omisiones inconstitucionales.

La experiencia guatemalteca demuestra que la omisión inconstitucional relativa no ha pasado por tantos escollos, como sí ha sido el caso de la variedad absoluta, respecto de la cual la CC ha sido enfática en pronunciar que la

¹⁰⁵¹ SCC de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>

inconstitucionalidad abstracta no es la vía para formular reclamos de incumplimiento de mandatos derivados del texto fundamental.

Lo anterior no ha sido óbice para ensayar maneras alternativas de propiciar el examen constitucional contra las conductas omisas totales. Al respecto, el jurista local Aizenstatd propone superar la renuncia del tribunal constitucional por medio de lo que denomina “relativización de la inconstitucionalidad por omisión absoluta”, que consiste en la estrategia procesal de dirigir el planteamiento contra una disposición normativa de contenido general contra la que se señalen los vicios propios de una omisión relativa, pero con la pretensión de que el pronunciamiento que se emita conlleve revertir el incumplimiento total de un mandato constitucional¹⁰⁵².

El tesista es receptivo de la propuesta comentada¹⁰⁵³, ya que, de hecho, el recuento de fallos del tribunal constitucional guatemalteco da cuenta que algo semejante fue intentado en la acción de inconstitucionalidad general parcial dirigida contra el artículo transitorio del Decreto-Ley número 106, Código Civil, adicionado por el artículo 124 del Decreto-Ley 218, en la que se denunció la contravención constitucional por parte del artículo cuestionado porque este no constituía la disposición legal que el artículo 127 constitucional ordena emitir a fin de regular lo relativo al régimen de aguas; en ese sentido se reclamó por el incumplimiento total de un mandato constitucional expreso, pero señalando un precepto específico al que se le atribuyen deficiencias. Al resolver el planteamiento, en la SCC de 5 de febrero de 2009 (Exp. 3722-2007) se consideró:

... **b)** Este Tribunal Constitucional considera necesario enfatizar en la ausencia de labor del Congreso de la Republica, ya que no se ha cumplido con el mandato constitucional de crear una ley de aguas, siendo irreal que se siga regulando el régimen de aguas bajo la vigencia de un decreto que data del año de mil

¹⁰⁵² Para mayor abundamiento, véase: Aizenstatd L., Alexander, *op. cit.*, p. 159.

¹⁰⁵³ En otro trabajo, el tesista se refirió a la posibilidad de ensayar con el equivalente local de la queja constitucional –alemán– en el trabajo: Salguero Salvador, Geovani, “La inconstitucionalidad...”, *op. cit.*, p 271.

novecientos treinta y dos, es decir aproximadamente setenta y seis años atrás y que continua vigente mediante una reforma del Código Civil, que data también de hace más de treinta años, por lo que, lógicamente, son normas previas a la Constitución Política actual; c) por tal razón esta Corte considera que existe una omisión de un mandato constitucional por parte del Congreso de la República, al no emitir una ley que regule el régimen de aguas, pues tal circunstancia, ha propiciado que existan normas que no armonizan con la Ley suprema, por lo que se exhorta al Congreso de la República a crear y a emitir la respectiva ley¹⁰⁵⁴.

Igualmente, podría evocarse de nueva cuenta el planteamiento de inconstitucionalidad por omisión relativa que se examinara en la SCC de 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016), cuyas consideraciones denotan que se advirtió la concurrencia, no de la omisión denunciada, sino una de tipo absoluta, pues se estimó que lo relativo a la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, con relación a sus conocimientos tradicionales, debía estar regulado en una normativa especial de tipo *sui generis*.

Con los ejemplos anteriores se pone de manifiesto que aun cuando la CC fue determinante en otros fallos, respecto de la inviabilidad de la inconstitucionalidad por omisión absoluta, los litigantes, intencional o accidentalmente, han encontrados los caminos para generar el examen de reclamos de ese tipo, incluso para lograr la emisión de exhortaciones que motiven las mejores respuestas por parte del Poder Legislativo. Lo ideal, en todo caso, es que se produzca la apertura total a examinar las inconstitucionales por omisión absoluta, ya que, al final de cuentas, si se pone en una balanza la necesidad de superar el incumplimiento de los mandatos expresos contenidos en el texto fundamental y conceder, a las disposiciones procesales, alcances más allá de la letra, habría que privilegiar lo primero, principalmente por su contribución decidida a la cristalización de un Estado constitucional de Derecho.

¹⁰⁵⁴ SCC de 5 de febrero de 2009 (Exp. 3722-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/810882.3722-2007.pdf>

Según Fernández Segado, el TCE ha llevado a cabo el control de constitucionalidad de omisiones absolutas del legislador, por medio del instituto procesal del amparo y, como ejemplo, evoca la SCC de 31 de enero de 1994, en la que se examinaron dos solicitudes de amparo contra sendas actuaciones administrativas del gobierno civil de Huesca, por las que se les requirió a las demandantes que cesaran la emisión de televisión por cable en el ámbito local, desmontando sus instalaciones, en virtud de que esas actividades no podían considerarse lícitas dada la inexistencia de una ley que las regulara¹⁰⁵⁵. En el fallo emitido se otorgó la protección constitucional solicitada, reconociendo a las recurrentes su derecho a la libertad de expresión y de comunicación, así como anulando las resoluciones objetadas. En la parte motivante se advirtió que lo objetado devenía de la falta de una ley que regulara las emisiones de televisión por cable en el ámbito local, pero no se hizo exhortación de ningún tipo para superar esa deficiencia¹⁰⁵⁶; ello deja entrever que los reproches respecto de la omisión fueron tangenciales y no directos, por lo que se pone en duda que el amparo pueda encontrarse el camino para superar las omisiones inconstitucionales absolutas.

Respecto de las recomendaciones, exhortaciones o llamados al órgano incumplidor, es pertinente indicar que, si bien han sido la respuesta prudente del tribunal constitucional frente a la constatación de las omisiones denunciadas, la mayoría se han caracterizado por ser muy abiertas, dado que, con excepción de lo resuelto en la sentencia SCC de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011) –lo que constituye un ejemplo alentador–, no las sujetan a plazo o condición alguna, lo que, a la postre, comporta supeditar el cumplimiento quede a total discreción del órgano exhortado, lo que no es sano en función de la necesidad de dotar de fuerza normativa al magno texto, pues lo deseable es que puedan emitirse resoluciones que inobjetablemente tuvieran que ser acatadas.

¹⁰⁵⁵ Fernández Segado, Francisco, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, p. 30.

¹⁰⁵⁶ La STCE comentada se encuentra contenida en la página electrónica: <https://www.boe.es/boe/dias/1994/03/02/pdfs/T00043-00054.pdf>

Por último, se deja asentada la disensión del tesista con relación a la dotación de facultades legislativas a los tribunales constitucionales, lo que se produce cuando se regula la figura del legislador suplente y precario. La discrepancia radica en que tales potestades rebasan los límites naturales de la función judicial. Si bien en este trabajo se ha manifestado total adhesión a la posibilidad de que las cortes constitucionales puedan superar falencias normativas por medio de las distintas modalidades de sentencias interpretativas –algunas de las cuales pueden ser útiles para llenar vacíos normativos–, no puede respaldarse lo que vaya más allá de ello y suponer llanamente el ejercicio de la función legislativa¹⁰⁵⁷. Así las cosas, el reto de estos fallos es dotarles de eficacia, encontrando los mecanismos adecuados para ello, sin que suponga arrogarse facultades directamente encomendadas a otros órganos estatales. Para tal propósito, los jueces constitucionales deben ser enfáticos en las justificaciones que queden plasmadas en los segmentos argumentativos de sus fallos, en los que las buenas razones deben primar.

¹⁰⁵⁷ La disensión es manifestada con relación a los casos en los que los tribunales constitucionales llanamente asumen funciones legislativas, expidiendo el cuerpo normativo faltante; no obstante, ha de indicarse que sí se respalda que sean plasmadas directrices o pautas generales a observar, tal como ocurrió en la SCC de amparo de 26 de mayo de 2017 (Exps. Acums. 90-2017, 91-2017 y 92-2017), con relación a la solicitud de protección constitucional dirigida contra la autorización por parte del Ministro de Energía y Minas de las licencias para la concesión de bienes de dominio público sobre los ríos Oxec y Cahabón, para la implementación de los Proyectos Hidroeléctricos Oxec y Oxec II, en el municipio de Santa María Cahabón, departamento de Alta Verapaz, sin consultar a la comunidad indígena q'eqchi. En esa ocasión, el tribunal constitucional consideró:

Se estima oportuno concluir señalando que la omisión por parte del Congreso de la República de legislar sobre la consulta referida, ha propiciado en el país un clima de desconfianza para las comunidades indígenas que pueden verse perjudicadas por proyectos encaminados al desarrollo social y las empresas inversionistas de tales proyectos, al no existir reglas claras que doten de certeza jurídica el goce del derecho a la consulta de las comunidades mencionadas y de otros derechos que puedan verse afectados por operaciones o actividades de exploración o explotación de los recursos naturales en sus territorios, así como los de las entidades referidas que aportan su capital para poner en marcha los proyectos aludidos con el riesgo inminente de que su inversión pueda verse mermada o perderse ante la inexistencia de aquellas reglas. Esa realidad nacional precisamente justifica al Tribunal adoptar la emisión de una sentencia estructural, que hace factible la creación de directrices normativas generales para configurar las pautas del procedimiento de consulta a los pueblos indígenas que debe observar el Ministerio de Energía y Minas (véase considerando XII), no solo para este caso, sino para futuros, con la finalidad de superar la ausencia de legislación interna que regule sobre el particular, así como la vinculación de otras autoridades distintas de la reclamada en amparo, para garantizar la efectividad del derecho de mérito, lo que permitió en esta oportunidad estimar razonable compeler al Congreso de la República de Guatemala, por ser el organismo estatal que no ha decretado la normativa concerniente a aquel procedimiento...

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835002.90-2017,%2091-2017%20y%2092-2017.pdf>

7.3 Sentencias cuya atipicidad radica en las circunstancias especiales de emisión: las dictadas de oficio

Si bien las tipologías de sentencias atípicas relacionadas con antelación dan cuenta que la mayor parte de los estudios doctrinarios se inclinan por considerar la modulación del contenido de los pronunciamientos jurisdiccionales como el elemento determinante para advertir la atipicidad, el tesista asume que también las circunstancias no previstas dan marco para la emisión de las sentencias objeto de estudio en el presente trabajo. Así las cosas, las emitidas *ex officio* –de oficio–, o sin que medie petición de parte, para resolver conflictos de carácter *sui generis* pueden categorizarse como tales.

La posibilidad de declarar oficiosamente la inconstitucionalidad encuentra respaldo en el principio *iura novit curia* –la expresión significa: el Derecho que conoce la curia–, según el cual los juzgadores son concedores del Derecho, condición que los obliga a decidir de conformidad con las disposiciones normativas aplicables, hayan sido invocadas o no por las partes. En ese sentido, un juez constitucional, cuya función es la defensa del magno texto, no podría consentir que subsistan o surtan efectos los enunciados normativos, cuya inconstitucionalidad, le consta inobjetablemente¹⁰⁵⁸.

Aunque parezca extraño, ha de indicarse que en la obra de Kelsen se albergó la posibilidad eventual de que pudiera producirse el control oficioso de constitucionalidad en los siguientes términos:

[C]abe la posibilidad, en fin, de hacer que el tribunal constitucional inicie de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tiene sus dudas. Esto puede ocurrir no únicamente cuando, por ejemplo, llamado a examinar la legalidad de un reglamento, el tribunal se encuentra con la

¹⁰⁵⁸ Sagüés, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario...*, cit., pp. 144 a 146.

inconstitucionalidad de la ley con la cual el reglamento está en contradicción, sino también particular, cuando el tribunal es llamado a decidir sobre la regularidad de ciertos actos jurídicos individuales de los cuales sólo su legalidad es inmediatamente puesta en cuestión, no siéndolo su constitucionalidad más que mediatamente. Entones, el Tribunal –como lo harían las autoridades calificadas para interponer recursos ante él–, interrumpirá el procedimiento relativo al caso concreto y procederá, esta vez de oficio, al examen de la norma que él habría debido aplicar al caso...¹⁰⁵⁹

Bazán, quien adhiere a la posición que acepta el control constitucional de oficio, hace relación de cinco razones sobre las cuales ese mecanismo es justificable; de estas, se destacan las tres siguientes: (i) que la declaración de inconstitucionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que el control oficioso no quiebra la igualdad de las partes procesales; además, debe tenerse presente que la sola voluntad de las partes no es suficiente para corregir la incompatibilidad de una disposición con el magno texto; (ii) que el principio *iura novit curia* constituye una directriz que orienta a los jueces en su labor de motivación de las soluciones jurisdiccionales; ello supone el deber de resolver conforme ese principio, a fin de mantener la supremacía de la Constitución; y (iii) es insostenible el argumento que suponga que la declaración de inconstitucionalidad de oficio es destructora de la presunción de validez o de constitucionalidad de las disposiciones normativas, pues aquella es una presunción *iuris tantum*, o sea: desvirtuable, en caso de que se constate la colisión constitucional¹⁰⁶⁰.

Aunque no es abundante el desarrollo doctrinario de la inconstitucionalidad de oficio, algunos destacados iusconstitucionalistas han expresado su apertura hacia ese mecanismo jurídico; no obstante, es pertinente indicar que la inclinación de la mayoría va más por el lado de aceptar la inaplicación oficiosa de disposiciones

¹⁰⁵⁹ Kelsen, Hans, *Garantía jurisdiccional...*, cit., p. 408.

¹⁰⁶⁰ Bazán, Víctor, “El control de constitucionalidad de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina”, *Revista de Derecho Político*, núm. 60, 2004, pp. 388 a 400.

inconstitucionales y no tanto por el de oficiosamente invalidar o expulsar enunciado normativo alguno. De esa forma, doctrinariamente se suele justificar más el uso de esta modalidad de sentencia cuando ocurre el control constitucional indirecto y se produce la selección de la disposición con la cual debe resolverse el conflicto.

Como ejemplo de lo expresado precedentemente, se evoca a Marianello, quien, motivado por las particularidades del sistema jurídico argentino, en el que, como se verá más adelante, existe una decidida apertura hacia esta, hace referencia a la declaración de inconstitucionalidad de oficio como:

[L]a obligación, no facultativa, de todo juez del Poder Judicial, sea este nacional o provincial, de analizar dentro de una causa determinada si las normas allí plantadas en forma implícita o explícita se ajustan a los parámetros axiológicos de la Constitución Nacional, si está dentro de la órbita del Poder Judicial Federal¹⁰⁶¹.

Aunque la definición aportada no concierne a las inconstitucionalidades directas, es relevante su evocación, pues permite establecer cómo la doctrina es receptiva de la posibilidad práctica de efectuar control oficioso de constitucionalidad. Lo que más destaca es que, según el particular punto de vista del autor en mención, esa modalidad contralora “no es una concesión donosa conferida a los jueces sino un deber que sobre ellos se ciñe”¹⁰⁶²; además, precisa que “los jueces pueden hacer aquella declaración, sin petición de parte, tan solo en aquellos casos en que la inconstitucionalidad de la norma sea palmaria, de una gravedad significativa y no vulnere el principio de congruencia”¹⁰⁶³; de esa forma, cierra las puertas a que se efectúen ese tipo de declaraciones cuando no se detecte de manera contundente la ilegitimidad constitucional.

¹⁰⁶¹ Marianello, Patricio Alejandro, “La declaración de inconstitucionalidad de oficio en los sistemas difusos”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 15, 2011, p. 303.

¹⁰⁶² *Loc. cit.*

¹⁰⁶³ *Ibidem*, p. 305.

Sagüés, connotado profesor argentino, refiere la posibilidad de inaplicación de una disposición inconstitucional, conforme la máxima *iura novit curia*; a la vez, defiende ese proceder sobre la base de que, de lo contrario, se aceptaría la violación del principio de supremacía constitucional, al permitir que la Constitución deje de aplicarse si las partes no invocaren el vicio¹⁰⁶⁴. No obstante esa receptividad, ha de indicarse que el jurista no se pronuncia respecto a que lo mismo pueda suceder en la inconstitucionalidad abstracta, a pesar de que no habría óbice para asumir que a los tribunales concentrados no les aplica aquella máxima.

Ciertamente, no debe extrañar que sea de Argentina de donde provengan la mayor parte de estudios doctrinarios sobre la temática, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación –denominación del máximo tribunal de ese país– ha sido receptiva de la posibilidad de los jueces de realizar control de constitucionalidad de disposiciones normativas. A guisa de ejemplo de lo afirmado, se evoca la sentencia de 27 de noviembre de 2012, emitida con relación al recurso extraordinario motivado en el caso Rodríguez Pereyra, Jorge Luis –y una persona más– contra el Ejército Argentino por daños y perjuicios, a raíz de lesiones sufridas mientras se cumplía con el servicio militar obligatorio. En ese fallo se hace referencia a que esa modalidad de control fue aceptada desde los primeros pronunciamientos de ese alto tribunal. Específicamente, en el octavo considerando del fallo, se indica que en 1853, el convencional constituyente, abogado y político José Benjamín Gorostiaga, delineó las bases de ese examen. Lo anterior es indicativo que, como sustento de la posibilidad de realizar control constitucional normativo oficioso. En el pronunciamiento, el tribunal reivindicó que fuera esa modalidad contralora la que emergió en primer término; de hecho, en el décimo considerando, se asume que, por aditamento pretoriano, fue establecido el control a petición de parte, justamente en 1941, en ocasión del caso conocido como Ganadera Los Lagos –fallos: 190:142–, habiéndose considerado que el desarrollo

¹⁰⁶⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario: Introducción...*, cit., pp. 144 a 146.

de la actividad contralora sin pedido de parte podría implicar un desequilibrio entre los poderes estatales. No obstante, en posteriores sentencias –fallos 306:303 y 327:3117– se determinó que esa argumentación carecía de consistencia, manteniéndose una actitud permisiva a la revisión constitucional de oficio.

Determinada la antigüedad de la potestad jurisdiccional de ejercer el control constitucional normativo de oficio, en la sentencia comentada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación justificó proceder de esa forma en el hecho mismo que si la Constitución posibilita el ejercicio del control de convencionalidad, de igual manera tendría que admitir el examen de legitimidad constitucional de las disposiciones infraconstitucionales. Véase lo expresado textualmente:

Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga los tribunales nacionales ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente normas locales de menor rango. [...] Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros", citados)¹⁰⁶⁵.

En la parte resolutive se dispuso declarar formalmente admisible el recurso extraordinario –lo que supone estimación de la impugnación– y "la

¹⁰⁶⁵ Sentencia de 27 de noviembre de 2012 (R. 401. XLIII); disponible en línea: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Rodr%C3%ADguez%20Pereyra,%20Jorge%20Luis%20y%20otra%20c.%20Ej%C3%A9rcito%20Argentino.pdf>. La sentencia comentada es un ejemplo de varias expresiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las que se realizó el control constitucional oficioso; algunas de ellas son comentadas en los siguientes trabajos doctrinarios: (a) Bazán, Víctor, "El control de constitucionalidad de oficio...", *cit.*, pp. 400 a 418; (b) Marianello, Patricio Alejandro, *op. cit.* pp. 315 a 323; y (b) Haro, Ricardo, "La dimensión política del control...", *cit.*, pp. 218 y 219.

inconstitucionalidad en el caso del art. 76, inc. 3º, apartado c, de la ley 19.101 – según texto ley 22.511–”.

Otro estudio valioso sobre la temática es el desarrollado por la jurista colombiana Giacomette, quien se pronuncia sobre la “revisión oficiosa” de constitucionalidad, haciendo referente a la posibilidad de entenderla conforme tres acepciones¹⁰⁶⁶, a saber: (a) **revisión oficiosa “excepcional” que se produce cuando el tribunal constitucional no haya sido el llamado a juzgar**, la cual debe entenderse como “el pronunciamiento que hace la Corte [se refiere a la Corte Constitucional colombiana] para lo cual aprehende su conocimiento y estudio, y declara su inconstitucionalidad o no, pero sin que exista requerimiento de parte y/o una orden constitucional; es decir, *nace por la simple voluntad de los jueces*”; como ejemplos evoca la célebre sentencia emitida en 1803 por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Marbury versus Madison*, así como la única expresión de estas, que, según la autora, se produjo en Colombia y que data del año 1900, emitida en ocasión de que la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control constitucional conferido por el artículo 151-4 de la Carta Política de 1886, se constituyó en Sala de Acuerdo para decidir si ese tribunal debía o no cumplir con el decreto legislativo No. 46, de 24 de agosto de 1900, sobre “*procedimientos judiciales*”, dictado por el vicepresidente de la República, encargado del despacho presidencial, y sus ministros; (b) **revisión oficiosa por mandato constitucional**, haciendo referencia a “los procesos especiales que no requieren demanda de parte” y, en consecuencia, no existiría limitante en el control, ya que no existen pretensiones; y (c) **revisión oficiosa de la Corte Constitucional de Colombia atendida a la “unidad de la materia”**, en la cual se produciría “el pronunciamiento que hace la Corte sobre una norma, para lo cual aprehende su conocimiento y estudio, y así declarar su inconstitucionalidad, pero su competencia se determina a través de la *unidad de la materia*”; esta última modalidad supone que sí se ha instado el examen constitucional de una disposición normativa; empero, el tribunal

¹⁰⁶⁶ Giacomette Ferrer, Anita, “La declaratoria de inconstitucionalidad de oficio”, *Estudios constitucionales*, año 4, núm. 2, 2012, pp. 266 a 295.

opta también por revisar otra u otras que tienen relación con la directamente cuestionada –con ello se propone una especie de inconstitucionalidad por conexión–; ello, con el afán de procurar la unidad normativa.

Ciertamente, en razón de los objetivos del presente trabajo de tesis, lo que más se acerca a la modalidad de sentencias constitucionales objeto de estudio es la primera de las relacionadas por Giacomette, que, en razón de los ejemplos que cita, es posible advertir que puede suscitarse tanto en el control difuso como concentrado. Ahora bien, con relación a la segunda manifestación de pronunciamiento oficioso, ha de indicarse que, en el contexto guatemalteco, lo ejemplificado se produce por medio de lo que legalmente se denomina “opiniones consultivas”; y con relación a la tercera, es pertinente expresar que, en esos casos, habría una oficiosidad indirecta, pero no, a cabalidad, una sentencia dictada de oficio, pues su emisión es motivada por un planteamiento a instancia de algún interesado.

Ha de aceptarse que el control concentrado oficioso ha sido objeto de exiguu desarrollo doctrinario, quizá por las escasas manifestaciones prácticas o por la casi nula posibilidad de que se emitan fallos de este tipo, en atención de lo regulado en la normativa procesal constitucional aplicable.

Dentro de los pocos trabajos que pueden ser encontrados que abordan lo relativo al examen concentrado de oficio, está el desarrollado por el jurista venezolano Barrios Ortigoza, quien, sobre la base de la experiencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de su país, refiere que ese tipo de control encuentra sustento en las siguientes premisas básicas: (i) que la citada Sala es el máximo y último intérprete de la Constitución y, por ello mismo, es garante de la supremacía y efectividad de sus valores, principios y reglas; (ii) que en la determinación de la constitucionalidad de las leyes no rige el principio dispositivo; y (iii) que corresponde a la citada Sala el resguardo de lo denominado “orden

público constitucional”¹⁰⁶⁷. Un dato relevante es que el autor antes evocado asume que el reconocimiento de la atribución de revisar, de oficio, la inconstitucionalidad de un decreto que declare estados de excepción tiene su antecedente y fundamento en la decisión emitida por la CC, el 25 de mayo de 1993, respecto de la cual se hará relación más adelante.

Según el profesor Brewer Carías, a pesar de lo determinante de la regulación constitucional venezolana y la correspondiente exposición de motivos, sobre la actuación oficiosa para realizar examen de constitucionalidad, se han ido estableciendo otros presupuestos por vía legal –principalmente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia– y jurisprudencialmente¹⁰⁶⁸.

Sobre la base lo anterior, ha de indicarse que el desarrollo legal y jurisprudencial ha posibilitado que específicamente en el ámbito del control constitucional concentrado en Venezuela, este se haya ejercido de oficio en las siguientes modalidades: (i) control concentrado de oficio de la constitucionalidad o “específico” –según denominación de Berríos Ortigoza–, el cual procede por unidad normativa o de materia; respecto de esta modalidad es conveniente tener presente lo referido líneas atrás al evocar la propuesta de Giacomette; (ii) control concentrado de oficio realizado por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, con motivo de que otra sala decidiera desaplicar una disposición en ejercicio del control difuso de constitucionalidad e informara de los fundamentos y

¹⁰⁶⁷ Para abundar sobre el abordaje del instituto jurídico procesal en Venezuela, véase: Berríos Ortigoza, Juan Alberto, “El control concentrado de oficio de la constitucionalidad en Venezuela (2000-2011)”, *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. V, núm. 2, 2011, pp. 40 y 41. También Brewer Carías –también jurista venezolano– se pronuncia sobre este tipo de sentencias, refiriendo que normativamente está dispuesto que la Sala Constitucional de su país pueda realizar exámenes oficios de constitucionalidad de disposiciones, siendo supuestos para que ello ocurra: (a) la advertencia de la colisión constitucional dentro del marco del control difuso, lo cual ha sido posible desde hace mucho tiempo atrás; y (b) la emisión de decretos de estado de excepción, operando en esos casos la obligatoriedad de realizar el control, incluso de oficio, según lo regulado en el numeral 6, del artículo 336 de la Constitución. *Cfr.*: Brewer Carías, Allan R., “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela”, *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2009, pp. 225 a 229.

¹⁰⁶⁸ Para mayor abundamiento, véase: *Ibidem*, pp. 229 a 247.

alcances de esa desaplicación; (iii) control concentrado incidental de constitucionalidad, que consiste en el examen oficioso de una disposición por parte de la referida Sala Constitucional, en ocasión de tener que resolver una controversia que estuviere conociendo; y (iv) declaratoria de oficio en virtud de haberse reeditado –aprobado otro con idéntico contenido– un enunciado normativo que fuera anulado¹⁰⁶⁹.

Un acercamiento al tipo de fallos que se comentan se da en España, al establecer la posibilidad de que si alguna sala o sección, en ocasión de conocer amparos, advirtiera oficiosamente que la aplicación de una disposición normativa comporta violación a derechos constitucionales o libertades públicas, puede elevar la “autocuestión” de inconstitucionalidad a conocimiento del pleno del Tribunal Constitucional. Ello está previsto en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del citado tribunal, el cual prescribe:

En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.

En tanto posibilita la advertencia oficiosa de la inconstitucionalidad de un enunciado legal, la singular regulación merece el siguiente comentario de la profesora Figueruelo Burrieza:

El artículo 55.2 propicia una ampliación del ámbito de los poderes del Tribunal, siendo una excepción al principio rogatorio, posibilita que toda ley que sea detectada en un procedo de amparo como inconstitucional (por lesionar derechos fundamentales o libertades públicas) pueda ser anulada. [Dentro de ese marco,] [l]a garantía de la adecuación de las leyes a la Constitución queda sustraída de la

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, pp. 46 a 67. En esas páginas se hace referencia tanto al desarrollo legal como a pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia en cada una de las circunstancias comentadas.

libre disponibilidad de los particulares recurrentes y se asegura la primacía de la Constitución por la actuación del Tribunal Constitucional¹⁰⁷⁰.

Como corolario de los referentes doctrinarios y jurisprudenciales relacionados se asume lo siguiente: (a) que la inconstitucionalidad de oficio ha sido objeto de escaso desarrollo normativo y ha encontrado más respaldo en la experiencia jurisdiccional; (b) que el mayor desarrollo de esa modalidad especialísima de inconstitucionalidad se ha producido dentro del marco del control constitucional difuso; (c) que las pocas expresiones de control constitucional concentrado de oficio lo admiten como una excepcionalidad, por ello mismo son exiguos los ejemplos prácticos que pueden ser encontrados; y (d) que la justificación a la emisión de fallos en los que oficiosamente se realiza examen de constitucionalidad ha radicado en que, ante un acto normativo de manifiesta inconstitucionalidad, los guardianes del magno texto no deben supeditar, de forma general, su actuación a la exigencia del impulso inicial motivado por sujeto interesado; ello es así, pues lo que interesa es no consentir la pervivencia de disposiciones contrarias al articulado constitucional, a fin de garantizar su supremacía y de depurar las disposiciones que hacen parte del ordenamiento normativo.

Asumir que los fallos que se han comentado en este apartado emergen en circunstancias poco tradicionales es innegable. Debe tenerse presente que, dejando a salvo la previsión que Kelsen hiciera sobre la posibilidad de ejercer excepcionalmente un examen de oficio de constitucionalidad –según la

¹⁰⁷⁰ Figueruelo Burrieza, Angela, “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (Art. 55.2 de la LOTC)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 21, 1987, pp. 248 y 249. Líneas atrás –p. 247–, la autora refiere que el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hace derivar dos variantes de conocimiento de la cuestión, a saber:

1.^a Una pretensión indirecta de inconstitucionalidad que se produce cuando la ley del caso es la causante de la violación y no la anulación de la ley. El amparo sería resuelto por la Sala, que plantearía la cuestión de inconstitucionalidad interna ante el Pleno (sentencia del TC de 6 de abril y 10 de noviembre de 1981, de la Sala Primera y del Pleno, respectivamente). 2.^a Pretensión directa de amparo en la cual el recurrente alega la declaración de inconstitucionalidad de la norma como presupuesto del resarcimiento de la situación subjetiva perturbada. En este caso el Pleno, recabando para sí el conocimiento del asunto, falla el recurso de amparo y se plantea una genuina «autocuestión de inconstitucionalidad», que procesalmente se traduce en un trámite de audiencia al legislativo (sentencias del Pleno del TC de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986...

transcripción contenida en los primeros párrafos de este apartado— y que si bien su propuesta de diseño de revisión constitucional se impuso en Europa y fue seguida, luego, en gran parte de América, son escasísimos los sistemas jurídicos de ambos continentes que, por conductos normativos o jurisprudenciales, han dado cabida a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de un acto normativo, sin mediar la instancia de parte. Por ello, se estima irrefutable que una sentencia constitucional dictada de oficio, aunque pudiera no presentar un contenido diferente a los fallos tradicionales, puede considerarse atípica en tanto que emana de circunstancias excepcionales –incluso extremas–, las que, muchas veces, el legislador no previó que pudieran suscitarse.

Lo expresado con relación al sistema jurídico venezolano permite advertir que quizá no resulte acertado catalogar como atípica una sentencia de oficio emergida dentro del marco de los supuestos constitucional y legalmente previstos en ese Estado; sin embargo, en los otros –que son la mayoría–, en aquellos que no existe una previsión semejante, la atipicidad sí concurre.

En el caso de Guatemala no está normada alguna hipótesis específica que habilite la generación de sentencias constitucionales de oficio¹⁰⁷¹, por lo que, lógicamente, cualquier manifestación de estas resultaría un pronunciamiento jurisdiccional sin

¹⁰⁷¹ Pese a lo expresado, el exmagistrado Rohrmoser ha referido que la facultad de emisión de una sentencia constitucional de oficio la encuentra la CC en la atribución consagrada en la literal i) de la CPRG, la cual es coincidente con lo regulado en idéntica literal contenida en el artículo 163 de la LAEPC. En congruencia, el referido jurista, precisamente, en ocasión de referirse a las facultades de ese tribunal constitucional expresó:

Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República. Esta es la más amplia de las funciones de la Corte, la cual le permite actuar, inclusive de oficio, en aquellos asuntos que a su juicio, sean de su competencia. Con base en esta norma declaró inconstitucionales [*ex officio*] las normas temporales de gobierno, decretadas, por el entonces presidente de la República, Jorge Serrano Elías.

Véase: Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo, “Corte de Constitucionalidad. La jurisdicción constitucional en Guatemala”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 353. Al respecto, el tesista trae a cuenta que el precepto constitucional del cual se hace referencia es utilizado en el primer considerando de ese fallo como uno de los fundamentos normativos, al establecer: “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”.

respaldo normativo expreso y, por ende, no tradicional. Si bien no se descarta la posibilidad de encontrar alguna expresión jurisdiccional en la que, como parte de los argumentos *obiter dictum* de la parte considerativa, el tribunal constitucional haya hecho declaraciones sobre la legitimidad constitucional de alguna disposición que no sea la directamente atacada –lo que según Giacomette y Berríos Ortigoza configuran un examen oficioso por unidad normativa–, ha de indicarse que la sentencia hito de inconstitucionalidad de oficio es una emitida en una situación especialísima –extrema quizá– respecto de un cuerpo normativo de inconstitucionalidad notoria, que, de manera palmaria, rompía la institucionalidad estatal. En concreto, se hace referencia al fallo emitido el 25 de mayo de 1993, respecto del cual puede afirmarse, con propiedad, que su huella es de relevante trascendencia para todo el mundo jurídico, por su especial legado.

En la sentencia dictada de oficio, en ocasión de ejercer control concreto de constitucionalidad, se examinaron “las decisiones emitidas por el Presidente de la República” difundidas en la fecha antes indicada por medio de cadena de radio y televisión, por las que se disponía: (a) que quedaban sin efecto las disposiciones contenidas en la CPRG; (b) que se disolvía el CR; (c) que se destituía a los magistrados de la CSJ; y (d) que su emisor se atribuía poderes legislativos; además, tales actos se consumaron por medio de un decreto denominado "Normas Temporales de Gobierno".

Apoyándose en la necesidad de efectivización de los principios de supremacía constitucional y de legalidad, la CC, de oficio, emitió una sentencia inmediata, por la que declaró ilegítima la decisión de dejar sin vigencia la carta fundamental, bajo el argumento que para reformar, modificar o suprimir preceptos constitucionales, la propia CPRG establece los mecanismos legales para hacerlo y, en todo caso, no corresponde esa función al Presidente, sino que es facultad exclusiva de una asamblea constituyente o, para determinada reforma, mediante la mayoría calificada del CR y la subsiguiente ratificación mediante consulta popular.

Igualmente, declaró inconstitucional la supresión del CR y de los magistrados de la CSJ, ya que el magno texto tampoco concede al Presidente esa facultad.

Ciertamente, el fallo fue dictado en circunstancias inusitadas y obviando el procedimiento concerniente a las inconstitucionalidades generales regulado en el capítulo cinco del cuarto título de la LAEPC, en el cual se prescribe un pronunciamiento preliminar de suspensión preventiva, una fase de audiencia a los sujetos que pudieran aportar elementos técnicos para decidir y la concesión de vista. Ese extremo pudo haber dado pie a que los formalistas procesales, además de refutar lo oficioso de la sentencia, criticaran la inobservancia de la superación de las correspondientes fases procesales; no obstante, el peso de esas posiciones se minimiza ante los beneficios que conllevó la acertada actuación del tribunal constitucional, el cual tuvo en el fallo la herramienta idónea para recuperar la institucionalidad estatal quebrantada ante la emisión del mal llamado "Normas Temporales de Gobierno".

A continuación se evoca parte de los análisis que quedaron plasmados en las consideraciones del fallo que se comenta:

-II- 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. [...]

-IV- Los actos realizados por el Presidente de la República antes referidos y los actos que de ellos se deriven, no sólo 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.

En el segmento resolutivo quedó plasmada la decisión acordada:

I) Declarar inconstitucional el Decreto que contiene las "Normas Temporales de Gobierno" emitido por el Presidente de la República con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, disposiciones que quedan sin vigencia y dejan de surtir efecto; **II)** Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial¹⁰⁷².

Seis días después –el 31 de mayo de 1993– fue preciso emitir un auto para asegurar el cumplimiento de lo resuelto. Ha de indicarse que la posibilidad de emitir ese tipo de resoluciones no está prevista expresamente en la normativa procesal constitucional guatemalteca, para el caso de decisiones emitidas en inconstitucionalidades directas, dado que lo regulado, con relación a estos mecanismos de control constitucional, es la invalidez de la disposición examinada, efecto que se produce una vez efectuada la publicación de la sentencia en el Diario Oficial, lo cual suele ocurrir por simple requerimiento del tribunal. No obstante, las circunstancias particulares del caso hicieron preciso que se recurriera a dicho auto, en el cual se hizo aplicación *mutatis mutandi* de enunciados procesales relativos a la ejecución forzosa de decisiones de amparo.

Como parte de las consideraciones argumentativas que se efectuaron en el auto referido, se dijo lo siguiente:

-I- Esta Corte emitió la sentencia de fecha veinticinco de mayo del año en curso, en la que declaró inconstitucional el Decreto que contiene las "Normas Temporales

¹⁰⁷² SCC de 25 de mayo de 1993 (Exp. 225-93). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791733.225-93.pdf>

de Gobierno" emitido por el Presidente de la República, dejando sin vigencia dichas disposiciones, las que dejaron de surtir efectos y se ordenó su publicación en el Diario Oficial. En la misma fecha se notificó la sentencia al Ministerio Público. De conformidad con el artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, las decisiones de esta Corte vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos. En concordancia con esa norma, el artículo 78 de la citada ley –aplicable también a los casos de inconstitucionalidad– determina que la desobediencia, retardo u oposición a una resolución dictada en un proceso de amparo de parte de un funcionario o empleado del Estado y sus instituciones descentralizadas y autónomas es causa legal de destitución, además de las otras sanciones establecidas en las leyes, y el artículo 79 de la misma Ley establece responsabilidades penales.

-II- Por otra parte, el artículo 55 de la Ley de la materia preceptúa que para el efecto de la debida ejecución de lo resuelto el Tribunal podrá librar órdenes y mandamientos a autoridades, funcionarios o empleados de la administración pública o personas obligadas, precepto que está en armonía con el primer párrafo del artículo 203 de la Constitución que ordena que los Organismos del Estado deberán prestar a los Tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Igual obligación tienen los particulares.

-III- En el caso concreto, se establece que el Presidente de la República ha seguido actuando en evidente inobservancia de la sentencia y hasta en las oficinas del Diario Oficial se han negado a recibir la referida sentencia para su publicación, lo que constituye desobediencia y oposición a las decisiones emanadas de esta Corte, lo que trae aparejada las responsabilidades legales consiguientes. En consecuencia, procede requerir de los Ministros de Gobernación y de la Defensa el auxilio necesario para que la sentencia antes mencionada sea publicada inmediatamente en el Diario Oficial y se haga cumplir por dichos funcionarios.

Por lo considerado y, con el objeto de dar cumplimiento a lo resuelto, en el segmento dispositivo quedó plasmado lo siguiente:

I) Se requiere a los Ministros de Gobernación y de la Defensa para que presten el auxilio que sea necesario, a efectos de que la sentencia dictada por esta Corte el veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, se publique en el Diario

Oficial y que dicho fallo sea debidamente cumplido por el Organismo Ejecutivo; II) para el efecto remítase copia certificada tanto de la sentencia como de este auto a los Ministros antes nombrados; III) Notifíquese al Ministerio Público¹⁰⁷³.

Las líneas precedentes dan cuenta del escenario particularísimo en que fueron emitidos, de oficio, la sentencia y el auto comentados, lo cual permite reafirmar que, en efecto, la actuación del tribunal constitucional no puede ser considerada como típica y tampoco los pronunciamientos emitidos pueden ser calificados con ese adjetivo.

Ciertamente lo más relevante del proceder oficioso del órgano jurisdiccional es el hecho de haber sido el instrumento central de la restauración del orden constitucional quebrantado¹⁰⁷⁴; ello le ha hecho merecedor de estudios jurídicos que, en su mayoría, tienen como lugar común el encomio por la forma cómo fue superado un complejo conflicto político. El jurista alemán Herdegen es uno de los estudiosos que ha destacado el carácter notable de la resolución, respecto de la cual ha puesto de relieve lo siguiente:

No hubo ninguna demanda de conformidad con el vigente derecho procesal. Se trataba de lo que llamaron los romanos un acto de *gestorum gestio*. Pues no solamente el orden constitucional, sino la Corte de Constitucionalidad, estaban casi *in extremis*. Sólo faltaba el decreto que disolvía a la Corte. La sentencia de la Corte fue un acto de acción preventiva. Esto seguramente es un caso muy especial de audacia legítima por parte de la jurisdicción constitucional. La sentencia documenta que a veces puede ser legítimo que las cortes

¹⁰⁷³ ACC de 31 de mayo de 1993 (Exp. 225-93). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791733.225-93.pdf>

¹⁰⁷⁴ Pérez Tremps hace referencia a la determinante intervención del tribunal constitucional guatemalteco en la solución del conflicto político:

...en algunos casos las situaciones de 'debilidad constitucional' se prolongan demasiado tiempo y, por ello, lo que se espera de los tribunales constitucionales, cualquiera que sea su denominación, es precisamente, y sobre todo, que frenen ataques a la constitución, ataques que muchas veces pueden acabar con la libertad. Una buena muestra de ello, sin duda, puede verse en la ejemplar reacción que tuvo la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, reaccionando frente al intento de autogolpe de estado del Presidente Serrano, reacción que contribuyó decisivamente al fracaso del mismo y, por tanto, al mantenimiento del sistema democrático...

Véase: Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 3.

constitucionales se salgan del *corsete* procesal para mantener la integridad del orden constitucional¹⁰⁷⁵.

Teniendo presente que la función esencial de la CC es la defensa del orden constitucional y que las decisiones y decreto presidencial analizados implicaban el rompimiento de aquel, se estima que, en el caso concreto, la naturaleza grave y excepcional de las circunstancias justificaban la intervención oficiosa del tribunal y el pronunciamiento inmediato –obviando tecnicismos procesales–; de no haber actuado, pudiera haber incurrido en responsabilidad¹⁰⁷⁶.

Ahora bien, a manera de conclusión de este apartado, conviene definir lo que podría dar lugar a la emisión de una sentencia de oficio en la que se realice examen de constitucionalidad, teniendo en cuenta las particularidades del contexto guatemalteco, la regulación contenida en su normativa procesal y el antecedente jurisdiccional que se ha comentado. La precisión tiene por objeto marcar diferencia con los supuestos de emisión de fallos constitucionales de oficio expuestos con relación a Colombia y Venezuela. Pues bien, a juicio del tesista, en Guatemala el control constitucional concentrado de oficio sobre disposiciones normativas solo podría darse en casos gravísimos y excepcionales de notorísima ilegitimidad

¹⁰⁷⁵ Herdegen, Matthias, “Conflictos entre poderes del Estado: La jurisdicción constitucional”, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VIII, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 563 y 564.

¹⁰⁷⁶ Ese mismo criterio se sostiene en un trabajo que tuvo como propósito el análisis de la sentencia comentada; específicamente, la autora refiere:

¿Cómo es posible que si la ley faculta a la Corte de Constitucionalidad para intervenir cuando ocurre la violación de tan sólo un derecho fundamental, de tan sólo una persona, pueda argumentarse que dicho órgano no puede intervenir, incluso de oficio, cuando se presenta una situación de golpe de Estado, que pone en evidente y claro riesgo los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (suspensión ilegal de derechos humanos), así como la estructura fundamental del Estado basada en la democracia representativa (disolución y desintegración de otros órganos del Estado)? Una interpretación semejante no sólo peca de un tecnicismo exacerbado sino que implica la negación misma de la naturaleza y función, del telos primordial, de la Corte de Constitucionalidad, la cual es defensora del orden constitucional. Si el legislador constituyente hubiere previsto una situación como la que desencadenó Serrano, ¿habría dispuesto la intervención obligatoria de la Corte? Dada su función esencial de defender el orden constitucional, que es la obligación fundamental que le asigna la Constitución, la Corte, en este caso excepcional no sólo podía, sino que debía intervenir: so pena de incurrir en responsabilidad.

Véase: Papadópolo, Midori, *DEL 25 DE MAYO DE 1993 HASTA LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN: Análisis jurídico-constitucional del Golpe de Estado del 25 de mayo de 1993 hasta las reformas a la Constitución*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, 1995, pp. 97 y 98.

constitucional de esas disposiciones, cuya vigencia puede poner en riesgo la institucionalidad estatal¹⁰⁷⁷.

Dado que en el abordaje de las modalidades atípicas de fallos constitucionales se ha hecho el esfuerzo de aportar una definición propia, producto del aprendizaje dejado por el estudio de estas, no se deja pasar la oportunidad para definir las sentencias constitucionales de oficio; para el efecto, se indica que estas son **aquellas que emiten los tribunales constitucionales en las cuales, sin mediar solicitud de parte interesada, emiten declaración sobre la constitucionalidad de una disposición normativa y, como consecuencia, en caso de advertir su inconstitucionalidad, la invalidan con efecto *erga omnes* o la inaplican al caso concreto, según fuere la modalidad de planteamiento instado.**

Se concluye, entonces, que la declaratoria de inconstitucionalidad de oficio constituye un pronunciamiento jurisdiccional totalmente atípico, sobre todo por las circunstancias en que se dictan, aunque no se descarta que su contenido sea no tradicional. Estas pueden ser el conducto legítimo –a pesar de su falta de regulación expresa– para que, en casos gravísimos y excepcionales, se invaliden las disposiciones normativas que de forma abierta y flagrante antagonicen con la Constitución. Afortunadamente, en Guatemala no se ha tenido la necesidad de recurrir nuevamente a esa modalidad, en virtud de no haberse presentado situaciones de gravedad y excepcionalidad que ameriten su emisión.

¹⁰⁷⁷ El carácter excepcional de la actuación oficiosa de los tribunales constitucionales encuentra respaldo en lo que refiere Pérez Tremps, cuando refiere: “parece conveniente que, como “contrapeso” institucional, la justicia constitucional responda al principio de “justicia rogada”, es decir, que deba actuar siempre a instancia de parte y nunca (**o sólo muy limitada y excepcionalmente**) de oficio...” [el énfasis es añadido]. Para mayor abundamiento, véase: Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 11.

7.3.1 Reflexiones sobre las sentencias constitucionales dictadas de oficio

A juicio del tesista, la SCC de 25 de mayo de 1993 (Exp. 225-93), comentada en los párrafos anteriores, revela la actuación oportuna y debida del tribunal constitucional local para restaurar el orden constitucional quebrantado. Un pronunciamiento semejante pudiera tener la misma relevancia y determinación para garantizar el mantenimiento de la institucionalidad en muchos de los Estados latinoamericanos que, al igual que Guatemala, se caracterizan por tener estructuras democráticas débiles.

Se reafirma que el recurso de la inconstitucionalidad abstracta de oficio se justifica solo en casos excepcionalísimos, cuando se constate la existencia de disposiciones normativas que, de forma abierta y flagrante, antagonicen con la Constitución. La posibilidad de actuar de esa forma encuentra respaldo en la principal atribución encomendada a un tribunal constitucional: la defensa del orden constitucional. No se justificaría un pronunciamiento de oficio cuando no concurrieren esas circunstancias.

Hoy en día, las sentencias de inconstitucionalidad de oficio todavía constituyen un tema controvertido, incluso en el control indirecto de constitucionalidad, aunque en este son menores las reticencias que provoca. En buena medida, los temores se sustentan en la probabilidad de abuso de este tipo de resoluciones; a criterio de quien escribe, su uso debe ceñirse a las condiciones especialísimas de las que se hizo relación. En todo caso, es sano el llamado a la prudencia cuando se recurra al uso de cualquier tipo de sentencias constitucionales atípicas, en especial las que se emiten de oficio.

8. Desafíos que derivan de las sentencias constitucionales atípicas

Como se vio con anterioridad, el desarrollo jurisprudencial constitucional,

experimentado luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, permitió que emergieran modalidades de pronunciamientos jurisdiccionales que salen del calco tradicional. Los tribunales constitucionales alemán e italiano han sido los que han liderado ese proceso; por fortuna, en un efecto de cascada, sus innovaciones repercutieron positivamente en sus pares europeos y latinoamericanos; la CC no ha sido la excepción.

La variedad de expresiones de esas sentencias difícilmente podría dar lugar a su sistematización exhaustiva; de hecho, no dejan de producirse nuevas modalidades con el fin de dar respuesta a inusitados conflictos constitucionales. Pese a ello, en el presente trabajo se ha hecho el esfuerzo por proponer una clasificación práctica y sencilla sobre la base de la producción jurisprudencial constitucional guatemalteca existente.

El uso del recurso de las sentencias atípicas ha posibilitado a los tribunales ser más creativos y, a la vez, eficaces en sus funciones, dado que innegablemente ha permitido la realización práctica de la Constitución, lo que, en la mayoría de los casos, se traduce en la efectivización de los valores fundamentales. No obstante las innegables ventajas, este tipo de fallos trae como reto: evitar su abuso o su uso innecesario; ello significa que el operador de justicia constitucional debe actuar con la prudencia que naturalmente le corresponde observar, atendiendo a los límites propios de su función.

Los fallos evocados como ejemplos en este capítulo dan cuenta que el tribunal constitucional guatemalteco no ha sido ajeno al desarrollo de sentencias con contenido atípico y emitidas en circunstancias que, igualmente, las tornan atípicas; de hecho, en cuanto a una de sus modalidades –la inconstitucionalidad abstracta de oficio– ha sido pionera.

Los pronunciamientos también permiten advertir mucha mesura, principalmente en cuanto a las sentencias exhortativas, respecto de las cuales no se ha utilizado todos los subtipos detectados por la doctrina; de hecho, la más usual ha sido la

que contienen meras recomendaciones al creador de las disposiciones normativas, quizá porque no presentan mayor nivel de controversia.

Se advierte que el proceder mesurado del tribunal constitucional tiene sentido en el articulado procesal que regula efectos estrictamente de expulsión a las sentencias estimatorias emitidas en inconstitucionalidades directas –artículos 140 y 141 de la LAEPC–. Pese a esa previsión legal, quizá en el futuro, si llegare a presentarse alguna circunstancia grave o especialísima, se presenta la necesidad de asumir otras modalidades de efectos, tal como ocurrió con la declaratoria oficiosa de inconstitucionalidad, modalidad de la cual la experiencia guatemalteca es importante referente. El caso es que, frente a los inusitados conflictos, no se puede descartar la posibilidad de ser creativos o de ser abiertos a los incesantes aires de renovación

Por último, es pertinente dejar asentado que la facultad de interpretar extensivamente la Constitución, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional ha posibilitado a la CC recorrer caminos que los legisladores constituyentes quizá ni advirtieron, pero que ellos mismos propiciaron.

Capítulo V

Análisis de la legitimidad de las sentencias constitucionales atípicas y mirada prospectiva respecto de esos fallos

1. Superación del modelo establecido en el punto de partida

Al iniciar el capítulo anterior, se tomó como punto de partida, para definir lo que fue superado por medio de los fallos constitucionales atípicos, tanto el diseño derivado del modelo primigenio de control constitucional normativo concentrado como los márgenes de maniobrabilidad expresamente permitidos en la normativa procesal aplicable en cada sistema jurídico. Ahora corresponde establecer si, en efecto, se ha logrado la superación de aquel modelo y qué aspectos positivos derivan de ello.

Ha de reconocerse que la superación del modelo no se ha producido de forma instantánea, ya que las nuevas modalidades de sentencias constitucionales han venido perfilándose desde hace más de medio siglo, después de la culminación de la Segunda Guerra Mundial¹⁰⁷⁸, con el resurgimiento de los tribunales constitucionales, contando con el apoyo doctrinario de movimientos de vanguardia –tal como se refirió en la parte final del segundo capítulo– que propugnan por interpretaciones que van más allá de la literalidad de las constituciones, en procura de descubrir su verdadera esencia y cómo estas respondan en las necesidades de los conglomerados humanos a los que van dirigidos.

Lo antes dicho ha conllevado a entender que el texto constitucional va más allá de ser una exposición declamativa de derechos inherentes a las personas y de la

¹⁰⁷⁸ Aunque como bien se extrae del sugestivo título del trabajo de Escobar Martínez, la modulación de sentencias constituye una vieja práctica europea, al punto que atribuye la calidad de primer antecedente de fallo modulativo y de aplicación del principio de interpretación conforme, a una decisión emitida en 1908 por el tribunal federal suizo, en ocasión de revisar la legitimidad de una ley cantonal. Cfr.: Escobar Martínez, Lina Marcela, *op. cit.*, pp. 94 a 96.

designación de competencias a los poderes públicos, sino que contienen disposiciones materiales que, efectivamente, condicionan la actuación del Estado en atención a los fines que le son propios, siendo los pronunciamientos constitucionales los instrumentos más adecuados para alcanzar ese objetivo.

En efecto, sobre la base de una nueva forma de entender la Constitución y los mecanismos jurisdiccionales para hacerla efectiva se cimenta una nueva visión del Estado de Derecho, en la que lógicamente los tribunales constitucionales tienen una misión protagónica y las sentencias que emiten constituyen las herramientas más adecuadas para responder a los desafíos que conlleva hacer de la ley fundamental un instrumento eficaz para dar respuesta a las necesidades sociales más sentidas.

Sin duda alguna, los fallos que han sido objeto de estudio en el presente trabajo constituyen una de las expresiones más notables de cómo, al resolver los conflictos constitucionales, han sido superados los postulados sobre los cuales se cimentó el diseño original de control constitucional concentrado, el que, fundamentalmente, es una manifestación del positivismo imperante de la época en que emergió, siendo un insigne referente de ese movimiento el jurista austriaco Hans Kelsen. Si bien no puede dejar de reconocerse el valioso legado de este iusconstitucionalista, ha de indicarse que implicaría un anquilosamiento indebido mantener intocables sus ideas, sin posibilidades de evolución. Ello es así, pues, como bien reflexiona Díaz Revorio: “*Somos deudores de Kelsen, pero no esclavos de sus ideas*”¹⁰⁷⁹.

Ciertamente, no es difícil encontrar posiciones reticentes a algunos de los tipos de sentencias objeto de estudio, principalmente de quienes, apoyándose en razonamientos positivistas formalistas, sostienen que los tribunales constitucionales deben ceñir su actuación a las facultades que expresamente le fueron encomendadas tanto en los textos constitucionales como en la normativa

¹⁰⁷⁹ Díaz Revorio, F. Javier, *Las sentencias interpretativas...*, cit., p. 355.

procesal aplicable, que les atribuye la función de ser “legisladores negativos”. Mayor será la reticencia de quienes, en posiciones paleopositivistas, enarbolan el apotegma de Montesquieu, respecto a que el juez es la “boca de la ley” –*bouche de la loi*–, es decir, un mero aplicador de las disposiciones normativas.

No debe extrañar que persistan enfoques tan conservadores, como los comentados, ya que, en todo caso, lo que ahora es un asunto superado alguna vez no lo fue. Téngase presente que incluso el fallo que es considerado como el que marca el inicio del control de constitucionalidad de las leyes –emitido en el caso *Marbury contra Madison*– no es la consecuencia de una actuación judicial enmarcada en una atribución contenida en un texto escrito y, en su momento, seguramente habría provocado serias críticas, las cuales, a estas alturas, se minimizan, en razón de la significancia que dicha sentencia ha tenido no solo para los Estados Unidos, sino que para el mundo entero.

El desarrollo de las sentencias atípicas ha encontrado su razón de ser en la propia necesidad de realización de los principios y valores constitucionales por parte de los tribunales, haciendo más dinámico el proceso de protección, ya que los compromisos asumidos por el Estado en la Carta Fundamental, o en las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos, no pueden ser llanamente incumplidos, con la complicidad de los tribunales constitucionales, so pretexto de estar limitadas sus funciones jurisdiccionales a atribuciones que responden al calco primigenio del control constitucional normativo. Además, como se expresó en el capítulo que precede, las sentencias puramente anulatorias, muchas veces, pueden traer aparejados problemas de vacíos legales que pueden ser evitados por medio de algunos pronunciamientos no tradicionales¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁸⁰ Chacín Fuenmayor encuentra una razón práctica de peso para la emisión de las sentencias atípicas:

Creemos que la razón de las sentencias constituciones no tradicionales, es esencialmente práctica, por los problemas de inseguridad jurídica, violación a la igualdad de las decisiones, que pudiese traer una sentencia anulatoria, que dejara un terrible vacío legal, es el “**horror vacui**”.

Véase: Chacín Fuenmayor, Ronald, “La legitimidad de las sentencias...”, *cit.*, p. 69.

Pese a lo anterior, no faltará quienes no entiendan ese modo de dar respuesta a los conflictos constitucionales; así lo refiere Zagrebelsky, al indicar:

Quien, en nombre de los orígenes, esto es, de la fidelidad a una “constitución inerte”, entiende que cualquier nueva exigencia constitucional debe manifestarse no a través de renovadas respuestas a los nuevos interrogantes, sino solamente a través de reformas con el objeto de que se garantice de esta manera la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la duración en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la constitución¹⁰⁸¹.

Resulta ilusorio pretender que, con un esquema positivista formalista cerrado, en el que está limitado el control constitucional normativo a la estimación o desestimación del planteamiento, o al conocimiento estricto de denuncias de inconstitucionalidad dirigidas contra leyes, pueda alcanzarse un nivel de transformación similar al logrado con los fallos constitucionales atípicos. Esa dura apreciación se sustenta en el hecho que los avances experimentados en el seno del Derecho Procesal Constitucional han sido posibles gracias al abandono de las rigideces legalistas y de la apertura a la libertad hermenéutica; es por ello que la mayoría de los tribunales constitucionales se han visto en la necesidad de dejar de ser simplemente legisladores negativos¹⁰⁸².

La superación del esquema cerrado se ha logrado por considerar que la carta fundamental no es simple letra muerta, sino que es un texto que se transforma, que toma fuerza con el trabajo de quienes la interpretan y cuyo cumplimiento puede ser exigido. Esto último se explica en lo expresado por Sagüés, en cuanto a que se ha vencido la idea de “Constitución-promesa (un texto pletórico de

¹⁰⁸¹ Zagrebelsky, Gustavo. “¿Qué es ser juez...”, *cit.*, p. 165.

¹⁰⁸² Lo expresado en el texto de la tesis encuentra apoyo en López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 6. En este trabajo se expresa:

Los Tribunales Constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) “legisladores negativos”, para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del poder legislativo, cumplen una función complementaria de ese poder, en mayor medida aún que otros Tribunales...

derechos, pero de realización muy futura, y principalmente a cargo de los poderes ‘políticos’: el Congreso y el Presidente), a la noción de Constitución-contrato: una constitución reclamable y exigible ante los tribunales”¹⁰⁸³.

La labor de la CC, ejemplificada con las sentencias comentadas en el capítulo anterior, pone de manifiesto los significativos avances locales para superar el modelo jurisdiccional positivista, ya que se han hecho uso de mecanismos creativos para viabilizar la realización actual de los valores, principios y reglas constitucionales, de manera que estos no sean simple promesa de difícil cumplimiento. Eso no debe extrañar, ya que “[!]a constitución viviente es la experiencia cotidiana de las cortes [...] Como regla general, la constitución viviente gusta más a quien trabaja para la extensión de los derechos y menos a quien opera en dirección opuesta...”¹⁰⁸⁴.

Se concluye, entonces, que es palpable la existencia de ejemplos de sentencias en cuanto a que el modelo original de control constitucional concentrado se ha transformado –superado, por si quiere llamársele así–, ya que si bien cotidianamente los tribunales constitucionales formulan exámenes de legitimidad constitucional de las disposiciones normativas, determinando cuál debe seguir formando parte del ordenamiento jurídico, el panorama actual denota que esos órganos jurisdiccionales hacen más que eso, en ocasión de realizar dichos exámenes, recurriendo cada vez más a tipos de resoluciones más creativas y que, muchas veces, constituyen respuestas más eficaces a las ríspidas controversias constitucionales que se someten a su conocimiento.

La ruta transitada por la mayor parte de los tribunales constitucionales, procurando la emisión de las resoluciones más apropiadas, no ha sido fácil, siendo valioso para ese recorrido el respaldo doctrinario y el diálogo entre tribunales constitucionales. En efecto, ha de reconocerse que el legado de los órganos jurisdiccionales que, en primer término, hicieron uso de las formas creativas de

¹⁰⁸³ Sagüés, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales...”, *cit.*, p. 20.

¹⁰⁸⁴ Zagrebelsky, Gustavo, “¿Qué es ser juez...”, *cit.*, p. 163.

solución de planteamientos constitucionales fue útil para sus pares en el resto del mundo. En el caso de Guatemala, se estima que la CC se ha enfilado en el sendero que corresponde, por cuanto que, como bien se dijo en el capítulo I, su normativa procesal constitucional sigue la esencia de la rígida línea marcada por el modelo kelseniano original; pese a ello, dentro de ese marco normativo, se han encontrado salidas para poder respaldar adecuadamente las sentencias que se han comentado en este trabajo.

2. Razones que justifican la emisión de sentencias constitucionales atípicas

La emisión de fallos constitucionales atípicos que suponen la superación del modelo establecido en el punto de partida y en la normativa procesal de cada Estado, según sea el caso, ha encontrado algunas justificaciones prácticas que dan cuenta no solo de su conveniencia, sino también de su necesidad. El estudio de las razones prácticas que justifican su emisión es determinante para establecer cómo estos alcanzan legitimidad y legitimación.

Conocer las partes motivantes de las sentencias constitucionales atípicas, así como los contenidos de los segmentos resolutiveos y las consecuencias que conllevan, ha sido útil para la formación de una visión más profunda sobre las ventajas que estos pronunciamientos han representado, principalmente en Estados como Guatemala, donde la justicia constitucional recién tomó auge en el último cuarto del siglo pasado.

Aunque al final del abordaje de cada una de las modalidades de sentencias constitucionales atípicas se dedicó un espacio para plasmar reflexiones sobre su significación, en este segmento, sin una pretensión de exhaustividad, el tesista expone un condensado de razones prácticas que, según su criterio, las justifican; véase: (a) la funcionalidad y utilidad práctica que presentan; (b) el fortalecimiento del Estado constitucional de Derecho; (c) la solución de problemas que los

políticos no han sabido afrontar; (d) la posibilidad de resolver creativamente álgidos conflictos constitucionales; (e) la necesidad de evitar lagunas legales y, si las hubiere, de colmar los vacíos; (f) el desarrollo y actualización de los contenidos constitucionales, tornando innecesarias las reformas al magno texto; (g) el desarrollo y adecuación constitucional de las disposiciones normativas inferiores a la Constitución; y (h) la actividad parlamentaria –específicamente para reformas legislativas– se torna innecesaria.

Las razones relacionadas serán objeto de abordaje en los incisos subsiguientes, habiéndose la precisión que estas conciernen, en diferente medida, a los fallos atípicos que fueron analizados.

2.1 Funcionalidad y utilidad práctica

Como bien se dijo en el capítulo anterior, la necesidad de que, a toda costa, se haga prevalecer la Constitución, en su carácter de *norma normarum*, puede estimarse como un argumento de peso para justificar la emergencia de las sentencias constitucionales atípicas. De esa cuenta, vendría a menos privilegiar los formalismos si su observancia implicara consentir contravenciones constitucionales producto de decantarse por las soluciones más drásticas para resolver los casos.

Sobre la base de lo expresado, es acertado indicar que la realización práctica del principio de supremacía constitucional ha tenido, en las sentencias de los órganos jurisdiccionales defensores del magno texto, una herramienta de importancia medular, siendo los fallos constitucionales atípicos la manifestación más ostensible del empeño que ponen los tribunales constitucionales, respaldados en la doctrina de connotados iuspublicistas, para hacer prevalecer el estado constitucional de cosas.

Es innegable, entonces, la función decisiva que asumen los novedosos pronunciamientos constitucionales en la defensa del orden constitucional. No obstante, la relevancia para alcanzar ese propósito no es igual en todos los fallos; en efecto, algunos tipos podrán tener más peso que otras, pero ello no demerita el hecho que su emisión es producto del esfuerzo por hacer de la Constitución un instrumento vigente y eficaz.

En la práctica, los fallos que se comentan tienen una gran utilidad en cuanto que, muchas veces, con los tradicionales no se logra dar respuesta debida a controversias constitucionales marcadas por su alta complejidad, precisándose, para abordarlas, de herramientas creativas cuyo propósito de hacer prevalecer el magno texto es razón suficiente para justificar su uso.

2.2 Fortalecimiento del Estado constitucional de Derecho

Para abordar el tema que anuncia el título de este segmento, es pertinente evocar que, en un momento de la historia, la emergencia de la noción de Estado de Derecho –*Rechtsstaat*, como se le denominó en Alemania, donde surgió– significó un gran avance para las sociedades en cuanto suponía la existencia de un Estado normado, donde la fuerza de la ley –en tanto producto del quehacer parlamentario– debía regir toda actividad estatal, implicando el sometimiento de toda autoridad al imperio de la legalidad. Conforme lo expresado, en la noción de Estado de Derecho, el creador de las disposiciones normativas legales tiene un papel protagónico en la construcción de la institucionalidad y de la paz social.

Ahora bien, con la noción del Estado Constitucional de Derecho –construida sobre las bases del concepto comentado precedentemente–, el avance fue mayor, por cuanto supone que la prevalencia de la Constitución, como cuerpo normativo supremo, debiendo regir toda la actividad estatal, incluyendo, por lógica, la producción parlamentaria. De esa cuenta, los más caros fines de la ley fundamental, tales como la búsqueda de la dignidad de las personas y la vigencia

efectiva de los derechos inherentes a la persona humana deben regir la actuación de todo aquel que detente autoridad, en especial del que ejerce una función pública. Así pues, como bien refiere el constitucionalista chileno Cea Egaña, a raíz de la irrupción de esa noción, un nuevo paradigma se fue imponiendo, constituyendo, incluso, en nuevo parámetro de legitimidad¹⁰⁸⁵.

Dicho lo anterior, ha de indicarse que el Estado constitucional de Derecho propende a la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico y, para concretar ese fin, es relevante no solo el legado del legislador constituyente, sino de todos los poderes constituidos, los que, en su conjunto, contribuyen a hacer realidad ese caro propósito. Dentro de ese marco de cosas, el papel de los jueces es fundamental y, por antonomasia, la labor de los órganos jurisdiccionales constitucionales es central o vital¹⁰⁸⁶. En estos últimos recae la labor de hacer justicia constitucional, lo que comporta desarrollar y actualizar –no solo aplicar– el contenido del articulado constitucional¹⁰⁸⁷.

En efecto, la concepción de Estado constitucional de Derecho, según la cual en torno a los valores y principios constitucionales deben gravitar todas las acciones estatales, se ha visto decididamente fortalecida con la actividad protagónica de los guardianes de la supremacía de la ley fundamental, pues en estos recae la relevante atribución de determinar si las conductas de las autoridades se ajustan a

¹⁰⁸⁵ Cea Egaña, José Luis, “El Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 11, t. II, 2005, p. 47.

¹⁰⁸⁶ Al respecto, se trae a cuenta que Pozzolo, al hacer referencia a como en la doctrina neoconstitucionalista se concibe al juez constitucional, indica que este se yerge como “agente consciente del cambio constitucional, o de la interpretación evolutiva de la constitución...”. Véase: Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. II, 1998, pp. 347 y 348. Por su parte, dada la labor central y vital referida, el jurista español Murillo de la Cueva denominó a la justicia constitucional como “la culminación del edificio del Estado de Derecho”. Véase: Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, “El examen de constitucionalidad de las leyes y a soberanía parlamentaria”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 199 y 200.

¹⁰⁸⁷ Por ello mismo, el magistrado ecuatoriano Ávila Santamaría sostiene que el juez, en un Estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”, pues tiene que aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la constitución”. Cfr.: Ávila Santamaría, Eduardo, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, 2009, p. 786.

los parámetros establecidos en la ley fundamental y, si ello no fuere así, encauzarlas por los senderos correctos.

En la ardua labor encomendada, la actividad jurisdiccional de defensa de la Constitución ha encontrado en las modalidades atípicas –o no tradicionales– de sentencias una de las herramientas apropiadas para dotar de fuerza normativa a la Carta Fundamental y, como consecuencia, para hacer realidad, a toda costa, el caro propósito de protección de los derechos inherentes a las personas, así como el fortalecimiento de la institucionalidad estatal. Con esa finalidad, por medio de los referidos fallos, ha sido posible hacer selección de sentidos interpretativos legítimos a la luz de los preceptos normativos fundamentales, constitucionalizando lo que *a priori* no tendría esa calidad e, incluso, poniendo en evidencia las actitudes desidiosas de las autoridades públicas que llanamente incumplen mandatos que derivan del magno texto o, bien, motivando su actuación para cubrir los vacíos normativos con trascendencia constitucional.

“Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la actividad como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”¹⁰⁸⁸. Ello significa que no debe existir ámbito de la vida pública que sea ajena a las disposiciones normativas fundamentales y, para lograr ese cometido, la función que desarrollan los tribunales constitucionales cumple una función medular. Por ello mismo, según Bazán, “es imprescindible, por ende, una jurisdicción constitucional activa, independiente, valerosa y legitimada socialmente, pero al mismo tiempo, prudente, reflexiva, equilibrada y consciente

¹⁰⁸⁸ Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, p. 49. En su artículo –pp. 50 a 51–, el autor también hace referencia a las siete condiciones que, a su juicio, deben concurrir para que un ordenamiento jurídico sea considerado “impregnado” por las disposiciones normativas constitucionales, a saber: (a) rigidez constitucional; (b) garantía jurisdiccional de la Constitución; (c) fuerza vinculante del texto constitucional; (d) la sobreinterpretación de la Constitución; (e) la aplicación directa de las normas constitucionales; (f) la interpretación conforme de las leyes; y (g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Según criterio del tesista, las sentencias modulativas contribuyen en gran medida a la concurrencia de las condiciones referidas.

de sus límites”¹⁰⁸⁹.

Conforme lo anterior, para la consolidación del Estado constitucional se torna necesario hacer uso de herramientas que posibiliten abordar de forma creativa los conflictos, especialmente desde una perspectiva que entienda extensivamente los alcances del magno texto. Ahí es donde los pronunciamientos objeto de estudio del presente trabajo cobran relevancia central.

Ante un débil Estado constitucional de Derecho como el de Guatemala, caracterizado históricamente por la recurrente inobservancia de los postulados constitucionales por parte de los poderes públicos, las sentencias constitucionales atípicas, tal como las abordadas en el capítulo precedente, constituyen una manifestación palpable de que, mediante resoluciones jurisdiccionales, se puede contribuir decisivamente a la prevalencia, realización, desarrollo e, incluso, actualización de la ley fundamental, todo ello cuando medien buenas razones para proceder, lo que debe ser reflejado por medio del discurso argumentativo.

2.3 Oportunidad de procurar solución a planteamientos que los políticos no han sabido afrontar

Un punto que no puede pasar por alto al abordar la justificación de los fallos atípicos es la tendencia creciente a judicializar los temas políticos o, dicho de otra manera, a someter los problemas de contenido político a conocimiento y resolución de los órganos jurisdiccionales, en especial los que tienen competencia para conocer asuntos constitucionales, precisamente porque los poderes estatales de esa naturaleza no han sido capaces de encontrar las respuestas adecuadas para atender las demandas sociales o los ríspidos conflictos que se presentan, siendo estos los que, de manera primaria, deberían afrontar ese tipo de asuntos.

¹⁰⁸⁹ Bazán, Víctor, “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 14, 2010, p. 40.

El escenario al que se asiste en la actualidad está caracterizado por la diversidad de sectores que procuran respuestas a los problemas de carácter político en los ámbitos tribunalicios; ello se asevera, por cuanto que si bien es reiterado que esa clase de reclamos provenga mayormente de miembros de las fuerzas sociales que no han encontrado eco a sus pretensiones a fin de alcanzar la normativa que permita hacer efectivos sus derechos constitucionales y fortalezca la institucionalidad estatal, ha de aceptarse que los propios políticos, y los grupos de presión que le son cercanos, instan la actividad jurisdiccional cuando no logran, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación, que sus posturas sean tomadas en cuenta en las decisiones de gobierno, en especial las que conciernen a la producción normativa. De hecho, algunas de las decisiones constitucionales atípicas que se han comentado han sido emitidas en razón de planteamientos formulados por representantes parlamentarios.

La enjundia política que caracteriza a muchas de las controversias sometidas a conocimiento y resolución de los tribunales constitucionales no tiene por qué suponer la invasión de campos que no son de su competencia, cuando lo que se busca es la solución de aquellas por medio de criterios jurídicos. Debe tenerse presente que dichos tribunales son los órganos encargados de resolver jurídicamente los conflictos que emergen de la posible inobservancia de un instrumento normativo –la Constitución– cuya almendra política es innegable, por cuanto regula el ejercicio del poder público. En todo caso, la posición que se asume es que la solución jurisdiccional de los problemas políticos debiera ser el último eslabón de la cadena de posibilidades, ya que, son los órganos de esa naturaleza –los políticos– los primeramente llamados a enfrentar esas problemáticas.

Para entender lo anterior, ha de tenerse presente que, en la medida que el Poder Legislativo pierda el norte constitucional en la elaboración de las leyes, incurriendo en deficiencias en su producción, resultará inevitable que se acuda ante los tribunales constitucionales pretendiendo las expulsiones, interpretaciones o

subsanações correspondientes. Também a desídia ou negligência parlamentar, assim como a insuficiência de las disposições legais que se emitem, dan lugar a que, de forma cada vez más creciente, se deposite a esperança em a labor de los jueces constitucionales para lograr que se formulen adiciones, substituições ou reduções normativas, assim como que se estabeleçam recomendações ou directrices normativas, a maneira de colmar los vacíos legislativos o que se formulen los remedios que corresponden. Em a medida que los márgenes de actuación lo permitan, se verá justificado acudir a dichos juzgadores.

El tema de a judicialización de los problemas políticos no es característico de una región determinada, ya que suelen concitarse debates sobre ese tema em diversos ámbitos jurídicos, aunque, em cuanto al aspecto temporal, debe aceptarse que este ha cobrado fuerza em tiempos recientes como producto de a correlación que se da entre: (a) el renovado empoderamiento de los tribunales constitucionales, lo que ha ido de a mano con que a usual deferencia a los productos de los órganos legislativos y ejecutivos haya bajado de intensidad; y (b) a ausencia de debidas respuestas por parte de los órganos estatales de naturaleza política con relación a las necesidades sociales, las que debieran, em primer término, ser atendidas por estos.

Panoramas como el relacionado revelan el porqué a los jueces constitucionales se les percibe como el conducto más eficaz para hacer latentes las necesidades sociales, soliendo poner em estos las esperanzas para a obtención de pronunciamientos que conlleven respuestas adecuadas para superar esas necesidades. Ello ha provocado, como refiere Zagrebelsky, que algunos los perciban como “los actuales «señores del derecho», pues em ellos, em efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: a ley, los derechos y a justicia”¹⁰⁹⁰; empero, precisa que esa calidad a tienen los jueces no como, em tiempos pasados, le era atribuida a los legisladores, sino que como los garantes de a compleja estructura del Derecho em el Estado constitucional, o sea como: “los

¹⁰⁹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, cit., p. 150.

garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”¹⁰⁹¹.

2.4 La opción creativa para resolver álgidos conflictos constitucionales

Las modalidades no tradicionales de resoluciones constitucionales se han constituido en una alternativa legítima para solucionar de forma creativa los conflictos sometidos a resolución de los tribunales constitucionales. De hecho, es dable aceptar que estas no hubieran emergido si las sentencias típicas bastaran para afrontar los ríspidos y complejos conflictos normativos que se someten a conocimiento de esos órganos jurisdiccionales.

Ciertamente, la rigidez que supone resolver simplemente como legislador negativo no hubiera permitido a muchos tribunales constitucionales emanar respuestas con el acierto logrado con muchos fallos atípicos. Fue necesario que, por vía de la creatividad pretoria, aquellos asumieran posiciones de apertura a las corrientes doctrinarias contemporáneas o que abrieran la brecha procesal al conocimiento de los inusitados planteamientos sometidos a su conocimiento, tal como sucedió con la primera sentencia que estimó una denuncia de inconstitucionalidad por omisión, lo que estuvo a cargo del Tribunal Constitucional Federal de Alemania; ello se produjo, luego de varios intentos fallidos, asentándose el criterio que el recurso de queja constitucional era el mecanismo que viabilizaba conocer esa modalidad de denuncia de inconstitucionalidad¹⁰⁹².

Aunque en Guatemala el influjo de las sentencias atípicas se produjo en tiempos relativamente recientes y su desarrollo ha sido paulatino, debe destacarse que cada vez son de más frecuente uso y han permitido la resolución creativa de problemáticas complejas. A guisa de ejemplo de lo expresado, se evoca el fallo

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, p. 153.

¹⁰⁹² De este fallo se hizo referencia en el numeral 7.2 del capítulo IV.

emitido el 1 de agosto de 2013 por la CC, al resolver los planteamientos de inconstitucionalidad que formaron los expedientes acumulados 5327-2012 y 5331-2012¹⁰⁹³, en el cual se añadió un nuevo contenido al artículo 92 de la Ley del Registro Nacional de las Personas –no en el texto, sino que por vía interpretativa–, estableciendo una nueva obligación al mencionado registro, a efecto de que no quedaran sin identificación un significativo segmento de la población.

Igualmente, se evoca la SCC de 24 de octubre de 2017, dictada por el tribunal constitucional guatemalteco en el expediente 2112-2017¹⁰⁹⁴, en la que se cuestionó la supuesta omisión relativa que, a juicio de las accionantes –tejedoras indígenas–, existía en cuatro cuerpos legales, al regular de forma insuficiente y discriminatoria lo concerniente a asuntos de propiedad intelectual. En esa ocasión, el tribunal constitucional advirtió que, en efecto, dentro del ordenamiento normativo local existía un vacío ocasionado por la inexistencia de regulación de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas con relación a sus conocimientos tradicionales y a las expresiones tradicionales culturales; sin embargo, la falencia advertida no se producía dentro de las disposiciones expresamente objetadas, sino que era preciso la emisión de un instrumento normativo específico *ad hoc*; ello provocó que se efectuaran las exhortaciones que se estimaron pertinentes, haciendo, incluso, una propuesta de contenidos de una eventual ley para regular ese tópico.

También conviene hacer referencia del célebre fallo dictado por la CC, el 25 de mayo de 1993, dentro del expediente 225-93¹⁰⁹⁵, en el que, para dar solución a la más dura prueba a la que se ha visto sometida la institucionalidad estatal y el régimen democrático, se optó por emitir oficiosamente un pronunciamiento que invalidara acciones de gobierno –patentizadas en un decreto del entonces Presidente de la República, en el cual estaban contenidas las llamadas “Normas

¹⁰⁹³ Fragmento de ese fallo fue transcrito en el numeral 7.1.1.2.1 del capítulo IV.

¹⁰⁹⁴ Fragmentos de ese fallo fueron transcritos en los numerales 7.1.2 y 7.2.1.1 del capítulo IV.

¹⁰⁹⁵ Fragmentos de ese fallo fueron transcritos en el numeral 7.3 del capítulo IV.

Temporales de Gobierno”-. Dictada en circunstancias muy difíciles y con un contenido singular, aquel tribunal efectuó declaratoria de inconstitucionalidad, dejando sin vigencia el cuerpo legal en mención, constituyendo, a la postre, uno de los legados más significativos de la justicia constitucional guatemalteca.

Los tres ejemplos relacionados, a los cuales se pueden agregar la mayor parte de las sentencias relacionadas en el capítulo que precede, dan cuenta que los fallos atípicos, en efecto, han constituido instrumentos creativos para afrontar los álgidos conflictos constitucionales que han arribado a conocimiento y resolución del más alto tribunal constitucional guatemalteco. Una visión rigorista, arraigada a la literalidad de las atribuciones expresamente reconocidas a dicho órgano jurisdiccional, difícilmente podría haber dado lugar a que se emitieran pronunciamientos que, sobre la base de entender, en su justa dimensión, lo pretendido, lo necesitado y lo merecido, emergieran como la respuesta más acertada en cada caso. Para dimensionar el peso de estos fallos creativos, vale la pena hacer un ejercicio mental respecto de cómo se habría resuelto si las decisiones únicamente hubieran procurado el respaldo de lo que la normativa procesal explícitamente regula.

Obviamente, la inclinación de parte del tribunal constitucional guatemalteco hacia este nuevo tipo de pronunciamientos no se produjo de golpe, sino que ha sido la consecuencia de desarrollos paulatinos. En esa ruta, el diálogo jurisprudencial entre órganos defensores de la constitucionalidad y los aportes de los iuspublicistas han logrado permear e influir positivamente, aunque ha de aceptarse que no todas las modalidades de fallos han tenido receptividad local ni todas las manifestaciones atípicas de sentencias responden a propuestas exógenas; de hecho, debe destacarse que muchas de las variedades de sentencias han experimentado matices peculiares que no se ajustan de manera exacta a propuestas doctrinarias o a precedentes jurisprudenciales extranjeros. Ello encuentra sentido en el hecho que cada realidad presenta rasgos diferentes y, en esa medida, precisa de las respuestas que se adecuen a sus particulares

necesidades.

Evidentemente, las sentencias atípicas permiten a la jurisdicción constitucional asumir funciones protagónicas en la solución de complejos problemas; referente obligado de esta afirmación es la célebre sentencia –antes comentada– emitida por la CC el 25 de mayo de 1993, dictada para revertir los efectos nocivos de disposiciones normativas emitidas con el fin de concretar el quebrantamiento del orden constitucional. Situaciones como esa dan cuenta de cómo los tribunales constitucionales pueden cumplir su relevante función de guardianes del magno texto, siendo agentes de cambio social¹⁰⁹⁶.

Para concluir, se recalca que la creatividad asumida por las cortes constitucionales ha posibilita encontrar soluciones a las ríspidas controversias constitucionales sometidas a su conocimiento y resolución. Por obviedad, las sentencias atípicas son expresión latente de esa creatividad pretoria. Los beneficios que su emergencia ha traído consigo son manifiestos en los diversos pronunciamientos en los que se ha optado por seleccionar sentidos interpretativos, formular exhortaciones o llenar vacíos normativos que suponían incumplimiento de mandatos constitucionales.

2.5 Las sentencias constitucionales atípicas como mecanismos para prevenir o llenar vacíos normativos

Como pudo apreciarse en el desarrollo del capítulo anterior, algunos fallos constitucionales atípicos, en especial las variedades interpretativas, constituyen instrumentos que evitan la producción de vacíos normativos, al decidir la pervivencia de los enunciados normativos, pero sujetas a la precisión de sentidos interpretativos. Echar mano de las sentencias caracterizadas por contener discursos argumentativos que precisan los sentidos de las disposiciones

¹⁰⁹⁶ El rol de agente de cambio social por parte de los tribunales constitucionales es abordado con propiedad en: Sagüés, Néstor Pedro. “Los tribunales constitucionales...”, *cit.*, p. 28.

normativas, a fin de evitar la declaratoria de inconstitucionales y, consecuentemente, vacíos normativos, constituye una opción que se legitima ante lo significativo de la función preventiva que aquellas conllevan.

El jurista venezolano Chacín Fuenmayor coincide con el tesista, en cuanto a que la posibilidad de evitar vacíos normativos justifica la sola existencia de las sentencias constitucionales atípicas, en particular las interpretativas, precisamente por su singular finalidad de precisar los sentidos intelectivos de las disposiciones normativas, evitando su expulsión. Esa posición se pone de manifiesto en el fragmento que, a continuación, se comparte:

Creemos que la razón de las sentencias constitucionales no tradicionales, es esencialmente práctica, por los problemas de inseguridad jurídica, violación a la igualdad de las decisiones que pudiese traer una sentencia anulatoria, que dejara un terrible vacío legal, es el “**horror vacui**” de Aja y González (1998), consistente en la laguna producto de una acción del Tribunal Constitucional como legislador negativo, que provocaría inseguridad jurídica y graves lesiones de derechos constitucionales...¹⁰⁹⁷.

Otras modalidades de sentencias, como en el caso de las que contienen exhortaciones, a efecto de motivar la producción normativa, las cuales tratan de evitar los vacíos referidos, precisamente, con la actuación de la autoridad a la que le dirigieron la recomendación de proceder a legislar, reglamentar o normar, según sea el caso. Lo relevante en razón del objeto de este segmento de la tesis, es resaltar que tanto los fallos referidos en el párrafo precedente como las que se indica en el presente confluyen en una finalidad común: desterrar la posibilidad de vacíos normativos, ya sea evitándolos o llenándolos, según las circunstancias; ello tiene el peso suficiente para justificar la existencia de ese tipo de decisiones jurisdiccionales.

¹⁰⁹⁷ Chacín Fuenmayor, Ronald de Jesús, “La legitimidad de las sentencias...”, *cit.*, p. 69.

Como se expresó en el segmento en el que se abordaron las sentencias exhortativas en Guatemala, las modalidades *de delegación* y *simples* tienen la virtud de procurar llenar los espacios habidos ante la falta de las disposiciones respectivas. Ahora bien, la variedad de exhortaciones que se producen por detectar alguna manifestación de inconstitucionalidad endeble o precaria –la cual se indicó que no tendría viabilidad en Guatemala– cumple cabalmente la función de evitar que acaezcan esos vacíos.

Ahora bien, en cuanto a las sentencias que se dictan en virtud de planteamientos de inconstitucionalidades por omisión, ya sea relativa o absoluta, ha de indicarse que precisamente la motivación es superar los supuestos vacíos normativos existentes, dada la advertencia de incumplimiento de mandatos constitucionales expresos o implícitos. Dependerá, entonces, de que sean acogidas las denuncias de inconstitucionalidad que se planteen, para que los tribunales apelen la actuación de los obligados de producción normativa.

Ciertamente, en algunos sistemas jurídicos donde se ha regulado la posibilidad de que los tribunales actúen como legislador precario, tiene más sentido la aseveración de que las sentencias que resuelven inconstitucionalidades por omisión dan pie a que se llenen vacíos normativos. No obstante, esa es una atribución que se ha reconocido a muy pocos órganos jurisdiccionales, dentro de los cuales no se encuentra el tribunal constitucional guatemalteco, aunque sí ha establecido directrices generales en casos específicos, tal como ocurrió en la SCC de amparo de 26 de mayo de 2017 (Exps. Acums. 90-2017, 91-2017 y 92-2017)¹⁰⁹⁸.

2.6 Desarrollo y actualización de los contenidos constitucionales

En primer término, es oportuno referir que el texto constitucional es un instrumento normativo aprobado en un escenario histórico determinado, según la visión de los

¹⁰⁹⁸ Fragmento de ese fallo fue transcrito en el numeral 7.2.2 del capítulo IV.

legisladores constituyentes de la época en que este fue emitido. De esa cuenta, la letra de la Constitución, de alguna manera, es reflejo del proyecto de Estado de aquellos legisladores.

Como se hizo referencia, al abordar lo concerniente a la interpretación en la jurisdicción constitucional, la búsqueda de los sentidos interpretativos con los que la Constitución puede dar respuesta a las necesidades sociales de la población no depende necesariamente de entender lo que los constituyentes quisieron decir al redactar el contenido de la ley fundamental, sino de cómo su texto debe ser concebido en los tiempos presentes –o mejor dicho: en los momentos en que estuviere vigente–, a efecto de que, como instrumento vivo, responda ante los reclamos de dignificación personal de sus habitantes o de defensa de la institucionalidad.

Sin hacer distinción de los tipos de sentencias que emanan de esta, ha de indicarse que la jurisdicción constitucional es determinante para que los objetivos relacionados en los párrafos precedentes sean logrados. En efecto, sin la existencia de mecanismos judiciales de control de la legitimidad constitucional de los actos de autoridad –en especial los normativos–, la Constitución, además de ser un instrumento ineficaz, cuya observancia sería una concesión graciosa de los gobernantes, no se habría desarrollado con el paso del tiempo; su texto habría quedado inerte, sin posibilidad de entenderla más allá de lo que la en una época determinada se quiso decir. De esa cuenta, con categoría se afirma que, por medio de los fallos constitucionales, se desarrolla el magno texto y, a la vez, adquiere vida, efectividad, eficacia, dinamismo; en pocas palabras: se desarrolla y actualiza.

Pues bien, así no se produjere alteración de letra alguna del magno texto, su esencia puede transformarse en la medida que los pronunciamientos de los tribunales constitucionales, por conducto de las argumentaciones plasmadas en sus pronunciamientos, ajusten o delinee el sentido de sus artículos a las exigencias de los tiempos. En ese panorama de cosas, a la justicia constitucional

se debe que la intelección de los preceptos fundamentales sea dinámica y, en tal virtud, su concepción actual difiera de cómo fueron entendidos originalmente.

El resultado de la labor interpretativa de los jueces constitucionales puede ser visto como intromisiva, en tanto podría entenderse que, por medio de esta, se sustituye la voluntad del legislador constituyente. Al respecto y sin ánimo de entrar en polémicas, ha de reiterarse lo asumido en el segundo capítulo en cuanto a que la actualización del magno texto resulta ser una facultad de esos jueces, en tanto supone encontrar en la esencia de su contenido –aprobado en el pasado– la respuesta actual para las demandas de dignificación de la población presente de un Estado. No podría ser de otro modo, así lo reconoció el primer presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al ser cuestionado si ese tribunal constitucional ejercía “labor de Constituyente”, y a lo que respondió:

Aunque suene duro, porque se puede interpretar que pretendo tener facultades muy elevadas, así es y no puede ser de otro modo. Nos toca actualizar la Constitución y **en esa actualización estamos haciéndola vivir en el presente**. Eso no es ni más ni menos que el actuar constituyente. Sé que eso duele a algunos, pero si se crea un tribunal sin esas facultades, no sería tal¹⁰⁹⁹ [el énfasis es añadido].

El contenido del fragmento transcrito motivó polémicas, al punto que la obra de donde fue extraído lo cita dentro del contexto del “abuso interpretativo” que le atribuye al órgano jurisdiccional constitucional. En cuanto a ese punto, es dable precisar que ningún abuso de interpretación puede suscitarse, por cuanto que el producto de esa actividad se manifiesta por medio de argumentos, los cuales, como ya se dijo, pueden sustentarse en buenas o malas razones; empero, indicar

¹⁰⁹⁹ Arce Gómez, Celín, *El abuso interpretativo de la Sala Constitucional*, San José (Costa Rica), EUNED, 2008, p. 25. En la obra citada se reproduce una entrevista periodística al primer presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica –conocida como Sala IV–, Alejandro Rodríguez, originalmente contenida en el trabajo siguiente: “Pérez, Any. ‘Intimidades de la Sala IV’”. En Revista Rumbo, núm. 409, 28 de setiembre de 1992, p. 14”.

que se interpreta excesivamente es un despropósito, ya que esa es una tarea natural de los jueces que solo no está sujeta a medida cuantitativa alguna. En todo caso, si lo que se quiso decir con aquel término es que se invaden labores de los legisladores constituyentes u ordinarios, debe dejarse claro que los tribunales constitucionales hacen una labor diferente a estos, siendo el desarrollo y actualización de los contenidos constitucionales parte de ello, de conformidad con lo expuesto precedentemente. Si lo que se reprocha es que hay respuestas que corresponden ser vertidas por los parlamentos, es pertinente indicar que su inacción o producto legislativo deficiente no podría ser consentido si lo que se pretende es la prevalencia del Estado constitucional de Derecho.

Ahora bien, oportuno es indicar que si las sentencias constitucionales tradicionales posibilitan el desarrollo de la preceptiva constitucional, con mayor razón ha de reconocerse esa virtud a los fallos atípicos, por cuanto que algunos de estos dan marco para que se determine el sentido interpretativo de la Constitución, a modo de ajustarla a las respuestas que se precisan en los tiempos actuales; igualmente, otros dan pie a que, para cumplir con los cometidos constitucionales, se impulse la actuación legislativa, procurando la eficacia de sus mandaos.

No podría bendecirse la inmanencia del articulado constitucional y restringirse la actividad más positiva –en lugar de negativa– de los tribunales si con una actuación así, sustentada en una debida motivación, se logra el desarrollo de la Constitución y la actualización de sus contenidos. Esto último es necesario dada la necesidad de hacer del magno texto un instrumento vivo y actual, dirigido a los actuales habitantes del Estado y no solo a los que estaban vivos al momento de su emisión.

Para el caso de Guatemala, debe tenerse presente que la CPRG fue aprobada en momentos en los que se había superado una década marcada por la sucesión de gobiernos militares y autoritarios; además, el Estado recién había enfilado sus pasos hacia un sendero democrático y prevalecía un ambiente caracterizado por la existencia de un conflicto armado interno. A juicio del tesista, ese panorama

propició que, dentro del texto constitucional, hayan quedado algunas disposiciones que, en otro escenario, no habrían sido incluidas. Ejemplo de ello son los siguientes artículos: 25, relativo al registro de personas y vehículos; 26, en lo tocante a los horarios para penetrar a una morada con orden escrita de juez competente; y 38, concerniente a la tenencia y postación de armas. El análisis de los sentidos de esos enunciados constitucionales a la luz de las necesidades actuales y de los nuevos contextos sociales se hace necesario; para ese propósito, es conveniente que sean desterrados todos los sentidos que le son atribuidos como si aún se estuviera en un estado interno de guerra.

Localmente, también se precisa que se continúe motivando la actividad legislativa, para que los mandatos constitucionales no constituyan tan solo aspiraciones perenemente incumplidas; de la misma manera, se precisan las exhortaciones que se plasman en algunos fallos atípicos, para propiciar la emisión de toda la normativa legal y reglamentaria que posibilitará, directa o indirectamente, que la Constitución no quede sin el desarrollo que, muchas veces, solo es lograda por medio de la normativa infraconstitucional.

Se concluye, entonces, que la producción de sentencias constitucionales atípicas es una herramienta valiosa para el desarrollo y actualización de los preceptos normativos constitucionales. Muchos de los ejemplos de sentencias transcritas y comentadas en el capítulo anterior dan cuenta de ello.

2.7 Desarrollo y adecuación a la Constitución de las disposiciones normativas infraconstitucionales

El universo de disposiciones normativas que pueden ser objeto de examen de constitucionalidad está caracterizado por su variedad por muchas razones, dentro de las que destacan las siguientes: (a) las expresiones normativas tan diferentes que pueden ser examinadas; ello deriva de que, en algunos sistemas jurídicos – como acontece en Guatemala–, es admitido que el control constitucional

normativo pueda realizarse tanto sobre leyes como sobre reglamentos y cualesquiera “disposiciones de carácter general”; (b) en razón de lo anterior, es natural que la gran cantidad de enunciados normativos susceptibles de examen aborden diversidad de temáticas; y (c) los tiempos en que las disposiciones emergieron habrán marcado sus contenidos, lo cual es natural; sin embargo, algunas de estas son aprobadas al amparo de un texto fundamental distinto a aquel con el cual se realizará el análisis de legitimidad constitucional.

En virtud de su diversidad y alta cantidad de disposiciones que pueden ser objeto de control constitucional normativo, puede afirmarse que igualmente es elevada la probabilidad de que sus contenidos no se ajusten cabalmente a las exigencias constitucionales, lo cual se acrecienta para el caso de los enunciados normativos preconstitucionales, los que, por lógica, no tuvieron a la Constitución vigente como el marco al cual debían adecuarse.

Las sentencias constitucionales atípicas dan pie a que, mediante la modulación de sus contenidos y efectos, o por vía de las exhortaciones a sus creadores, las disposiciones normativas ordinarias puedan transformarse y ajustarse a la esencia del articulado constitucional vigente. Cabalmente esa es una de las finalidades torales de una de las modalidades de intervención positiva de los tribunales constitucionales: evitar resoluciones drásticas y posibilitar la pervivencia de los enunciados examinados, ajustándolos a la ley fundamental. Ello ha contribuido al desarrollo de los cuerpos normativos infraconstitucionales, los que, además de ver transformados sus sentidos, se han visto dotados de nuevos contenidos respondiendo más a los caros propósitos constitucionales.

Con los efectos antes relacionados, los fallos constitucionales atípicos contribuyen, de manera decisiva, a la construcción del Estado constitucional de Derecho, en la medida que, por sobre toda expresión normativa, se hace primar la Constitución. Con logros así estaría más que justificada la intervención, en positivo, de los tribunales constitucionales, pues su accionar propende a que sean alcanzados los valores y aspiraciones constitucionales. Ciertamente, la

contundencia de lo dicho invita a meditar sobre el soporte de las afirmaciones que se hacen; al respecto, basta con efectuar un ejercicio mental comparativo sobre lo que pasaría con que el examen de constitucionalidad de algunas disposiciones se realice supeditado al limitado margen de maniobrabilidad que supone la utilización de sentencias tradicionales, las cuales, por la drasticidad de sus consecuencias, torna un tanto más difícil aquella construcción.

Según lo relacionado en el inciso precedente, la experiencia ha dado muestras que la Constitución se desarrolla y actualiza con el paso de los tiempos; por consiguiente, de igual manera –como efecto de cascada–, la normativa ordinaria precisa también de ese desarrollo. Si bien ello pudiera lograrse por conducto de reformas a las disposiciones normativas, esa opción de cambio se antoja más difícil, por cuanto que el dinamismo de la actividad jurisdiccional ha posibilitado, muchas veces, que, sin precisar la modificación de una sola letra de aquellas disposiciones, sus alcances y sentidos se vean transformados por medio de las sentencias interpretativas.

En el caso de los fallos constitucionales que contienen exhortaciones es más largo el camino para lograr que la normativa ordinaria se ajuste a las exigencias de los tiempos, pues la eficacia de esos llamados apelativos depende de la actuación de otros órganos ajenos a los tribunales, en los cuales recae la gran responsabilidad de efectuar las transformaciones normativas necesarias. Así las cosas, aunque de forma menos directa que en los fallos interpretativos, en los exhortativos también se procura el desarrollo de los cuerpos normativos ordinarios y su adecuación a la Constitución.

Se concluye, entonces, que una razón justificativa de las sentencias constitucionales atípicas se halla en la posibilidad de transformar, de manera directa o indirecta, los enunciados normativos ordinarios, ajustándolos a los valores y fines de la Constitución.

2.8 Posibilidad de transformación de las disposiciones normativas sin intervención de su creador

El abordaje de las sentencias constitucionales atípicas realizado en el capítulo anterior da cuenta de los grandes beneficios que algunas de sus modalidades presentan, enfatizando que estas conllevan soluciones menos drásticas que las que supondrían los fallos tradicionales, las que, en caso de ser estimativas, suponen la expulsión de la disposición normativa cuestionada del ordenamiento jurídico, provocando, en muchos casos, vacíos indeseables.

Las sentencias atípicas interpretativas, en particular, presentan la bondad de que constitucionalizan las disposiciones normativas objetadas, por medio de la definición de contenidos, adiciones, sustituciones o reducciones que conllevan, lo cual se realiza por vía interpretativa. Esa actividad inicia y finaliza en sede jurisdiccional, sin que sea preciso la intervención de los parlamentos o creadores de esos enunciados.

Dicho lo anterior, ha de destacarse que las resoluciones interpretativas permiten el protagonismo de los jueces constitucionales, los que, en lugar de depositar, en sus creadores, la carga transformadora de los enunciados normativos prescinde de la actuación de estos, efectuando jurisdiccionalmente su necesaria adecuación para tornarlos conformes con la esencia de la ley fundamental.

Al analizar qué tan significativo es para el Derecho que los jueces constitucionales cuenten con atribuciones que, en el ideario original del control de constitucionalidad, estaba reservado para los legisladores de las disposiciones normativas ordinarias, se enfatiza el hecho que, en la práctica, las sentencias interpretativas y las estimatorias que reviven el enunciado derogado encuentran en la economía que representan –entre otras– una razón de peso que las justifica, ya que tornan innecesaria la intervención reformadora de los creadores de las leyes o disposiciones. Así las cosas, creativamente se prescinde de la actuación de estos, lo cual tienen una connotación positiva si se toma en cuenta que, en

vista de la agenda propia que manejan, muchas veces, es difícil que cumplan con las recomendaciones de enmendar las deficiencias normativas encontradas.

Como pudo advertirse al abordar cada una de las modalidades de expresiones atípicas de fallos constitucionales, no todas presentan iguales características y efectos; así las cosas, las variedades exhortativas tratan de motivar la actuación de las autoridades que podrían crear o reformar disposiciones normativas, siendo innegable que su eficacia no podría prescindir de respuestas que deben emanar forzosamente de aquellas autoridades, pues son estas las invitadas a producir los enunciados que se recomienda emitir. Igual apreciación se tiene con las sentencias que abordan los incumplimientos de mandatos constitucionales, pues, el acogimiento de las omisiones conlleva encontrar las maneras de superar la desidia normativa en que incurren los encargados de producir las leyes, reglamentos o disposiciones generales con las cuales habría de cumplirse aquellos mandatos.

Se concluye, entonces, que algunas modalidades de fallos constitucionales atípicos, en particular los de tipo interpretativo, tornan innecesaria la actividad de reforma legislativa o normativa, en general; ello se logra por medio de la adecuación constitucional de las disposiciones examinadas, lo que se concreta en la propia sede jurisdiccional. En todo caso, cualquier desacuerdo del legislador puede empujarlo a desarrollar la reforma que corresponda, dejando sin operatividad la interpretación efectuada por el tribunal constitucional.

Al ser este el último subinciso en el que se hace referencia a las razones justificadoras de los fallos constitucionales atípicos, oportuno es indicar que los beneficios que vienen aparejados con su emisión –lo cual justifica su apareamiento y consolidación– son mayores que cualquier señalamiento o dificultad que le pudiera ser atribuida; esto último podrá ser comprobado en el apartado subsiguiente en el cual se hace un esfuerzo por dar respuesta a los cuestionamientos más usuales.

Para cerrar este subinciso y solo como apoyo de lo que el tesista tiene claro, se trae a cuenta lo referido por el insigne maestro italiano Zagrebelsky, cuando refiere:

Quien en nombre de los orígenes, esto es, de la fidelidad a una “constitución inerte”, entiende que cualquier nueva exigencia constitucional debe manifestarse no a través de renovadas respuestas a los nuevos interrogantes, sino solamente a través de reformas, con el objetivo de que se garanticen de esa manera la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la duración en la vida constitucional. Es decir desconoce la función de la constitución¹¹⁰⁰.

3. Trascendencia de las buenas razones en las motivaciones de las sentencias constitucionales atípicas

Cuando en el inciso 4.1 del primer capítulo se abordó lo tocante a la legitimidad y legitimación de la jurisdicción constitucional se asumió como conclusión que si la Constitución es expresión de los más caros valores de una sociedad organizada, la actividad encaminada a su defensa goza necesariamente de la cualidad de legítima o, lo que es lo mismo: de la condición de legitimidad, dado que supone un esfuerzo cierto por alcanzar la justicia. Igualmente, se concluyó que alcanzar legitimación es corolario del respaldo que puede alcanzar la emisión de buenas resoluciones, o sea: de decisiones suficientemente motivadas para resolver los conflictos que son puestos ante su conocimiento y resolución. Ciertamente, entre ambos conceptos existe una indudable correlación, dado que las personas adhieren a las decisiones que consideran justas y que se sustentan en razones consistentes, razones estas que pueden ser encontradas con facilidad si se hace justicia; el reto, entonces, es plasmarlas en los fallos.

¹¹⁰⁰ Zagrebelsky, Gustavo, “¿Qué es ser juez...”, *cit.* p. 165.

En el capítulo II de este trabajo se abordó con algún detenimiento lo relativo al tema de la interpretación jurídica y la argumentación, precisando sobre esta última que constituye el conducto por el cual se expresan los sentidos interpretativos asignados a las disposiciones normativas. En ese espacio se hizo relación de cómo se construyó una teoría integradora de la argumentación, precisamente con el fin de conocer los aportes de importantes teóricos en cuanto a la construcción de un discurso adecuado con el que se logre transmitir debidamente la justificación de las decisiones asumidas. De manera enfática, se trae a cuenta como Wróblewski y Alexy dejaron sentadas las bases de las justificaciones internas y externas de los fallos. Llegado a este punto, con mayor ahínco se reitera lo que se ha venido expresando en este trabajo, en cuanto a que, en la medida que las consideraciones plasmadas en los fallos contengan buenos argumentos –los adecuados, razonables y consistentes, dentro de las variedades posibles–, estos con facilidad encontrarán respaldo, lo que es relevante para toda democracia deliberativa.

Ciertamente, la parte motivante de la decisión tiene un rol central en la aceptación de los fallos atípicos, ya que en esta el tribunal constitucional debe justificar la resolución asumida. Así las cosas, en tanto no queden plasmadas razones consistentes de la decisión, será de difícil captación que se hace justicia por medio de lo resuelto y, como consecuencia, que el pueblo, como titular del control democrático de los poderes públicos, respalde la actuación del tribunal.

En este capítulo conclusivo del trabajo de tesis, obligado es hacer relación de la trascendencia de plasmar buenas razones para decidir, al momento de optar por cualesquiera de las modalidades de sentencias constitucionales atípicas, pues, como bien se dijo en el párrafo precedente, la motivación jurisdiccional constituye la herramienta para transmitir cómo el valor justicia puede lograr realización por conducto de ese tipo de decisiones y, a la vez, es el instrumento adecuado para lograr el convencimiento de que la opción por la que se decantó el tribunal es la que mejor respuesta concede al conflicto sometido a su conocimiento y resolución.

Puede asumirse, entonces, que la cualidad de legítimas de las sentencias constitucionales atípicas depende, en gran medida, de que en sus consideraciones estén presentes las buenas razones para decidir. Ha de tenerse presente que no todas las motivaciones se visten de razones consistentes, pues no cualquier argumento puede estimarse válido para afrontar las controversias que se someten al tribunal. Así lo asume el connotado maestro García de Enterría, al postular lo siguiente:

[N]i los Parlamentos, ni los partidos políticos, ni el pueblo, en definitiva, aceptarían jamás a un Tribunal Constitucional que decidiese las graves cuestiones constitucionales que le están sometidas sobre la base de criterios simplemente personales, de simpatía o de opción política de los jueces. Éstos sólo en cuanto aciertan a aparecer como intérpretes de la Constitución, en cuanto puedan imputar razonablemente a la norma suprema sus decisiones singulares, tendrán autoridad para seguir siendo aceptados por la comunidad en el ejercicio de su formidable poder¹¹⁰¹.

Con maestría en la temática, el profesor Ezquiaga Ganuzas invita a distinguir las buenas razones dentro de las motivaciones que se plasmen, ya que no todas pueden estimarse pertinentes para justificar los que se resuelve. En concreto, indica:

...no todas las motivaciones son iguales (es decir, que no es lo mismo dar razones, que dar “buenas razones”, que no dar ninguna razón) y que no son irrelevantes los argumentos ofrecidos por el órgano judicial en la sentencia. De éstos va a depender tanto el control por parte del juez jerárquicamente superior, como las expectativas ante futuras decisiones del mismo Tribunal ya que, de alguna forma, los argumentos ofrecidos en un caso van a vincularle para casos sucesivos, entrando a formar parte (sobre todo si han sido formulados por el Tribunal jerárquicamente supremo de una organización judicial) tanto del discurso jurídico –práctico como del jurídico– teórico. Por último, según enseña la filosofía de la ciencia lo realmente relevante para el avance del conocimiento no son las

¹¹⁰¹ García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal...”, *cit.*, pp. 88 y 89.

circunstancias en las cuales se produce un descubrimiento –el contexto de descubrimiento– (en nuestro caso, el proceso psicológico), sino su explicación científica –el contexto de justificación (en nuestro caso, la motivación)¹¹⁰².

Lo expresado implica que son las motivaciones sólidas las que transmiten adecuadamente el mensaje de por qué una decisión constitucional atípica es necesaria a efecto de alcanzar la realización de los postulados constitucionales. De esa cuenta, se desaprovecha abonar a la legitimidad de esas decisiones, cuando no se plasman razones valederas de lo que se resuelve.

Ciertamente, como quedó plasmado en los diferentes comentarios que se hicieron en las sentencias atípicas emitidas por la CC, la inclinación por maneras no tradicionales de resolver se ha visto justificada, en la gran mayoría de casos –no en la totalidad– por los propios razonamientos que quedaron plasmados en los fallos y de los cuales se hizo transcripción en los apartados respectivos.

4. Cuestionamientos

Como se refirió con antelación, las primeras expresiones de las sentencias constitucionales atípicas, dentro del marco del control concentrado, comenzaron a emerger como producto de atrevimientos tomados por algunos tribunales europeos –trascendiendo el italiano y el alemán– que, con apoyo en la doctrina, vieron insuficientes o inadecuadas las respuestas encontradas en los modelos tradicionales de resoluciones. Ciertamente, abrir brecha hacia senderos diferentes de los diseños preestablecidos implicó detracciones iniciales, aunque ha de reconocerse que estas menguaron gracias a la adhesión de importantes iuspublicistas a esas modalidades de fallos.

El paso del tiempo ha provocado que, cada vez más, las poblaciones se sientan

¹¹⁰² Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia...*, cit., pp. XXXVII y XXXVIII.

más acostumbradas a este tipo de sentencias, lo cual es natural, dado que, entre más se haga uso de estas, serán más conocidas y se sabrá de las bondades que su emisión conlleva; no obstante, ha de indicarse que las detracciones subsisten a pesar de las justificaciones antes abordadas. Obviamente, los cuestionamientos son mayores o más ruidosos en los Estados en los que estos pronunciamientos jurisdiccionales aún presentan relativa novedad, lo cual es comprensible, en atención a que la adhesión del foro jurídico y el resto de la población dependerán del conocimiento de su contribución al Estado constitucional de Derecho y al dinamismo normativo.

Precisado lo anterior y con el ánimo de entrar en materia, se evoca que, como parte de los cuestionamientos que se formulan, un señalamiento recurrente que es dirigido contra las sentencias atípicas es que estas son expresiones de la discrecionalidad de los tribunales que ejercen jurisdicción constitucional. Al respecto, el tesista es del criterio que si bien concurre cierta discrecionalidad, lejos de realizar una función desprovista totalmente de límites, los órganos jurisdiccionales tienen fronteras de acción –que no son físicas ni cuantitativas– que no pueden ser traspasadas y que, en resumidas cuentas, suponen el deber de dejar plasmadas buenas razones o motivos consistentes de la decisión¹¹⁰³. De esto se hizo referencia en el segundo capítulo en el que se abordó los márgenes a que se supedita la actuación de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución.

También se ha señalado que las sentencias atípicas, en especial las de tipo

¹¹⁰³ Los límites jurisdiccionales en la labor interpretativa fueron abordados en el numeral 9 del segundo capítulo. Este tópico también es abordado con propiedad por Grote, quien refiere:

La comprensión material de la Constitución como unidad de sentido destinada a producir sus efectos en la realidad política y social no significa, sin embargo, que el juez constitucional sea libre de modificar el contenido del derecho constitucional en vigencia a través de la interpretación de las normas constitucionales existentes. Hay que diferenciar entre el desarrollo del derecho constitucional positivo por medio de una interpretación dinámica, por una parte y la creación de nuevos principios y normas constitucionales, por otra. La Ley Fundamental reserva, en su artículo 79, la facultad de modificar la Constitución a los órganos políticos, es decir, al Parlamento y al Consejo federales.

Véase: Grote, Rainer, “El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 10, t. I, 2004, p.151.

interpretativo, han desnaturalizado por entero la voluntad del legislador¹¹⁰⁴. Ante esos señalamientos, debe tenerse presente que en los pronunciamientos referidos solo se realiza precisión de las normas –sentidos interpretativos– que se ajustan a la Constitución, mas no se produce la emisión de una disposición o enunciado normativo, ya que esa es una atribución del órgano competente y, si esto último ocurriera, acontecería intromisión de funciones.

Sobre la base de lo anterior, cabe la compleja pregunta: ¿Si los tribunales constitucionales detectan deficiencias y vacíos normativos, deben privilegiar el principio de división de poderes o, en su defecto, deben superarlos dentro de los márgenes de actuación posibles para dichos órganos jurisdiccionales? Ciertamente, si la tarea de esos tribunales es hacer prevalecer la supremacía constitucional no se puede anteponer la entronización del principio relacionado, si en sus manos está optar por una buena solución a la problemática.

A propósito de determinar lo que le es posible realizar al órgano jurisdiccional encargado del control constitucional normativo, Ezquiaga Ganuzas aporta una alternativa práctica para el efecto:

[S]i fuera necesario marcar una línea divisoria entre la actividad inevitablemente normativa del Tribunal Constitucional y los excesos en su función por suplantación del legislador, creo que esa línea vendría dada por la diferencia entre enunciado legal y norma: el Tribunal Constitucional inevitablemente crea normas a partir de los enunciados que le proporciona el legislador, pero no puede suplantarle hasta el punto de dictar él mismo enunciados no proclamados por los órganos

¹¹⁰⁴ Debe tenerse presente que no en todos los ámbitos se posibilita igual nivel de intervención de los tribunales constitucionales, ya que, según Sagüés, existen temas en los cuales el quehacer constitucional debe ser reservado, por ser propio de los poderes clásicamente “políticos” (v.gr. Ejecutivo y Legislativo), los cuales no deben estar sometidos al escrutinio judicial de constitucionalidad,

...pues no hacen a las funciones judiciales (por ejemplo, asuntos relativos a guerra, paz, manejo de relaciones exteriores, moneda, etc.). En la misma bolsa estarían las “políticas estatales de defensa, fomento, alfabetización, educación, salud, vivienda, planificación económica y financiera, promoción social, etc., ajenas, *prima facie* a la labor de la magistratura constitucional, por ser, valga la redundancia, asuntos “políticos” y no “jurídicos”.

Véase: Sagüés, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales...”, *cit.*, p. 15.

legislativos¹¹⁰⁵.

No faltarán quienes, con ánimo descalificatorio, sostengan que los fallos intermedios son expresión de un exacerbado activismo judicial, que supone una actuación proactiva –a veces perniciosa– de los tribunales constitucionales. Ese señalamiento pierde sentido al advertir que lo que motiva la crítica únicamente supone la actuación jurisdiccional necesaria para la realización práctica o actualización –incluso para el “relleno”, como refiere el profesor Saiz Arnaiz– del marco normativo constitucional. Por ello, el exmagistrado constitucional guatemalteco Maldonado Aguirre invita a hacer distinción respecto del activismo que es correcto desarrollar y aquel del que los tribunales deberían abstenerse de realizar:

Debe quedar aclarado, desde luego, que una cosa es activismo judicial en el correcto sentido de dinamizar el constitucionalismo y vivificar la norma conforme la evolución jurídica, de tal manera que, sin alterar los pilares fundamentales y la estructura orgánica del Estado, la norma suprema encuentre cómoda aplicación a las mutantes necesidades sociales de un país. Pero es otra aquella interpretación que pretenda deslumbrar con novedad “*progre*”, irrespetuosa de la seguridad jurídica. Igualmente indeseable resulta aquel posicionamiento que prevé resultados ventajosos para una empresa ajena a la misma función judicial...¹¹⁰⁶.

Lo expuesto en el fragmento transcrito permite advertir que, al ser emitidas las sentencias constitucionales atípicas, sí existen riesgos latentes de incurrir en activismo judicial indebido, el cual debe evitarse; no obstante, si la actuación se circunscribe a tratar de hacer vivos los postulados constitucionales, ya sea por medio de interpretaciones extensivas o garantistas respetuosas de las atribuciones específicas de los demás poderes estatales, quedaría desvanecida la posibilidad de que aquellos riesgos se hagan realidad.

La reflexión del exmagistrado Maldonado también es útil para desvirtuar los

¹¹⁰⁵ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Diez años de fallos...”, *cit.*, p. 135.

¹¹⁰⁶ Maldonado Aguirre, Alejandro, “Tribulaciones del Juez...”, *cit.*, p. 23.

señalamientos que se hacen en cuanto a que las manifestaciones atípicas de las sentencias constitucionales llevan a la destrucción del equilibrio entre poderes estatales, por cuanto que las cortes, en la medida en que actúen dentro de los márgenes de maniobrabilidad que le son reconocidos, lejos de trastocar la estructura orgánica del Estado, lo que realizan es vivificar la normativa constitucional, procurando su eficacia en razón de los fines para los que fue creada. No debe olvidarse que, para la consecución de ese propósito, los jueces constitucionales tienen en sus manos el producto del quehacer de los creadores de las disposiciones normativas y, lejos de reformar o modificar su texto asumiendo funciones que no le competen, lo que hacen es hacerla evolucionar, por cuanto que dicho producto no debe ser concebido como un instrumento inerte, sino que dúctil –o maleable– según los valores o principios que lo informan.

Puntualmente, respecto de la inconstitucionalidad por omisión, es pertinente traer a cuenta que Ruz Miguel en su trabajo *Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión*, refiere como obstáculos de ese instrumento procesal: "...la falta de apoyo en el Derecho positivo [...]; la falta de consideración de la peculiaridad y heterogeneidad de las normas constitucionales; y la falta de determinación del plazo para proceder a una actividad legislativa positiva"¹¹⁰⁷. Más adelante agrega: "...la posibilidad de que un tribunal emita fallos que no tienen posibilidad de imponer [alguna sanción], en el caso de que los mismos sean efectivamente ignorados conduce a una pérdida de 'autoridad'"¹¹⁰⁸. A juicio del tesista, aunque las objeciones relacionadas no son del todo insustentadas, lo expuesto permite reflexionar que, con una visión decididamente positivista, no podría ser superada la violación constitucional que se produce cuando el órgano emisor encargado ha desatendido su obligación de dictar una disposición normativa; por tal razón, el llamado es a tomar una posición más proclive a la actividad jurisdiccional creativa que, por vía de la interpretación jurisprudencial extensiva, permita abrir espacios

¹¹⁰⁷ Ruiz Miguel, Carlos, "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, 2004, p. 160.

¹¹⁰⁸ *Ibidem*, p.170.

para superar los escollos prácticos que presenta el mecanismo.

No resultaría asombroso encontrar cuestionamientos a los fallos que, dentro del marco del control constitucional normativo, se dictan *ex officio*, cuya atipicidad fue defendida en el capítulo anterior; al respecto, es pertinente indicar que si bien las dudas sobre estos pueden tener alguna fundada razón, esa opción, en todo caso, es respaldada para que opere como una excepcionalidad *in extremis*, para hacer prevalecer la institucionalidad misma establecida por la Constitución.

La vehemencia de muchas de las críticas que se formulan contra las sentencias atípicas permite inferir que este no es un tema acabado y que todavía es tarea pendiente la superación de algunos escollos positivistas –incluso paleopositivistas–; ello se logrará en la medida que, dentro de los límites que permite cada ordenamiento jurídico, los tribunales constitucionales hagan uso de aquellas para brindar la máxima protección pretendida en la Carta Fundamental.

Para cerrar este segmento y con el ánimo de poner en evidencia lo natural que resulta que concurren cuestionamientos, se estima pertinente evocar un fragmento de Hakansson Nieto, quien sobre estas sentencias refiere:

Como era de esperar, los tipos de resoluciones descritos [sic] no han sentado bien a algunas instituciones políticas, especialmente al Congreso, lo cual nos lleva a realizar una explicación en torno a la evolución del Tribunal Constitucional en un sistema político en formación. Al respecto, podemos decir que los sistemas constitucionales clásicos, como el estadounidense, no estuvieron exentos de estos problemas a comienzos del siglo XIX, pues no creemos que al comienzo haya sentado bien al Congreso Federal la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes surgidas gracias al caso *Marbury versus Madison* (1803); de hecho, se trata de una atribución que no fue considerada expresamente por la Convención Constitucional que redactó la histórica Carta de 1787 sino que fue el triunfo de la interpretación judicial. De igual manera, el surgimiento de los tribunales constitucionales especializados europeos dio lugar, en la práctica, a la creación de una nueva instancia, superior, por encima de las cortes supremas de

derechos humanos, un modelo de jurisdicción constitucional no exento de recelos por parte de las judicaturas durante sus primeros años de funcionamiento¹¹⁰⁹.

5. Valladares

A pesar del reiterado llamado a ser receptivos a las sentencias constitucionales atípicas por estimar la existencia de varias razones que las justifican, no puede pasarse por alto que, además de la existencia de las refutaciones relacionadas en el apartado anterior, estas también encuentran escollos legales –pues, precisamente su falta de regulación les confiere el carácter de atípicos– y fácticos, relacionados con las dificultades que conlleva hacerlos eficaces.

Debe tenerse presente que los artículos 140 y 141 de la LAEPC facultan únicamente emitir pronunciamientos estimatorios y desestimatorios; pese a ello, de su texto no se extrae prohibición alguna de hacer selección de interpretaciones o de modular sus sentidos; tampoco se recoge proscripción alguna con relación a la posibilidad de realizar exhortaciones. El artículo 133 de la ley en mención refiere que el planteamiento de inconstitucionalidad debe ser dirigido contra una ley, reglamento o disposición de carácter general –existente– y no contra omisión alguna; sin embargo, ello no necesariamente debe ser entendido como imposibilidad de analizar el efecto inconstitucional de una actitud omisiva, pues no aparece vedada esa opción.

También el artículo 134 de la ley procesal constitucional refiere quiénes están legitimados para instar una inconstitucionalidad abstracta y, luego, el 139 hace referencia al procedimiento a seguir. La aplicación rigorista y apegada a la literalidad de las últimas disposiciones hubiera invalidado la única sentencia de declaratoria de inconstitucionalidad de oficio existente en Guatemala, la cual fue emitida de urgencia ante una situación de eminente riesgo de rompimiento de la institucionalidad democrática.

¹¹⁰⁹ Hakansson Nieto, Carlos, *op. cit.*, pp. 159 y 160.

En Guatemala se han logrado avances ostensibles con la emisión de sentencias constitucionales atípicas, pero, como quedó apuntado líneas atrás, esto no ha sido la consecuencia de regulación expresa alguna, sino del influjo doctrinario y del diálogo jurisprudencial con tribunales de otros Estados. Sin ánimo de pecar de positivista –corriente que ha provocado críticas en este trabajo–, se estima que, para evitar cuestionamientos, lo ideal sería que la labor legislativa experimentara un desarrollo paralelo a las exigencias advertidas en el control constitucional normativo. Al respecto, ha de aceptarse que ello no deja de ser una idealidad de difícil alcance, pues los parlamentarios tienen su agenda propia que gira en torno a sus propias motivaciones; además, por muy exhaustivo que sea el trabajo parlamentario, siempre cabe la posibilidad de que surjan casos cuya resolución deba encontrarse en expresiones de sentencias legalmente no previstas, por lo que se debe estar abierto a situaciones de ese tipo.

Ciertamente, más que advertir que los valladares de peso se hallan en los cuestionamientos que se formulan, estos han de encontrarse en las dificultades que representan los problemas de escasa eficacia de algunas expresiones de fallos constitucionales atípicos –dificultad que no es propia de Guatemala–, ya que si bien es de aceptar que muchas han emergido con alto nivel de fuerza para ser seguidas o cumplidas, otras no ostentan el mismo grado de seguimiento o cumplimiento, según el caso.

6. La eficacia de las sentencias constitucionales atípicas

Lo expresado al abordar los valladares que enfrenta la emisión de sentencias constitucionales atípicas permite advertir la necesidad de viabilizar el cumplimiento de este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales, para que, en efecto, se alcancen los objetivos para los cuales fueron emitidas. No serviría de mucho contar con lindas declaraciones judiciales de avanzada, si estas no son observadas; por ello, ha de destacarse que el gran reto de estas sentencias radica

en que alcancen el mismo nivel de eficacia que las tradicionales. Por la entidad de ese reto, merece un análisis particular.

En Guatemala es usual que, cuando se habla de sentencias constitucionales atípicas, se relacione automáticamente ese concepto con las distintas variedades de fallos interpretativos; aunque, como se ha visto en este trabajo, estas constituyen solo una manifestación de los pronunciamientos no tradicionales; tal vez ello se deba a que, en la práctica, son las que se producen con mayor frecuencia; sin embargo, conllevan alta dificultad de acatamiento. Eso se afirma, pues, la definición, por vía interpretativa, de los sentidos y alcances de las disposiciones normativas, no suele lograr ni siquiera la misma cobertura de conocimiento que sí la tienen los enunciados objeto de interpretación. Ese panorama provoca preguntarse: ¿Cómo podría garantizarse, entonces, que las argumentaciones plasmadas en los fallos interpretativos sean igual de conocidos y aplicados que los preceptos interpretados? La respuesta no es nada fácil, pues depende del nivel de difusión de los fallos y del seguimiento de estos por parte de las autoridades y la población en general.

Ha de aceptarse que muchos fallos interpretativos de la CC han tenido una buena acogida y alcanzaron un nivel de positivización tal como la propia disposición normativa interpretada. Ese es el caso de la SCC de 1 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 5327-2012 y 5331-2012), emitida con ocasión de la acción de inconstitucionalidad general parcial dirigida contra las frases “a más tardar el dos (2) de enero de dos mil trece (2013)” y “a partir del dos de enero de dos mil trece; a partir de esa fecha”, contenidas en el artículo 92 de la Ley del Registro Nacional de las Personas. Los segmentos objetados hacen relación de las fechas a partir de las cuales ya no tendría validez la cédula de vecindad, la cual sería sustituida por el documento personal de identificación. Puede afirmarse, sin temor a equívocos que la adhesión que se hizo en ese fallo fue difundida y efectivamente acatada por las autoridades correspondientes.

Útil también resulta ejemplificar la eficacia de las sentencias interpretativas, con la emitida el 24 de agosto de 2010 (Exp. 942-2010), en ocasión de examinar el artículo 12 de la Ley de las Comisiones de Postulación, específicamente la frase “A. Los méritos éticos...”, contenida en el segmento relacionado con los cuatro aspectos que podrían ser objeto de gradación en la evaluación de méritos de los aspirantes a magistrados de las Cortes Suprema de Justicia y de Apelaciones, o a los cargos de Jefe de la Contraloría General de Cuentas, Fiscal General de la República, Procurador General de los Derechos Humanos y Director del Instituto de la Defensa Pública. En esa oportunidad, en congruencia con la argumentación del accionante –por ello fue clasificada como de acogimiento–, el tribunal constitucional estimó que gradar los méritos éticos transgredía los artículos 207, 216 y 251 de la CPRG, especialmente en lo relacionado a la “reconocida honorabilidad”, que es un requisito exigido para optar a los cargos relacionados; en tal virtud, sin necesidad de expulsar esa frase del ordenamiento normativo, precisó el sentido como debía interpretarse, o sea: que una persona es honorable o no y, por tal razón, ese concepto no admitía gradaciones. En efecto, al aplicar esa disposición normativa, las distintas comisiones de postulación que se han instalado en Guatemala para designar a aquellos funcionarios públicos han observado las directrices interpretativas plasmadas por el tribunal constitucional y un grueso significativo de la población está al tanto del pronunciamiento, por lo que se asume que el fallo comentado ha pasado por la prueba de la eficacia.

Se estima que dificultades significativas han pasado otras resoluciones interpretativas, cuya eficacia no puede ser confirmada con la contundencia con la que se precisó con relación a los ejemplos anteriores. Ese es el caso de la emitida el 27 de abril de 2011 (Exp. 812-2010), en ocasión de examinar el planteamiento de inconstitucionalidad dirigido contra la circular 31-2009, de 3 de septiembre de 2009, emitida por el Registrador Central de las Personas, y en el que hace referencia el orden de los apellidos con los que deben ser inscritos regístralmente los niños. En esa oportunidad se cuestionó el contenido de la circular por suponer un trato discriminatorio hacia la mujer, por cuanto que se precisaba que, en primer

orden, debía ser colocado el apellido del padre y, en segundo lugar, el de la madre. La CC no acogió la inconstitucionalidad, empero dejó plasmado la adición, vía interpretativa, un nuevo alcance al instrumento normativo cuestionado. Véase:

[E]n atención a que el artículo 4° del Código Civil no contempla limitación para que las partes puedan arribar a un acuerdo que disponga el orden en el que deberán colocarse los apellidos del descendiente, deberá entenderse que la recomendación contenida en la circular impugnada regirá únicamente en los casos en los que no exista acuerdo de los padres o cuando éstos no manifiesten interés en invertir el orden mencionado. En otros términos, la recomendación contenida en la circular impugnada deberá ser atendida por los encargados de la verificación de las inscripciones únicamente en los casos en los que los interesados no manifiesten haber alcanzado un acuerdo en contrario, de ahí que la circular no podrá ser utilizada para hacer nugatorio ese derecho de libre disposición del nombre que atañe a los padres del infante a inscribir¹¹¹⁰.

Ciertamente, la precisión interpretativa anterior fue adecuada y afortunada; sin embargo, a raíz de información obtenida por investigación *in loco* realizada el 24 de octubre de 2018, en las oficinas del Registro Nacional de las Personas de Guatemala, ubicadas en el centro comercial Galerías del Sur, zona doce, ciudad de Guatemala, ha de aceptarse que esta no ha tenido la operatividad práctica deseada, por cuanto que, de forma automática, los registradores civiles efectúan las inscripciones de nacimiento consignando el orden de los apellidos según aquella circular, sin dar la opción de invertir dicho orden según la adición interpretativa. En casos como esos, habría que preguntarse si la eficacia de los argumentos interpretativos depende del hecho de acudir a las sedes de la institución con la reproducción de la sentencia; al respecto, debe indicarse que ello no debiera ser así, ya que todos los encargados de aplicación de las disposiciones

¹¹¹⁰ SCC de 27 de abril de 2011 (Exp. 812-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/816963.812-2010.pdf>

deben estar al tanto de los alcances y sentidos interpretativos precisados por medio de los fallos del más alto tribunal constitucional.

Con relación a las sentencias exhortativas, el panorama de la eficacia no es más halagüeño que el referido con antelación. El recuento de ese tipo de fallos muestra que, de dieciocho que contienen exhortaciones dirigidas al CR, apenas uno ha sido efectivamente acatado; ese es el caso de la SCC de 12 de febrero de 2018 (Exp. 2951-2017), en la que quedó contenida una exhortación a los parlamentarios, en ocasión de examinar la constitucionalidad del artículo 407 "N", segundo párrafo, del Código Penal, el cual tipifica uno de los supuestos de comisión del delito de financiamiento electoral ilícito. Sin ser la motivación del planteamiento, el tribunal constitucional detectó que la sanción aplicable a la conducta regulada en ese párrafo era desproporcionada, irracional e injusta, por lo que exhortó al Poder Legislativo y, en particular a los diputados, realizara la reforma correspondiente, en atención a lo expresado en la parte motivante de la sentencia. Para el propósito de cumplir con la exhortación, el CR conformó una comisión extraordinaria que, según lo dispuesto en el acuerdo legislativo 11-2018¹¹¹¹, estuvo a cargo, sobre la base del contenido del fallo del tribunal constitucional y dándole participación a diferentes sectores sociales, de impulsar el

¹¹¹¹ El contenido concreto del acuerdo es el siguiente:

PRIMERO: Crear la "Comisión Extraordinaria mediante la cual se dé debido cumplimiento a lo ordenado por la Corte de Constitucionalidad en expediente de inconstitucionalidad general parcial identificado con el número 2951-2017", la cual estará integrada en la forma que establece el artículo 29 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, Decreto Número 63-94 del Congreso de la República. SEGUNDO: La comisión extraordinaria creada al amparo del presente Acuerdo tiene por objeto, presentar, estudiar y luego del análisis de la sentencia contenida en el expediente 2951-2017 de la Corte de Constitucionalidad, y de brindar participación a diferentes sectores de la sociedad, producir el proceso legislativo que conlleve a la reforma del segundo párrafo del artículo 407 "N" del Código Penal, conforme las consideraciones de dicho fallo, tomando en cuenta los principios de proporcionalidad, racionalidad y justicia de que debe revestir toda norma penal. TERCERO: Para dar cumplimiento al contenido del presente Acuerdo, en la siguiente sesión plenaria, el bloque legislativo al que le corresponde, de conformidad con el artículo 34 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo y lo expresado en sentencia contenida en expediente 454-2017 de la Corte de Constitucionalidad, de fecha 6 de junio de 2017, señalará el nombre del diputado que presidirá dicha comisión extraordinaria, quien hará llegar por escrito, dentro de los cinco días hábiles siguientes, los nombres completos de los diputados que Integrarán la misma. CUARTO: La Comisión tendrá un plazo máximo de duración de cuarenta y cinco días hábiles, contados a partir de la creación de dicha Comisión, de tal manera que durante dicho plazo, presente la iniciativa de ley correspondiente y en su debida oportunidad, dentro del plazo que establece la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, el dictamen correspondiente; presentado éste, la comisión extraordinaria cesará en sus funciones. QUINTO: El presente Acuerdo entra en vigencia inmediatamente.

Disponible en línea en: https://www.congreso.gob.gt/seccion_informacion_legislativa/acuerdos

proceso legislativo tendente a la reforma legal recomendada. El acatamiento se concretó con la emisión del Decreto 23-2018 del CR, el 18 de octubre de 2018.

Pues bien, el proceder del citado organismo estatal llama la atención, ya que, aquel acatamiento no puede entenderse como pura casualidad, pues la exhortación efectuada en el fallo relacionado representó una oportuna válvula de escape a la posible imposición de graves sanciones, sin posibilidad de conmutación, a los secretarios generales de algunos de los partidos políticos representados en el parlamento, sobre quienes recaían imputaciones series de financiamiento electoral ilícito. Lo lamentable es que el resto de las exhortaciones –no atendidas– concierne a llamados a la producción legislativa para crear o reformar leyes cuyo contenido posibilitaría directamente el goce de algunos derechos fundamentales, principalmente económicos, sociales, culturales y ambientales.

Con relación a las sentencias que resuelven inconstitucionalidades por omisión, ha de indicarse que, como bien pudo apreciarse en el apartado respectivo, una vez que se detecta una situación inconstitucional por incumplimiento de mandatos expresos o implícitos del magno texto, la solución al planteamiento puede ser asumida por conducto de exhortaciones o integraciones; en tal virtud, lo dicho en los párrafos anteriores es aplicable respecto de la eficacia de esos fallos.

En cuanto a la única sentencia constitucional emitida de oficio –la emitida el 25 de mayo de 1993 (Exp. 225-93)–, los registros de la historia política guatemalteca permiten apreciar que esa resolución y su posterior auto para asegurar el cumplimiento de lo resuelto –de 31 de mayo de 1993–, efectivamente, permitieron el restablecimiento de la democracia y el retorno a la constitucionalidad. Aunque ello no fue fácil, por cuanto se vivenció una semana de inestabilidad política y social, lo cierto es que ese fallo fue determinante para superar la crisis relacionada.

Si bien lo descrito en torno a la eficacia de las sentencias constitucionales atípicas permite advertir que su eficacia es un tema sobre el que todavía hay que transitar

en busca de los conductos más adecuados para lograr su observancia total; empero ese no es un problema exclusivo de Guatemala. Debe tenerse presente que no hay receta unívoca sobre la forma cómo aquella eficacia puede ser alcanzada, ya que el nivel de receptibilidad de esos fallos es diferente en cada Estado, así también su fortaleza institucional y las particularidades de sus ordenamientos jurídicos, por lo que, de factores como los relacionados, dependerá qué mecanismos pudieran ser implementados.

6.1 La normativa procesal y la eficacia de las sentencias constitucionales atípicas

A pesar de que la falta de respaldo normativo fue asumida como uno de los principales escollos que enfrenta la producción de sentencias constitucionales atípicas, es pertinente indicar que las que efectivamente se han dictado, superando valladares como esos, no tendrían por qué ser incumplidos sobre la base de que la normativa procesal constitucional permite asumir una posición cuestionadora de esa actividad jurisdiccional. Ese parecer encuentra respaldo en lo regulado en el artículo 185 de la LAEPC –Decreto 1-86 de la ANC– que dispone: “Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos”. Ese efecto vinculatorio, regulado por el propio legislador constituyente, debiera ser razón suficientemente poderosa para que toda la población y, en especial, los funcionarios públicos observen sin reticencias los fallos objeto del presente estudio.

Aunque, como se dijo, la vinculatoriedad normada en la ley procesal constitucional debiera hacer posible la eficacia de las sentencias constitucionales atípicas, se estima que una buena opción para lograr ese propósito es contar con una regulación como la alemana, en la cual el artículo 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal consagra que los fallos emitidos por ese órgano

jurisdiccional alemán, sobre los supuestos regulados en los numerales 6, 6a, 11, 12 y 14 del artículo 13 de ese mismo cuerpo normativo, “tienen fuerza de ley”¹¹¹².

Conforme lo anterior, en Alemania se reconoce a los pronunciamientos jurisdiccionales emitidos en ocasión del control constitucional normativo la misma fuerza que un decreto legislativo; ello entierra, de plano, la noción del tribunal constitucional como legislador negativo, reconociéndole un carácter más positivo a sus fallos, tal como si se emitieran leyes, y es que debe tenerse en cuenta que establecer una directriz interpretativa equivale a formular una regla a ser seguida, por lo que resulta pertinente una resolución en el mismo sentido que en la ley procesal alemana. Igual fuerza –de ley– debiera ser reconocida de forma expresa a todo llamado dirigido al legislador a que cubra o supere los vacíos normativos detectados.

6.2 La fuerza vinculante de las sentencias constitucionales atípicas y su especial valor normativo

Cuando se hizo el abordaje de la jurisprudencia en el ámbito constitucional–capítulo III–, se manifestó adhesión a quienes postulan que ese carácter lo tienen las sentencias con un valor normativo especial y que debían ser tenidas en cuenta y respetadas por todos los órganos judiciales a la hora de interpretar y aplicar y el Derecho¹¹¹³. De esa cuenta, se concluyó que la fuerza vinculante que asumen los novedosos fallos interpretativos emanados de denuncias directas de inconstitucionalidad no debe radicar en su posible reiteración –que no es lo natural

¹¹¹² El texto original del artículo en mención es el siguiente:

(2) In den Fällen des § 13 Nr. 6, 6a, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des § 13 Nr. 8a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entsprechendes gilt für die Entscheidungsformel in den Fällen des § 13 Nr. 12 und 14.

¹¹¹³ Rivero Ortega, Ricardo, *op. cit.*, p. 114.

en el control constitucional normativo—, sino más bien en la posibilidad de realización de los mandatos constitucionales; de ahí que la razón del seguimiento de los argumentos contenidos en esos pronunciamientos, por parte de los poderes públicos y de la población en general, debe obedecer en la fuerza especial que presentan en cuanto a la constitucionalización del sistema normativo.

Sobre la base de lo expuesto, en tanto que las sentencias constitucionales atípicas precisan los sentidos —por vía interpretativa— de las disposiciones normativas, motivan la actividad de producción normativa o, bien, determinan la necesidad de cumplir con mandatos constitucionales expresos o implícitos, resulta lógico reconocerles aquel “valor especial”, que debe ser tenido en cuenta y respetado tanto por los órganos jurisdiccionales, como por todos los funcionarios estatales y la los administrados. Así las cosas, su relevancia es incuestionable, concurriendo razón suficiente para asumir la necesidad de que todos los actores estatales atiendan la observancia obligatoria de esos fallos.

Se reitera, entonces, que las sentencias atípicas configuran una manifestación singular de jurisprudencia constitucional y sus especiales contenidos y propósitos constituyen razones suficientes para que estas sean cumplidas; lo que implica que las interpretaciones que contienen —incluyendo integraciones, sustituciones y reducciones— sean seguidas y que las exhortaciones sean acatadas.

6.3 Retos

Los retos que supone la emisión de sentencias constitucionales atípicas no se restringen a la necesidad de regulación expresa, ya que paralelamente se precisa superar algunos problemas prácticos que la emisión de ese tipo de pronunciamientos conlleva. Estos se sintetizan así:

- a) El conocimiento de lo resuelto en las sentencias atípicas suele restringirse a un pequeño segmento de la población —principalmente, profesionales del Derecho—; si bien casi la totalidad de estas han sido objeto de publicación

en el Diario Oficial, este mecanismo de divulgación no ha logrado tener el efecto penetrante deseado.

- b) En algunas ocasiones las autoridades públicas hacen caso omiso de los sentidos interpretativos y exhortaciones; ello es consecuencia de: (b.1) la falta de conocimiento de lo decidido en esas sentencias por parte de dichas autoridades; para superar ese escollo, sería útil que en los propios fallos se establezcan mecanismos para ponerles en conocimiento de las decisiones emitidas¹¹¹⁴; y (b.2) la ausencia de repercusiones ante el incumplimiento de lo decidido en las sentencias; a guisa de ejemplo se trae a cuenta que, al mes de julio de dos mil diecinueve, el CR ha presentado un escaso nivel de cumplimiento a las diecinueve pronunciamientos que contienen exhortaciones que le fueron dirigidas por la CC.
- c) La actuación garantista del tribunal constitucional, algunas veces, impone obligaciones prestacionales que son de difícil cumplimiento a los poderes del Estado, dado que, para ello, se requieren de mayores recursos, los cuales no siempre están disponibles.
- d) Aunque pueda parecer baladí, es pertinente dejar asentada la gran dificultad que causa que las reproducciones de los cuerpos normativos, a cargo de entes particulares, suelen hacer caso omiso de la existencia de fallos que precisan su sentido interpretativo; esto a la postre repercute en su escaso conocimiento, incluso en el ámbito jurídico.

Dificultades como las enunciadas en las literales anteriores requieren de soluciones ajustadas a nuestra realidad, tales como ensayar fórmulas de difusión de las sentencias atípicas por medio de mecanismos que garanticen la mayor

¹¹¹⁴ Ello como aconteció en la SCC de 8 de enero de 1996 (Exp. 300-92), en la que, como efecto de la desestimación del planteamiento y, consecuentemente, de haberse dejado sin efecto la suspensión provisional de la disposición censurada, se dispuso en el numeral II) del segmento resolutivo, que debía oficiarse a la Superintendencia de Bancos transcribiéndose el texto del pronunciamiento para que lo hiciera del conocimiento de las instituciones bajo su fiscalización. Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791730.300-92.pdf>

penetración posible, a efecto que la población pueda exigir la observancia de las directrices plasmadas en estas. Igualmente, sería conveniente en algunos casos posibilitar la participación más activa en el trámite de procesos constitucionales por parte de las partes interesadas, a manera de propiciar algo así como lo denominado *constitucionalismo dialógico*, dando lugar a espacios de diálogo entre los sectores poblacionales involucrados y las autoridades públicas, para que consensuen las rutas adecuadas para dar cumplimiento a lo que pueda disponerse. Así también, sería de utilidad la precisión de los alcances vinculatorios de los pronunciamientos, estableciendo plazos para su observancia en los casos de sentencias exhortativas, so pena de incurrir en responsabilidad –tal como el incumplimiento de deberes–.

En cuanto a los compromisos prestacionales que podrían conllevar esas sentencias, se estima que los contenidos y efectos de los pronunciamientos deben modularse teniendo en cuenta la efectiva necesidad de dar satisfacción a las pretensiones que se hacen valer, así como las “máximas” posibilidades de atender lo resuelto; ello implica resolver con la prudencia que el caso precisa, lo cual debe ser una cualidad natural en los jueces constitucionales¹¹¹⁵.

6.3.1 Reto especial: la instauración de mecanismos de seguimiento

Como bien se indicó cuando fue abordado lo concerniente al diseño original del control constitucional normativo concentrado en Guatemala, el modelo local se

¹¹¹⁵ Respecto de las órdenes de dar satisfacción a derechos prestacionales y de la prudencia sugerida, se evoca lo expuesto por Maldonado Aguirre, quien expresa:

La indicada expansión de las decisiones de un tribunal de lo constitucional es reconocida por el sueco Goran Therborn, cuando las incluye entre las posibles causas de ingobernabilidad, apreciando que resulta cierta en cuanto un manejo precipitado del tema podría, v.g. conducir a una desintegración institucional que pudiese generar un vacío de poder; desfinanciar al Estado ordenándole atender obligaciones sociales omisas sin provisión de fondos; o a provocar la abrupta disminución de ingresos fiscales. Por esto no cabe duda que mediante la justicia constitucional puede dilatarse o restringirse el ejercicio de la libertad personal como contribuir al cambio o al estancamiento de la sociedad.

Véase: Maldonado Aguirre, Alejandro, “Tribulaciones del Juez...”, *cit.*, p. 16.

inspiró en la propuesta primigenia kelseniana, el cual, en esencia, suponía la irremediable expulsión del ordenamiento normativo de la disposición declarada inconstitucional; por ello, los artículos 140 y 141 de la LAEPC, que hacen referencia a los efectos de aquella declaración, se constriñen a indicar, como consecuencia de esa decisión, la pérdida de vigencia del enunciado normativo declarado inconstitucional o del segmento respectivo. De esa cuenta, basta con que se ordene la publicación del fallo en el Diario Oficial, para que, en los momentos precisados en los artículos citados, se concrete el efecto derogatorio que conlleva la declaración de ilegitimidad constitucional.

Cuando se habla de las sentencias constitucionales atípicas, en especial las de tipo interpretativo y exhortativo, es dubitable la conveniencia de mantener un sistema tan rígido de consecuencias de las sentencias, pues la singularidad de esos fallos precisaría de mecanismos que posibiliten el seguimiento a su eficacia, a efecto de que las afortunadas consecuencias que suelen conllevar no sean llanamente incumplidas. En alguna medida, el artículo 44 del AC 1-2013, que contiene las Disposiciones Reglamentarias y Complementarias de la ley procesal constitucional antes citada, supera la previsión rígida original y viabiliza ese necesario seguimiento, al establecer que: “La Corte de Constitucionalidad será competente para ejecutar [...] las sentencias de inconstitucionalidad de ley de carácter general, en las que haya pronunciado efectos positivos que deban ser cumplidos”. La regulación transcrita evidencia un significativo paso adelante, por cuanto que, aunque los fallos emitidos en ese tipo de garantías constitucionales no son de condena, como excepción se advierte la posibilidad de que algunos lleven inmersas consecuencias que van más allá de la derogatoria de la disposición, precisándose de acciones positivas para su cumplimiento. Pese a lo expresado, ha de indicarse que el contenido de la regulación es bastante general y no refiere qué medidas pueden ser adoptadas, quedando la inquietud sobre sus alcances prácticos.

Respecto del control constitucional normativo sobre actos no normativos es usual

que se dispongan medidas precisas para asegurar la ejecución de las sentencias, tal como se hace en los artículos 54 y 55 de la relacionada ley, los cuales disponen cómo proceder en casos de incumplimiento de a sentencia y sobre las medidas que pueden asegurar la debida ejecución de lo resuelto. Pues bien, a pesar de que, como se indicó, las sentencias constitucionales atípicas vertidas dentro del marco del control constitucional normativo no conllevan precisamente una condena que debe ser ejecutada, instrumentos similares pudieran ser útiles para posibilitar su cumplimiento; téngase en cuenta que el contenido de estas es más bien de tipo declarativo, pero con efectos prácticos que precisan de actitudes positivas por los órganos del poder público.

La propuesta plasmada en el párrafo precedente encuentra respaldo en la práctica misma, pues, el 31 de mayo de 1993, cuando la CC determinó que la sentencia que dictara *ex officio* el día 25 del mismo mes y año no había sido objeto de cumplimiento, se vio en la necesidad de emitir un auto para asegurar su cumplimiento haciendo aplicación *mutatis mutandi* de los enunciados normativos antes indicados. Ello es indicativo de que si se conocieran las bondades que conllevan los fallos constitucionales atípicos y se tuviera la intención de dotarlos de plena eficacia, pudiera idearse un mecanismo de seguimiento, tal como sucedió con la célebre sentencia indicada¹¹¹⁶.

¹¹¹⁶ Durante 2018, al tribunal constitucional guatemalteco, se le formularon dos solicitudes para la debida ejecución de la sentencia estimatoria de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011), emitida en la acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general parcial promovida dirigida contra el artículo 201 Bis del Código Penal, que tipifica el delito de tortura, por la omisión legislativa de incluir: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”, supuestos contenidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Al momento de presentar este trabajo al director, una solicitud liminarmente fue declarada sin lugar, mediante resolución de 13 de junio de 2018; una segunda petición en el mismo sentido estaba pendiente de ser resuelta; respecto de esta ha de destacarse que no fue repelida *in limine*, sino que fue objeto del trámite que se le brinda a toda solicitud de debida ejecución de cualquier garantía constitucional, habiéndose requerido informe a la autoridad parlamentaria para que expresara las acciones tendentes al cumplimiento del fallo; empero, a julio de 2019, esta última petición no había sido resuelta; habría que esperar para conocer la respuesta que se profiera, la cual, sin duda, abrirá la brecha para futuros casos.

Lo experiencia compartida en el numeral 6 de este capítulo, con relación al trato que han tenido las sentencias exhortativas, da cuenta que una opción que habría que tomar en cuenta es que, al igual que como procedió el CR, al dar cumplimiento a la SCC de 12 de febrero de 2018 (Exp. 2951-2017), se podría motivar la conformación de comisiones específicas para atender las exhortaciones puntuales contenidas en los fallos de la CC. Si bien difícilmente los parlamentarios encontrarán, en otros asuntos, la misma motivación que tuvieron para acatar el citado pronunciamiento jurisdiccional, el antecedente referido es muestra de la existencia de una alternativa a considerar para superar la falta de eficacia de esa modalidad de sentencias.

A juicio del tesista, es necesario que los legisladores y los propios jueces constitucionales profundicen en la necesidad de dotar de mecanismos especiales para la plena observancia a los fallos constitucionales atípicos, a efecto de que su eficacia sea lograda y que no quede en vano lo regulado en el artículo 185 de la LAEPC, que dispone: “Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos”. Si bien esa disposición no es tan determinante como lo regulado en el artículo 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, que reconoce el carácter de fuerza ley a algunos fallos constitucionales, debiera ser suficiente para que la vinculatoriedad de lo resuelto no se cuestione y se proceda de conformidad.

Ante todo, debe tenerse presente que es preciso cerrar las brechas latentes de ineficacia de esos fallos, pues, de no ser así, tácitamente se consentiría la subsistencia de un estado de cosas inconstitucional.

7. Legitimidad de las sentencias constitucionales atípicas

Como corolario del abordaje de los temas relacionados previamente en este capítulo, corresponde ahora determinar si las sentencias constitucionales atípicas, como manifestaciones jurisdiccionales de resolución de controversias, pueden ser

consideradas instrumentos legítimos de actuación de los órganos encargados de la defensa de la Constitución.

Para proceder a la determinación anunciada en el título de este apartado, conviene evocar lo referido en el inciso 4.1 del primer capítulo, en cuanto a la connotación del sustantivo *legitimidad* y cómo aplica para el caso de las sentencias constitucionales. En ese sentido, se trae a cuenta lo referido por el profesor Elías Díaz, para quien la legitimidad se alcanza con la actuación justa y dentro del marco del Estado de Derecho, en tanto que la legitimación se logrará con el apoyo de los sectores doctrinarios y la adhesión que se reciba de la población¹¹¹⁷.

Sobre la base de lo anterior, ha de indicarse que nada podría legitimar más la emisión de resoluciones en la actuación jurisdiccional que la posibilidad de hacer realidad los fines de la normativa llamada a aplicar; de esa cuenta se asume, en términos generales –aunque dando cabida a excepciones puntuales– que a las sentencias constitucionales atípicas les asiste la cualidad de legítimas –lo que equivale a que gozan de legitimidad– porque encuentran fundamento en la propia Constitución, en tanto posibilitan su realización, desarrollo y actualización, así como la plena vigencia de los derechos subjetivos que consagra y el buen manejo de la institucionalidad estatal a que propende su parte orgánica. Por ello, no es desacertado sostener que en la necesidad de hacer vivos los valores y principios fundamentales, así como en las atribuciones –y consecuentes márgenes de actuación– que se reconocen a los tribunales constitucionales, puede ser hallada la respuesta a la legitimidad de aquellos pronunciamientos; téngase en cuenta que la encomienda de ser el supremo de guardián del magno texto implica defenderla con todo el ahínco posible.

Las sentencias analizadas en este trabajo –particularmente en el capítulo anterior– permitieron advertir que, en efecto, la inclinación hacia las soluciones “tipo” de las

¹¹¹⁷ Díaz, Elías, *op. cit.*, p. 205.

controversias sometidas a la justicia constitucional resultaba más drástica y menos ajustada a la realidad que la opción presentada por las resoluciones constitucionales atípicas, incluso estas, aparte de evitar esa indeseada drasticidad, posibilitan el desarrollo normativo extendiendo los alcances de protección de las disposiciones examinadas, o motivando la actuación de producción normativa para superar vacíos cuya subsistencia conllevaría un escenario inconstitucional. Así las cosas, la actuación positiva de los tribunales contralores de la constitucionalidad de los enunciados normativos ve reforzada su legitimidad en sus laudables propósitos y, en los casos en que se consigue su plena eficacia, en sus logros.

Si el propósito es establecer si los fallos constitucionales atípicos permiten hacer realidad el valor justicia, categóricamente ha de defenderse su emisión, por cuanto que ha quedado claro que, en la mayoría de los casos y muchas veces más que en los pronunciamientos tradicionales, han posibilitado la realización de ese valor fundamental, al cual propende el magno texto, como máxima expresión de los caros propósitos sociales¹¹¹⁸. Ello implica que, a nivel material, no serían sustentadas las reticencias a esos fallos; sin embargo, a nivel formal, ha de aceptarse que la falta de reconocimiento expreso es uno de los escollos que habrá que sortear. A pesar de ello, en el caso guatemalteco, se insiste que si bien no existe regulación que explícitamente haya consagrado ese tipo de resoluciones, no hay disposición que las proscriba; es más, la esencia del texto fundamental y la máxima atribución de supremo guardián de la Constitución respaldan su surgimiento. Además, estas han encontrado respaldo en la doctrina y en la

¹¹¹⁸ Esa reflexión encuentra apoyo en lo expresado por el jurista venezolano Chacín Fuenmayor, al sostener:

Las sentencias intermedias tienen una fundamentación de hecho, de derecho y de justicia que le dan cierta legitimidad. En efecto, son necesarias dada la complejidad sociojurídica actual, la insuficiencia de la relación inconstitucionalidad-nulidad, la necesidad de resolver asuntos inconstitucionales que afectan valores y derechos...

Para mayor abundamiento, véase: Chacín Fuenmayor, Ronald de Jesús, "La legitimidad de las sentencias...", *cit.*, p. 82.

jurisprudencia y precedentes extranjeros, las cuales tienen calidad de fuente secundaria de Derecho.

Todo el desarrollo de este trabajo ha permitido apreciar que las sentencias constitucionales atípicas constituyen mecanismos creativos para dotar de mejores respuestas a los planteamientos de inconstitucionalidad general, a manera de que la supremacía constitucional efectivamente impere. En algunas modalidades, es destacable que ello se logra de la forma menos traumática posible.

La conclusión que se asume en este apartado es la consecuencia de un abordaje suficientemente profundo sobre la emergencia, desarrollo y consolidación de las sentencias constitucionales atípicas, así como su implementación en la jurisdiccional local guatemalteca. Si bien hay escollos que no han sido superados y el tema de la eficacia aún sigue siendo una asignatura pendiente, concurren suficientes elementos para afirmar la legitimidad de ese tipo de resoluciones. Es pertinente agregar que el tema no está acabado aún, hay mucho que recorrer; sin embargo, lo ya recorrido da cuenta de los beneficios que con estas se han alcanzado.

Ahora bien, aunque el propósito de este apartado apunta a la determinación de la legitimidad de los tipos de fallos comentados, habiéndose afirmado, con contundencia, que esta sí se alcanza, ha de referirse también que, en la medida que los destinatarios de esas resoluciones adviertan cómo los valores y principios constitucionales se realizan por medio de estas nuevas expresiones jurisdiccionales, estas también alcanzarán legitimación, en tanto ese concepto puede ser entendido, en el presente caso, como adhesión o buena receptividad a las decisiones emitidas.

8. Una mirada prospectiva

Evidentemente, en la actualidad se asiste a un escenario que pone de manifiesto

el alto nivel de evolución experimentado por la justicia constitucional en aras de hacer realidad los postulados del magno texto y, en especial, los relativos a la protección de los derechos fundamentales. Para lograr ese panorama alentador, las sentencias intermedias han constituido una herramienta de innegable valor. En virtud de la persistente necesidad de dotar de fuerza normativa a la Constitución, se avizora que la tendencia evolutiva continuará.

El caso de Guatemala no es una excepción en el horizonte antes descrito, ya que, en treinta y tres años de existencia de la CC, este tribunal ha legado valiosa jurisprudencia que pone de relieve cómo sus pronunciamientos han evolucionado, siendo perceptible cómo los fallos atípicos han tributado decididamente a ese progreso.

Las fechas de las resoluciones comentadas en el capítulo que precede evidencian que es con el advenimiento del siglo actual que se ha generado la producción jurisdiccional creativa de mayor novedad. Ello significa que, en tiempos recientes, renovados aires han permeado en el trabajo de los magistrados y letrados locales. El tesista apuesta porque esa tendencia evolutiva tomará más fuerza, de modo que lo que ahora nos resulta una expresión atípica o no tradicional de sentencias, en el futuro cercano, será el producto de una labor común u ordinaria e, incluso, más aceptada. No ha de extrañarse que ese desarrollo se produzca de manera lenta y prudente, pues, de la misma forma, en el pasado, se consolidaron los otrora novedosos mecanismos procesales.

De forma concreta se apuesta por nuevas expresiones de sentencias exhortativas que implican un rol más activo por parte de los tribunales; ello, en virtud de que la práctica ha mostrado que la simple apelación sin admoniciones, ni condicionamientos o señalamientos de plazos no están resultando del todo efectivas para asegurar la máxima eficacia normativa a la Carta Fundamental. De hecho, es halagüeño referir que, al emitir la SCC de 4 de junio de 2018, en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 21 de la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos, en la frase “... *deben*

tenerse como proporcionados bajo garantía de confidencialidad, se prohíbe su divulgación por cualquier medio y sólo...”, el tribunal constitucional guatemalteco optó por conminar –en lugar de “exhortar”– a los diputados parlamentarios a que en un plazo determinado –un año, contado a partir de notificado el fallo– culminaran el proceso de formación de la ley con la cual se superaría una inconstitucionalidad por omisión relativa detectada. Ello es indicativo de que ya se ha utilizado una forma más imperativa para motivar la actuación del legislador y se hizo fijación de un plazo para cumplir, aunque ha de aceptarse que no se hizo apercibimiento alguno. En otro fallo exhortativo, emitido en ocasión de examinar una solicitud de amparo, también se optó por efectuar similar conminatoria en un plazo igual¹¹¹⁹. Habría que determinar si proceder de esa forma se dio solo para esos casos específicos o se volverá una regla para el futuro; en todo caso, más que lograr formas verbales marcadamente imperativas o de señalar términos para su observancia, lo relevante será que lo resuelto sea cumplido, en aras de lograr pronunciamientos más eficaces.

¹¹¹⁹ El pronunciamiento es el emitido el 26 de mayo de 2017 (Exps. Acums. 90-2017, 91-2017 y 92-2017), del cual ya se hizo relación con antelación. En este, el tribunal constitucional consideró ocioso limitarse a reiterar las exhortaciones que había venido haciendo desde hace aproximadamente una década, ya que, en este tópico, estas han resultado insuficientes, por lo que en aras de evitar que continúe la omisión de desarrollar una legislación que garantice el derecho en mención, por lo que optó por:

...compeler a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia, se produzca el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta. Para ese cometido deberá tomarse en cuenta lo apuntado por este Tribunal en cuanto a la participación coordinada, sistemática y armónica de integrantes de los pueblos indígenas en ese proceso legislativo [sentencias dictadas dentro de los expedientes un mil setenta y dos-dos mil once (1072-2011), acumulados cuatro mil novecientos cincuenta y siete y cuatro mil novecientos cincuenta y ocho/dos mil doce (4957 y 4958/2012), acumulados ciento cincuenta y seis y ciento cincuenta y nueve/dos mil trece (156 y 159/2013), cuatrocientos once-dos mil catorce (411-2014), y tres mil setecientos cincuenta y tres-dos mil catorce (3753-2014), respectivamente]... [el subrayado es añadido].

En el segmento resolutivo se dispuso:

III. Se conmina a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia, produzcan el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta. Para el efectivo cumplimiento de lo indicado, deberá notificarse al Congreso de la República esta sentencia y su Junta Directiva dentro de los ocho días siguientes deberá hacer llegar una copia a cada uno de los Diputados para su ejecución...

Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835002.90-2017,%2091-2017%20y%2092-2017.pdf>

También se apuesta por una mayor inclinación hacia las distintas variedades de sentencias interpretativas, por cuanto que sus bondades han sido manifiestas, principalmente al ahorrar el trabajo del Poder Legislativo. Con relación a los fallos emitidos en ocasión de denuncias de inconstitucionalidades por omisión, se avizora mayor apertura hacia la modalidad absoluta o total, respecto de la cual ha existido una actitud reticente no solo del tribunal constitucional guatemalteco, sino de varios Estados.

9. Reflexión final

Lo expuesto en este capítulo permite arribar a conclusiones que dan respuesta a las interrogantes emergidas en el planteamiento del problema de investigación. En primer término se trae a cuenta que una de las cuestionantes tenía relación con el fundamento de la legitimidad de las sentencias atípicas; al respecto, se trae a cuenta que, más allá de la existencia de normativa procesal que respalde ese proceder –la que usualmente no concurre, al menos, de forma expresa–, el carácter de legítimo puede hallarse en la propia Constitución, ya que constituyen instrumentos que permiten la realización de los valores y principios fundamentales, siendo esas modalidades de fallos una alternativa creativa para hacer prevalecer los postulados del magno texto.

Respecto a la cuestionante formulada al efectuar el planteamiento de la investigación, sobre si los fallos atípicos ya han alcanzado el mismo nivel de eficacia de las sentencias tradicionales, ha de reconocerse que se está en esa ruta. Obviamente, la emergencia de nuevas modalidades de actuación de los tribunales constitucionales, sin un respaldo normativo expreso, pero dentro de los márgenes de maniobrabilidad posibles, ha presentado un nivel de resistencia que no puede negarse, sin embargo, concurren algunos ejemplos importantes que patentizan que lo resuelto ha sido eficaz gracias a actitudes positivas de los receptores.

En los actuales momentos, si se compara la eficacia de las sentencias constitucionales tradicionales con las atípicas, resultará que las primeras llevan la ventaja en una marcada brecha; no obstante, ello resulta lo más natural tomando en cuenta que aquellas se emiten dentro del marco del diseño original de control constitucional normativo y de la normativa procesal aplicable; a pesar de ese panorama, como bien se avizoró al desarrollar la mirada prospectiva –numeral 8 de este capítulo–, en un futuro cercano, los niveles de eficacia que habrán alcanzado los fallos objeto de estudio tendrán semejanza a la de los típicos. Con esto se da respuesta a la pregunta relacionada con el escenario que prometen los fallos estudiados en este trabajo de tesis.

Las cuestionantes relacionadas dieron pie a que el tesista formulara la siguiente hipótesis: **La emisión de sentencias atípicas, por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al resolver planteamientos de inconstitucionalidades directos, tiene fundamento en los propios márgenes de actuación que permite la normativa constitucional guatemalteca al tribunal constitucional.** En el desarrollo del trabajo esa afirmación fue validada, ya que, si bien se aceptó que en el cuerpo normativo procesal constitucional no existe un respaldo normativo expreso, la necesidad de realizar, desarrollar y actualizar el magno texto ha posibilitado la emergencia de ese tipo de pronunciamientos jurisdiccionales. En todo caso, la encomienda de custodiar la Constitución implica la potestad del máximo tribunal de echar mano de las atribuciones que han asignadas y hacer uso de todas las herramientas posibles, en tanto no estén proscritas ni riñan con la esencia de su texto.

Debe tenerse presente que los márgenes de acción de los tribunales constitucionales son tan amplios, conforme lo regulado en la propia ley fundamental y en la ley procesal, que han dado cabida al surgimiento y desarrollo de los fallos que se comentan. Lo que si es claro es que hace falta trabajar más en la eficacia de esos fallos, encontrando caminos para darles seguimiento y asegurar su cumplimiento.

Al optar por la emisión de sentencias atípicas, es relevante tener presente que no todo vale en la actividad jurisdiccional constitucional¹¹²⁰, ya que, como límite natural de estas sentencias, deben quedar plasmadas las buenas razones para decidir y concurrirán ocasiones en que estas no pueden ser halladas; de no encontrarse tales razones, podría suscitarse una intromisión que restaría legitimidad a lo resuelto. En la línea de lo expuesto, la CC ha emitido pronunciamientos en los que ha puesto de manifiesto la necesidad de actuar de forma prudente y respetando los límites que son inherentes a su función; ejemplo de ello es la SCC de 19 de junio de 2012 (Exp. 2213-2011), en la que se consideró:

En ese sentido, no es acorde con las facultades de la Corte de Constitucionalidad la petición de la accionante en cuanto a que *“Declare y equipare la edad de sesenta años como edad límite de los adultos mayores para ser beneficiados por aportes y/o pensiones, de acuerdo a lo que establecen las leyes y acuerdos relacionados con dicha materia...”*. Si bien este Tribunal, con base en los principios de interpretación conforme a la Constitución y de conservación de la ley, en algunos casos ha emitido sentencias interpretativas –por medio de las cuales se precisa el contenido normativo de los preceptos impugnados para que éste sea compatible con los principios constitucionales, de tal manera que se mantenga la validez de la norma impugnada–, la intelección que por ese medio se haga de las normas denunciadas no puede ir en contra de la literalidad de los preceptos emanados del Congreso de la República pues, de lo contrario, se estaría modificando lo establecido por el Organismo Legislativo, único encargado de decretar, reformar y derogar las leyes¹¹²¹.

¹¹²⁰ Zagrebelsky hace referencia a reservas en cuanto a las “sentencias-ley”, por medio de las cuales,

...la Corte constitucional determina la norma conforme con la Constitución que debe sustituir a la declarada inconstitucional”, así también muestra reserve en cuanto a “las motivaciones de las sentencias constitucionales que constriñen y limitan excesivamente la pluralidad de elecciones legislativas futuras y en relación con los «mandatos» dirigidos al legislador que a veces establecen los jueces constitucionales.

Véase: Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, cit, p. 152.

¹¹²¹ SCC de 19 de junio de 2012 (Exp. 2213-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820034.2213-2011.pdf>

Como corolario se sostiene que la justicia constitucional ha venido para quedarse y evolucionar; los fallos que con acierto se emitan para dar vida a los preceptos constitucionales tributarán decididamente a dar legitimidad de la función de defensa de la Carta Fundamental; por lógica, dentro de estos están incluidos los no tradicionales, siempre y cuando se dicten dentro de los márgenes de maniobrabilidad propios del quehacer del juzgador constitucional.

Las sentencias atípicas de la CC que han sido comentadas en el curso de este trabajo permiten apreciar la utilidad de estas para resolver frágidos conflictos constitucionales que son la consecuencia de un mundo globalizado que evoluciona y que se caracteriza por su complejidad e impredecibilidad. Estos han repercutido positivamente en la superación de dificultades sociales de trascendencia general. Esas bondades permiten reafirmar el carácter legítimo de esas resoluciones, lo cual se postuló en líneas precedentes.

Para finalizar, conviene recordar que la construcción de mejores sociedades depende de las generaciones presentes. Si bien el ordenamiento normativo ha venido formándose desde tiempo atrás y la propia Constitución posee un texto que, en su letra, puede responder más a las necesidades de las sociedades a las que pertenecieron sus creadores, el reto es desarrollarla y actualizarla –a la ley fundamental–; esa tarea desarrolladora y actualizadora también resulta conveniente con el resto de expresiones normativas infraconstitucionales; para tal propósito, las sentencias constitucionales atípicas cumplen un cometido fundamental.

Conclusiones

En los segmentos finales de cada uno de los capítulos de este trabajo quedaron plasmadas reflexiones que, a modo de conclusiones, ponen de manifiesto lo que, a juicio del tesista, es destacable respecto de los temas abordados. En este apartado se hace énfasis en algunos de esos puntos.

1. Los instrumentos jurisdiccionales de control de constitucionalidad de los actos de las autoridades constituyen una necesidad insoslayable en el mundo contemporáneo; ello es así dado que la Constitución se reduciría a una expresión de bellos postulados, pero irrealizables en gran medida, si no fuere posible enderezar la conducta de los gobernantes, ajustándola a su principal marco de acción: lo regulado en los preceptos fundamentales. Ciertamente, el control de constitucionalidad que se realiza sobre las disposiciones normativas reviste una importancia trascendental, por cuanto propende a depurar el ordenamiento normativo, a modo de prescindir de los enunciados contrarios al texto fundamental o, en su caso, ajustarlos a este.
2. En la actualidad se asiste a un escenario en que las decisiones de los jueces constitucionales tienen una incidencia fundamental en todos los ámbitos de los Estados contemporáneos. En algunos casos –como bien lo dijo Dworkin–, las personas pueden ganar o perder más con una decisión jurisdiccional sobre los reales alcances de los derechos constitucionales que con cualquier acto parlamentario o ejecutivo. Ese carácter determinante se pone de manifiesto mayormente en la producción de sentencias dentro del marco del control constitucional normativo, con las que se desarrolla el contenido del magno texto.
3. A pesar de ser palpables los aportes del control constitucional jurisdiccional, aún persisten señalamientos relativos a que los tribunales que desarrollan ese control ejercen una función antidemocrática, por cuanto que son los designados para invalidar el producto del trabajo de autoridades públicas

elegidas por mecanismos democráticos. El abordado en la tesis ha permitido concluir que la tensión entre democracia y justicia constitucional es solo aparente, pues esta última está llamada a proteger la Constitución, que es la más genuina expresión de la voluntad popular; sobre esa base, se le han atribuido facultades de invalidar los enunciados normativos que no se ajusten a los postulados de la ley fundamental.

4. Las manifestaciones de control de constitucionalidad han evolucionado grandemente desde sus inicios, siendo el realizado por los órganos judiciales sobre las disposiciones normativas el que mayor desarrollo y dinamismo ha experimentado. Esto se suscitó principalmente después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, cuando retomaron auge las ideas respecto de la necesidad de ese control y de la protección de los derechos fundamentales. Como consecuencia de ello, se restablecieron algunos tribunales constitucionales y se instauraron nuevos con renovadas atribuciones, tales como el italiano, el alemán y, más recientemente por el español, cuyas producciones han sido bastante creativas, lo que ha abierto la brecha a pronunciamientos que escapan de las propuestas originales y los cuales han posibilitado la actualización y desarrollo de los postulados constitucionales.
5. Más allá de lo enarbolado por los formalistas decimonónicos, que sostenían que el Derecho es simplemente una realidad dada de antemano a los jueces, cuyo trabajo se reducía a su descripción y aplicación al caso que es conocido, en el Derecho Procesal Constitucional contemporáneo se percibe a la interpretación como una herramienta determinante para la asignación de significados al articulado constitucional, así como a los distintos instrumentos normativos objeto de control.
6. La labor del intérprete de la Constitución no puede ser una actividad desprovista totalmente de límites. Sería paradójico sostener que el juez constitucional, al interpretar el texto fundamental, está exento de

limitaciones, cuando que uno de los fines de la ley fundamental es precisamente determinar márgenes de acción de los poderes estatales, para evitar abusos. No obstante, ha de precisarse que esos límites no son cuantitativos, ni suponen barreras bien delineadas cuyo salto esté vedado; ante ese panorama, el intérprete constitucional no está sujeto a límites físicos o aspectos normados de forma expresa, sino al compromiso que supone que, con razonamientos argumentativos consistentes y sostenibles –buenas razones–, desarrolle y actualice el contenido de la Constitución y determine la conformidad, o no, de los enunciados infraconstitucionales a lo regulado en los postulados fundamentales.

7. La creatividad interpretativa, manifestada por medio de renovados discursos o argumentos interpretativos, evidencia la afortunada evolución experimentada en la búsqueda de mecanismos adecuados para alcanzar buenas decisiones jurisdiccionales. Ciertamente, superar las antañonas posiciones que se constreñían a determinar los sentidos de los enunciados normativos apoyándose en la literalidad o en la supuesta intencionalidad de los legisladores constituyente y ordinario, ha sido producto de la madurez lograda gracias al decisivo influjo de las teorías escépticas y eclécticas de la interpretación y de las novedosas corrientes doctrinarias constitucionales. La experiencia jurisdiccional ha demostrado que los discursos argumentativos producto de la actividad interpretativa creativa han constituido lo que metafóricamente puede denominarse como una especie de buena medicina a grandes males, lo cual no se lograría con la interpretación radicalmente literal como antaño, a fuerza, debía hacerse.
8. La posibilidad de que el texto constitucional alcance fuerza normativa por medio de las decisiones jurisdiccionales resultaría incierta si los tribunales circunscribieran su función a la emisión de sentencias estimatorias o desestimatorias, ya que la experiencia jurisdiccional ha demostrado que el diseño original de control constitucional ha resultado insuficiente para dar

solución a los complejos conflictos actuales. Así, los variados temas, las situaciones especiales y los contenidos particulares de los enunciados normativos tornan necesario echar mano de modalidades de pronunciamientos no tradicionales, a fin de lograr el desarrollo del articulado constitucional y la adecuada protección a los gobernados. La superación del modelo no se ha producido instantáneamente, pues las nuevas modalidades de sentencias constitucionales han venido perfilándose desde hace más de medio siglo, con el resurgimiento de los tribunales constitucionales y con el influjo de movimientos doctrinarios de avanzada que propenden a que el texto fundamental sea entendido más allá de la letra de su articulado y, como consecuencia, que actualice sus alcances, conforme a las necesidades presentes.

9. Las sentencias constitucionales presentan una importancia extraordinaria para el desarrollo y la paz social, por razones muy variadas, tales como (a) son dictadas por los tribunales constitucionales en ejercicio de la trascendental encomienda de ser guardianes del texto fundamental; (b) constituyen instrumentos esenciales para lograr la instauración de un Estado Constitucional de Derecho y fortalecer la institucionalidad estatal; (c) son los mecanismos jurídicos más adecuados para realizar el contenido constitucional –cuyo articulado suele estar anegado de cláusulas abstractas– y actualizarlo en razón del espíritu del magno texto y de las exigencias de los nuevos tiempos; (d) constituyen unos de los mecanismos más adecuados y eficaces por los que los Estados pueden lograr la dignificación de sus habitantes; (e) a diferencia de las resoluciones adoptadas en la jurisdicción ordinaria, las cuales ponen fin a litigios que se suscitan entre particulares, con efectos directos hacia estos, los fallos constitucionales –o, al menos, algunos de estos– pueden presentar un nivel de incidencia que trasciende a los sujetos procesales, particularmente cuando definen contenidos interpretativos y los alcances de las disposiciones normativas constitucionales e infraconstitucionales –o incluso,

convencionales–; (f) por su conducto se puede delimitar el ámbito de competencias de los órganos del poder público, así como controlar su ejercicio; (g) dependiendo de la garantía instada, pueden restaurar –directa o indirectamente– el goce de los derechos fundamentales o prevenir su vulneración; (h) son los medios por los cuales puede producirse la consolidación del reconocimiento de derechos inherentes a la persona humana y que no han sido objeto de regulación interna; e (i) pueden avalar o anular una decisión gubernamental de restricción de derechos, o fijar condiciones para que ello se produzca. Derivado de lo anterior, puede asumirse que los fallos constitucionales, en sus diferentes manifestaciones, suponen instrumentos valiosos para la vida misma de los Estados. Esa trascendencia tendría que ser mayor en aquellos pronunciamientos que no privilegian las formas, sino la posibilidad de que los postulados del texto fundamental se actualicen conforme a las necesidades presentes, así también que los enunciados normativos ordinarios respondan a los caros fines constitucionales.

10. En la actualidad se asiste a un escenario en el que las sentencias constitucionales atípicas han cobrado marcado protagonismo en el ámbito de la jurisdicción constitucional. Pese a sus bondades y a que cada vez son más comunes esas expresiones de fallos, no existe consenso de parte de los doctrinarios iusconstitucionalistas ni en su denominación ni en su definición y tampoco en los elementos que determinan el carácter atípico de los pronunciamientos. Esa situación, en lugar de ser un escollo para el desarrollo del presente trabajo, fue tomada como oportunidad para que, desde su particular punto de vista, del tesista se inclinara por incluir dentro de las sentencias que gozan de la calidad de “atípicas” a unas que la mayor parte de trabajos de doctrina no incluyen como tal. Ejemplo de ello son las que examinan la constitucionalidad de omisiones normativas, las que establecen efectos distintos a los previstos en la normativa procesal constitucional y algunas que han sido emitidas en circunstancia distintas a

lo regulado.

11. Si bien se sostiene que la determinación del carácter atípico de las sentencias constitucionales deviene del hecho de que no existe regulación que expresamente las permita –pues, de ser así, serían fallos “tipo”–, su emergencia, además, de la creatividad pretoria de los jueces ha obedecido en que este tipo de pronunciamientos no están proscritos, pues no pudieron ser previstos por el creador de la ley procesal constitucional. Su fundamento implícito –pues no lo habría explícito– puede ser hallado en los principios y valores que inspiran al texto fundamental, el cual demanda de instrumentos adecuados para su realización, desarrollo y actualización; por ello, no resulta desacertado asumir que el fundamento –o razón que las origina– de estas se halla en la esencia misma de los postulados constitucionales. Adicionalmente, ha de indicarse que, recurriendo a los principios que, según Hesse, informan la emisión de sentencias, estas han emergido sobre la base de lo que postulan los principios de interpretación conforme o de conservación normativa.
12. En la emisión de sentencias constitucionales atípicas, los jueces, más que invadir las competencias de otros órganos estatales, en especial del Poder Legislativo, asumen funciones “saneadoras” del ordenamiento jurídico, dentro del margen de maniobrabilidad que posibilita la normativa procesal aplicable. Su finalidad es superar o corregir las deficiencias encontradas, lo cual se torna difícil con respuestas tradicionales.
13. Las sentencias constitucionales exhortativas cumplen una función relevante en la defensa del orden constitucional al motivar, por conducto de la apelación, recomendación o exhortación, la actividad de los órganos estatales, en especial de los encargados de emitir los enunciados normativos, a fin de que generen los necesarios o ajusten los existentes a los preceptos de la Constitución. En la última década la jurisprudencia constitucional guatemalteca se ha nutrido de este tipo de fallos, aunque no

se han producido de todas las variedades que son reconocidas doctrinariamente y que ya han sido ensayadas por tribunales constitucionales de otros Estados, tal el caso de las sentencias que Sagüés denomina inconstitucionalidades precarias, las que encuentran limitación en la propia carta fundamental.

14. La superación del esquema primigenio de control de constitucionalidad, al admitir la probabilidad de examen de las actitudes omisivas de los órganos a los que la Constitución manda emitir disposiciones normativas, se sustenta en el principio de supremacía constitucional. Esta aseveración se apoya en el hecho que tolerar el incumplimiento de mandatos que derivan de la carta fundamental, implicaría consentir su inobservancia. La experiencia jurisprudencial guatemalteca demuestra que la omisión inconstitucional relativa no ha pasado por tantos escollos, como sí ha ocurrido con la variedad absoluta, respecto de la cual la CC ha sido enfática en pronunciar que la inconstitucionalidad abstracta no es la vía para formular reclamos de incumplimiento de mandatos derivados del texto fundamental. Por ello, a fin de no consentir la omisión constitucional, se estima necesario el ensayo de instrumentos alternativos que den lugar al examen jurisdiccional de las omisiones totales, ya que, apoyarse en formalismos para negar la realización de ese tipo de examen, de alguna forma, implica un asentimiento del incumplimiento de la Constitución. Debe tenerse presente que el texto fundamental puede ser vulnerado bien sea haciendo lo contrario a lo que este prescribe o, bien, no haciendo lo que manda hacer; por ello, el control constitucional normativo debe tener la fuerza suficiente para superar las violaciones constitucionales que sean consecuencia de producir disposiciones normativas o de omitir esa producción.
15. La posibilidad que, de oficio y en abstracto, sea declarada la inconstitucionalidad de una disposición normativa debe circunscribirse a

casos gravísimos y excepcionales, cuando aquella, de forma abierta y flagrante, antagonice con la Constitución, tal como sucedió cuando la CC emitió la SCC de 25 de mayo de 1993 (Exp. 225-93). Una actuación así encuadra en la principal atribución encomendada a un tribunal constitucional: la verdadera defensa del orden constitucional.

16. Para el surgimiento de los fallos constitucionales atípicos en Guatemala ha sido determinante el influjo doctrinario, el diálogo jurisprudencial con tribunales de otros Estados y del decidido arrojado de los jueces y letrados constitucionales de dotar de la máxima fuerza posible al texto constitucional, a fin de permitir la realización de sus valores y principios; por ello mismo, se ha sostenido a lo largo de este trabajo que es en la esencia de los postulados constitucionales donde puede hallarse el fundamento –o razón del origen– de esos tipos de fallos. Si bien en ese Estado no existe regulación en el sentido indicado, tampoco hay disposición que explícita o implícitamente proscriba ese tipo de resoluciones. Pese a ello, sin ánimo de asumir una posición positivista formalista, se estima que, para evitar cuestionamientos, lo deseable es que exista un paralelismo entre la producción de sentencias constitucionales y la labor de los representantes legislativos. Igualmente, es preciso superar algunos escollos prácticos que la emisión de ese tipo de pronunciamientos conlleva, como su limitado conocimiento, la desatención de los sentidos interpretativos y exhortaciones por parte de las autoridades o, bien, la escasez de recursos para hacer frente a las obligaciones prestacionales que conlleva las actuaciones garantistas del tribunal constitucional.

17. El estado de cosas actual permite advertir la concurrencia de diversas razones prácticas que justifican la emisión de sentencias constitucionalidades atípicas, dentro de las cuales pueden identificarse las siguientes: (a) la utilidad práctica que representan; (b) el fortalecimiento del Estado constitucional de Derecho; (c) la oportunidad de encontrar solución

a planteamientos que los órganos públicos de carácter político no han sabido enfrentar; (d) la posibilidad de resolver creativamente álgidos conflictos constitucionales; (e) evitar la producción de lagunas legales; (f) el desarrollo y actualización de los contenidos constitucionales, tornando innecesarias las reformas al magno texto; (g) el desarrollo y adecuación constitucional de las disposiciones normativas inferiores a la Constitución; y (h) la actividad parlamentaria –específicamente para reformas legislativas– se torna innecesaria en algunos casos. La enunciación anterior da cuenta que son suficientes las bondades que, en la práctica, se ponen de manifiesto con relación a lo positivo de estudio.

18. La adhesión a los fallos constitucionales atípicos depende, de manera fundamental, de que en los discursos argumentativos contenidos en la parte motivante de esos pronunciamientos concurren razones consistentes –o buenas razones– respecto de la decisión asumida y, en particular, de la inclinación por la modalidad no tradicional de sentencia por la que se ha optado. Téngase en cuenta que, como bien refirió Zagrebelsky, los jueces solo tienen como arma la fuerza de sus razones jurídicas. Solo así puede pretenderse que los distintos sectores del pueblo –como titular del control democrático de los poderes públicos– respalden la actuación del tribunal y se contribuya a la construcción de una democracia deliberativa.

19. La vehemencia de muchas de las críticas que se formulan contra las sentencias atípicas permite inferir que este no es un tema acabado y que todavía existen escollos pendientes de superación; ello se logrará en la medida que, dentro de los límites que permite cada ordenamiento jurídico, los tribunales constitucionales no solo hagan uso recurrente de estas, sino que resuelvan sobre la base de discursos argumentativos colmados de razones consistentes para desarrollar el contenido de la carta fundamental. Importante también resulta alcanzar la adhesión del mayor número de personas en las que inciden las decisiones proferidas. Aún hay mucho que

recorrer; sin embargo, lo ya recorrido da cuenta de los beneficios que con estas se han alcanzado.

20. Para asegurar la observancia de muchos de los fallos atípicos –algunos de los cuales contienen la selección de sentidos interpretativos y, otros, exhortaciones–, es preciso contar con mecanismos de seguimiento de lo dispuesto en esos pronunciamientos, ya que, de no contar con instrumentos efectivos para tal fin, la eficacia de esas sentencias seguirá siendo un tema pendiente. En Guatemala, el segundo párrafo del artículo 44 del AC 1-2013 establece que la Corte de Constitucionalidad será competente “para ejecutar las sentencias de inconstitucionalidad de ley de carácter general, en las que haya pronunciado efectos positivos que deban ser cumplidos”; no obstante, esa previsión normativa aún no ha pasado la prueba de efectividad, pues subsisten incumplimientos a ese tipo de decisiones.

21. En virtud de la persistente necesidad de dotar de fuerza normativa a la Constitución, se avizora que la tendencia evolutiva continuará y tomará más fuerza, de modo que lo que ahora nos resulta una expresión atípica o no tradicional de sentencias en el futuro cercano será el producto de una labor común u ordinaria. De forma concreta se apuesta por nuevas expresiones de pronunciamientos que impliquen un rol más activo por parte de los tribunales. Esto se logrará en la medida que los magistrados y letrados constitucionales se abran más a las nuevas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales, pero, sobre todo, que, conscientes de su relevante función, vivifiquen los preceptos fundamentales. Ciertamente, aunque resulta deseable su regulación expresa, la falta de esta no debe ser óbice para que se sigan desarrollando estas sentencias, como hasta ahora se ha logrado.

22. Nada podría legitimar más la emisión de resoluciones en la actuación jurisdiccional que la posibilidad de hacer realidad los fines de la normativa llamada a aplicar; de esa cuenta se asume que a las sentencias

constitucionales atípicas les asiste la cualidad de legítimas –lo que equivale a que gozan de legitimidad– porque encuentran fundamento en la propia Constitución –aunque no de forma expresa–, en tanto posibilitan su realización, desarrollo y actualización, así como la plena vigencia de los derechos subjetivos que consagra y el fortalecimiento de la institucionalidad estatal a que propende su parte orgánica. Téngase en cuenta que la encomienda de ser el supremo guardián del magno texto constitucional implica defenderla con todo el ahínco posible. La actuación positiva de los tribunales contralores de la constitucionalidad de los enunciados normativos ve reforzada su legitimidad en sus laudables propósitos y, en los casos en que se alcanza su plena eficacia, en sus logros.

Fuentes de consulta

1. Bibliografía

Abad Yupanqui, Samuel B., *et al.*, *Código Procesal Constitucional. Estudios introductorios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, 3a. ed., Lima, Tribunal Constitucional del Perú/Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

Aguiló Regla, Josep, “Fuentes del Derecho y normas de origen judicial”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, III época, 2009.

Ahumada Ruiz, María Ángeles, “*Stare decisis* y creación judicial de Derecho (Constitucional). A propósito de El *precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, de Ana Laura Magaloni Kerpel”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 67, 2003.

_____ “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (a propósito de ‘Constitucionalización y Neconstitucionalismo’ de Paolo Comanducci”, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Aizenstatd L., Alexander, “El derecho de la norma ausente: el surgimiento de la inconstitucionalidad por omisión en Guatemala”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 9, 2013.

Aldunarte Lizana, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, vol. XXIII, núm. 1, 2010.

Alexy, Robert, “Ponderación”, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

_____ *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____ *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

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

Alvarado Tapia, Katherinee, "Jurisdicción constitucional: naturaleza política, legitimidad y límites del tribunal constitucional", *Revista de Investigación Jurídica IUS*, vol. II, 2011.

Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia vs. Constitución. El poder del juez constitucional*, Rosario (Argentina), Ediciones AVI, 2012.

Andrés Ibáñez, Perfecto, "La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia", *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

_____ *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1998.

_____ "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista española de derecho constitucional*, año 6, núm. 17, 1986.

Arce Gómez, Celín, *El abuso interpretativo de la Sala Constitucional*, San José (Costa Rica), EUNED, 2008.

Arias López, Boris Wilson, "Literalidad de la norma y decisión judicial", *Primera instancia: revista jurídica*, núm. 2, 2014.

_____ "Interpretación constitucional e interpretación legal: límites inciertos", *Estudios Constitucionales*, año 13, núm. 1, 2015.

Aristóteles, *Tratados de lógica (el Organon)*, 9a. ed., México, Porrúa, 1993.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

_____ *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2010.

_____ *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

- _____ “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997.
- _____ “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Observatório da Juridicção Constitucional*, año 7, núm. 2, 2014.
- Ávila Santamaría, Eduardo, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 15, 2009.
- Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Barragán, Julia, por lo que evoca su trabajo “Decisiones judiciales y desempeño institucional”, *La función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- Battista Ratti, Giovanni, “La interpretación como solución del problema de las lagunas”, *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*, Actas del XII seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2007.
- Bayón, Juan Carlos, “Derechos, Democracia y Constitución”, *Discusiones*, núm. 1, 2000.
- Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- _____ “Dificultades operativas e institucionales y retos de la justicia constitucional de América Latina”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. V, 2012.
- _____ “El control de constitucionalidad de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina”, *Revista de Derecho Político*, núm. 60, 2004.
- _____ “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Control de Convencionalidad*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer/Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derechos Universidad de Chile, 2012.

- _____ “En torno al Estado de Derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010.
- _____ “Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 2, 2004.
- Beltrán, Miguel, *Originalismo e Interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989.
- Bercholz, Jorge O., “Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad. Su utilización por el Tribunal Constitucional de España”, *Revista de informação legislativa*, vol. 54, núm. 214, 2017.
- Bernal Pulido, Carlos, “El precedente en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, 2008.
- Berrios Ortigoza, Juan Alberto, “El control concentrado de oficio de la constitucionalidad en Venezuela (2000-2011)”, *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. V, núm. 2, 2011.
- Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianápolis, The Bobbs-Merrill Company, 1963.
- Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1964.
- _____ *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1996.
- _____ *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1969.
- _____ *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Blanco López, Jorge, *et al.*, *El proceso civil. Parte general, el juicio verbal y el juicio ordinario*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2007.

Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993.

_____ *El problema del positivismo jurídico*, 5a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1997.

_____ *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Temis, 1987.

Bouzat, Gabriel, "La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre el *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad", *Revista Jurídica*, año 2, núms. 1 y 2, 1997. Disponible en línea: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf. Consultado el 12 de octubre de 2018.

Brewer Carías, Allan R., "Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela", *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2009.

Bulygin, Eugenio, "Los jueces ¿Crean Derecho?", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2003.

_____ "Sentencia judicial y creación de Derecho", *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1984.

_____ *Diccionario de Derecho Constitucional, garantías y amparo*, México, Porrúa, 1984.

Caamaño Anido, Miguel A., "Nulidad de la norma tributaria y devolución de ingresos indebidos", *Anuario da Faculdade de Direito*, núm. 1, 1997.

Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015.

Calaza López, Sonia, "La cosa juzgada en el proceso civil y penal", *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2004, núm. 24, 2004.

Calsamiglia, Albert, "Postpositivismo", *Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. 1, 1998.

Cancio Fernández, Raúl C., *La cita legal en el ordenamiento jurídico español, Derecho comparado y perspectivas de futuro*, Madrid, Editorial Club Universitario, 2006.

Cappelletti, Mauro, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix Zamudio, t. XVI, núm. 61, 1966.

_____ "El tribunal constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4, 1982.

_____ "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm.17, 1986.

Carbonell, Miguel, "Las sentencias de la Suprema Corte: una reflexión general y un caso concreto", *El juez constitucional en el siglo XXI*, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

_____ "Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis", *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

_____ "Nuevos tiempos para el constitucionalismo", *Constitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.

_____ "Sobre la Constitución viviente", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, núm. 117, 2012.

Carpio Marcos, Edgar, "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)", *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VI, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Carpizo, Enrique, "Algunas reflexiones sobre los límites al intérprete judicial de la Constitución", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LIX, núm. 251, 2009.

- Carrillo Flores, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1981.
- Carrió, Genero R, *Un intento de superación de controversia entre positivistas y jusnaturalistas (réplica a Carlos S. Nino)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- Casal H., Jesús M., “La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 9, 2003
- Casas Baamonde, María Emilia, “Francisco Tomás y Valiente, un demócrata ejemplar”, *Una mirada valiente. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Polifemo, 2016.
- Castro Cruzatt, Karin, “El Tribunal Constitucional y las exhortaciones al legislador: el caso peruano”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 15, 2011.
- Cea Egaña, José Luis, “El Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 11, t. II, 2005.
- Celloto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Proceso y Constitucional*, núm. 1, 2004.
- Chacín Fuenmayor, Ronald, “Acerca del origen del Derecho: novísimo papel del precedente”, *FRONESIS, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, vol. 17, núm. 1, 2010.
- _____ “La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales: remedios para el *horror vacui*”, *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. II, núm. 1, 2008.
- Chiassoni, Pierluigi, *El discreto placer del positivismo jurídico*, Bogotá, Universidad Externado, 2016.
- Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. I, 3a. ed., trad. de José Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1922.
- Colombo Campbell, Juan, “Funciones del Derecho Procesal Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002.

Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

_____ *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016

Cordón Aguilar, Julio César, “Teoría Constitucional”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. I, 2010.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, México, Editora Nacional, 1981.

Dermizaky Peredo, Pablo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 6, 2002.

Díaz Revorio, Fco. Javier, “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas”, *Pensamiento constitucional*, núm. 8, 2011.

_____ “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *IUS*, año X, núm. 37, 2016.

_____ “La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional”, *Quid iuris*, año 3, vol. 6, 2008.

_____ *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, México, Porrúa, 2011.

_____ “La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010. Sus efectos sobre el Estatuto Catalán y otras normas del ordenamiento vigente”, *Revista catalana de dret public*, núm. 43, 2011.

Díaz Sampedro, Braulio, “La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica”, *Foro, Nueva época*, núm. 5, 2007.

Díaz, Elías, “Democracia: doble participación”, *La democracia de los ciudadanos (suplemento I de Contrastes, Revista Internacional de Filosofía)*, vol. I, 1996.

Durán Pérez, Ángel y Ramos Vásquez, Eréndira Nohemí, “La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia”, *Revista Justicia Electoral*, núm 1, vol. 10, 2012.

Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1994.

_____ *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992

Escobar Martínez, Lina Marcela, “La modulación de sentencias. Una antigua práctica europea”, *Vniversitas*, núm. 112, 2006.

Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, México, Porrúa, 2002.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas”, *Revista iberoamericana de argumentación*, núm. 13, 2016.

_____ *Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Potencialidad y límites del artículo primero de la Constitución mexicana* [trabajo inédito pendiente de publicación].

_____ “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1994.

_____ “Diez años de fallos constitucionales (Sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991.

_____ “Jurisprudencia y precedente en la argumentación jurídica”, *Voces electorales*, 2016. Disponible en línea: https://tje-bc.gob.mx/docs/revista/1505423648_REVISTA%20JUL%20-%20DIC%202016%20-%20PDF.pdf. Consultado el 20 de febrero de 2019.

_____ *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de la aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____ *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____ “La Interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. El

nuevo artículo 1º de la Constitución mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, vol. 32, 2011.

_____ *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

_____ *Las motivaciones de las decisiones interpretativas electorales*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

_____ “Los límites del control judicial de constitucionalidad en el Estado democrático de Derecho”, *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vásquez*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, t. I, 2017.

Feoli V., Marco, “Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 27, primer semestre, 2016.

Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

_____ *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado*, Madrid, Civitas, 1998.

_____ “Las sentencias constitucionales en el Derecho Comparado”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, vol. 2, 2010.

_____ *Los Fundamentos del Derecho Constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

Fernández Segado, Francisco, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009.

_____ “El control de constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 52, 1999.

- _____ “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008.
- _____ *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013.
- _____ “La Justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 11, 2011.
- Fernández Torres, Luis, “El activismo judicial en la era neoconstitucional”, *Iuris Dictio*, año 13, vol. 15, 2013.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, “Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 15, 2009.
- Figuroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.
- Figueruelo Burrieza, Angela, “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (Art. 55.2 de la LOTC)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 21, 1987.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, t. P-Z, 5a. ed., México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- _____ *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.
- Flores Juárez, Juan Francisco, *Constitución y Justicia Constitucional/Apuntamientos*, 2a. ed., Guatemala, Impresos, 2009.
- Garay Herazo, Kennier José, “Las modulaciones de contenido o sentencias manipulativas en la Corte Constitucional Colombiana. Una tipología medida por la distinción entre enunciado normativo y norma”, *Estudios de Derecho*, vol. 71, núm. 157, 2014.

García Amado, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de filosofía del derecho*, no. 3, 1986.

_____ “Interpretar, argumentar, decidir”, *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP/ Universidad de Friburgo, 2006.

_____ “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *Derechos Humanos*, Rosario, Iuris, 2001.

_____ “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, *Controversias constitucionales*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009.

_____ *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad César Vallejo, 1998.

_____ “El precedente constitucional; extensión y límites”, *Pensamiento constitucional*, núm. 22, 2017.

_____ “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 86, 1994.

García Belaunde, Domingo y Eto Cruz, Gerardo, “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, 2008.

García Castillo, Zoraida y Santiago Jiménez, José Alejandro, “Generalidades sobre la técnica jurídica para la elaboración de sentencias”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 54, núm. 241, 2004.

García Cuadrado, Antonio Ma., *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho*, Alicante, Editorial Club Universitario, 2002.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

_____ “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 34, núm. 100, 2014.

García García, José Francisco, “Tres aportes fundamentales de *El Federalista* a la teoría constitucional moderna”, *Revista de Derecho*, julio, vol. XX, núm. 1, 2007.

García Laguardia, Jorge Mario, “La Corte de Constitucionalidad (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias”, *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Jorge Mario, *Política y Constitución en Guatemala: La Constitución de 1985*, 5a. ed., Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1993.

García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2002.

García Pelayo, Manuel, “Estado legal y Estado constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional Español”, *Revista ILANUD*, años 9-10, núms. 23-24, 1989.

García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Ius*, año V, núm. 28, 2011.

García Toma, Víctor, “El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)”, *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP/ Universidad de Friburgo, 2006.

García y Pelayo, Manuel, “El «status» del Tribunal Constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 34, núm. 100, 2014.

Garrorena Morales, Ángel, “La sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981.

Gascón Abellán, Marina, “Interpretación de la Constitución: ¿gobierno de los jueces?”, *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 20, 2016.

“La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”
Revista española de derecho constitucional, año 41, núm. 22, 1994.

Giacomette Ferrer, Anita, “La declaratoria de inconstitucionalidad de oficio”, *Estudios constitucionales*, año 4, núm. 2, 2012.

Gimeno, María Concepción, “La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVII, 2000.

Goig Martínez, Juan Manuel, “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013.

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford University Press, 2004.

Gozáini, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1994.

_____ *Tratado de Derecho procesal Constitucional Latinoamericano. Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2014.

Grández Castro, Pedro, “Las «peculiaridades» del precedente constitucional en el Perú”, *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007.

_____ *Tribunal constitucional y argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2010.

Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, trad. de Miguel Carbonell, año XXXVI, núm. 107, 2003.

Grote, Rainer, “El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 10, t. I, 2004.

Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1978.

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Distribuciones Fontamara/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2001.

_____ *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

_____ “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

- _____ “La interpretación de la Constitución”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- _____ *Le Fonti del Diritto e L'interpretazione*, Milán, Giuffrè Editore, 1993.
- _____ “Problemi di analisi lógica delle decisioni costituzionali”, *Analisis e diritto*, Turín, Giappichelli Editore, 1990.
- Gumerato Ramos, Glauco, “Poderes del Juez: Activismo (=Autoritarismo) o Garantismo (=Libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil”, *Revista panameña de política*, núm. 14, 2012.
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix Fierro, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica de Perú/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- _____ “La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, trad. de Joaquín Brage Camazano, México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- _____ “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 5, 2001.
- _____ “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 6, No. 11, 2008.
- _____ “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010.
- Hakansson Nieto, Carlos, *El proceso de inconstitucionalidad. Una aproximación teórica y jurisprudencial*, Lima, Palestra, 2014.
- Haro, Ricardo, “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 10, t. I, 2004.
- _____ Haro, Ricardo, “La dimensión política del control de

- constitucionalidad en el sistema argentino”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012.
- Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.
- Hauriou, André, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1980.
- Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, s.f.
- Henning Leal, Mônia Clarissa, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente ‘un activismo’ o ‘el activismo?’”, *Estudios constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012.
- Herdegen, Matthias, “Conflictos entre poderes del Estado: La jurisdicción constitucional”, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VIII, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Hernández Galindo, José G., “El papel de la Corte Constitucional en Colombia: Defensa del derecho ciudadano a la Constitución”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, vol. 2, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010.
- Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Crítica jurídica: Revista Latinoamericana de Filosofía, Política y Derecho*, núm. 16, 1995.
- Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2a. ed., trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad, Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009.
- Igartua Salaverría, Juan, “La motivación de las sentencias”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991.
- Iglesias Machado, Salvador, *La sentencia en el proceso civil*, Madrid, Dykinson, 2015.

Islas Montes, Roberto, "Principios jurídicos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 17, 2011.

Iturralde, Victoria, "Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de *civil law*. El caso español", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XII, 1995.

_____ "Sobre el silogismo judicial", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VIII, 1991.

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Jimena Quesada, Luis, "Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, Universitat de València, núm. 58/59, 2007.

Jiménez Sánchez, José J., "Legitimidad del juez constitucional", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 36, 2002.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

_____ *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

Landa, César, "La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales", *Justicia constitucional y derechos fundamentales: Fuerza normativa de la Constitución*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2010.

_____ "Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana", *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?* t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

Larrauri Torroella, Ramón, "La sociología jurídica y sus relaciones posibles con la semiótica", *Diálogos jurídicos España-México*, Castelló de la Plana (España), Publicacions de la Universitat Jaume I, 2007.

- Lasarte Álvarez, Carlos, "Las corrientes metodológicas y el Derecho Civil", *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984.
- Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 213.
- Legare, Santiago y Rivera, Julio César, "Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'", *Revista chilena de derecho*, vol. 33, núm. 1, 2006.
- Lifante Vidal, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica, Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2018.
- _____, "Interpretación jurídica", *Enciclopedia Jurídica y Teoría del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 2, 2015.
- Loewenstein, Karl, "La Constitución", *Derecho Constitucional General: Materiales de Enseñanza*, Lima, Universidad Nacional de San Marcos/Universidad de Lima, 2004.
- López Eire, A., "Retórica antigua y retórica moderna", *Humanitas*, vol. XLVII, 1995.
- López Guerra, Luis, "Democracia y tribunales constitucionales", *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano* [en línea], núm. 1, 2003. Disponible en línea: <http://www.idpc.es/archivo/1212589025a1LLG.pdf>. Consultado el 30 de abril de 2014.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis/Universidad de los Andes, 2006.
- López Sánchez, Rogelio, *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Nuevos modelos hermenéuticos y argumentativos*, México, Porrúa, 2013.
- Lösing, Norbert, "Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 17, 2011.
- Lozada, Alí, "El Postpositivismo de la «optimización»: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy", *Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 39, 2016.

- Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1983.
- Luna Serrano, Agustín, *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2015.
- MacCormick, Neil, “Argumentación e interpretación en el Derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010.
- Machado Martins, Priscila, *La cosa juzgada constitucional*, Madrid, Reus, 2017.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario, *La senda de la jurisprudencia romana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Maldonado Aguirre, Alejandro, “Tribulaciones del Juez Constitucional”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. III, 2011.
- Manili, Pablo, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista jurídica La Ley*, t. D, 2006.
- Maraniello, Patricio Alejandro, “El activismo judicial una herramienta de protección constitucional”, *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
-
- “La declaración de inconstitucionalidad de oficio en los sistemas difusos”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 15, 2011.
- Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Martínez Caballero, Alejandro, “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 2, núm. 1, 2000.
- Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, “La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. I, 2010.

Mendonca, Daniel, *Análisis constitucional, una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, 2a. ed., Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008.

Mercader Uguina, Jesús R., “Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y ‘canon reforzado’ de motivación de la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Estudios de Derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Santander, PUBliCan, ediciones de la Universidad de Cantabria, 2009.

Miranda Alonso, Tomás, *Argumentos*, Valencia, Ed. Marte/Universitat de València, 2002.

Miranda Ramírez, Carlos Andrés, “La justificación (legitimidad) de las sentencias constitucionales atípicas y su aplicación por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia”, *Derecho Procesal Constitucional*, t. VI, Bogotá, VC Editores/Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

Monroy Cabra, Marco Gerardo, “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, núm. 1, 2008.

_____ *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007.

_____ *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002.

Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro, *Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco*, vol. 2, 5a. ed., Guatemala, Magna Terra Editores, 2010.

Morales Bustamante, Alejandro, “Aproximación al origen, rasgos y evolución del actual sistema de justicia constitucional guatemalteco”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. I, 2010.

Morello, Augusto M., *La Corte Suprema en Acción*, Buenos Aires, Librería Editora Platense/Abeledo Perrot, 1989.

Moreso, Juan José, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, núm. 1, 2000.

_____ *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, “El examen de constitucionalidad de las leyes y a soberanía parlamentaria”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979.

Murillo Villar, Alfonso, “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, Editorial Complutense, núm. 2, 1995.

Nash Rojas, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 19, 2013.

Nieva Fenoll, Jordi, “La cosa juzgada: el fin de un mito”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 9 –nueva época–, 2016.

Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

_____ *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.

Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur”, *Ius et Praxis*, vol. 10, núm. 1, 2004.

_____ “La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008.

_____ *La justicia y los tribunales constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI*, Santiago (Chile), LexisNexis, 2005.

_____ “La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, 2008.

_____ “La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 8, 2010.

_____ “Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias”, *Provincia*, vol. 4, núm. 2, 2005.

Olano García, Hernán Alejandro, “Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011.

_____ “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, *Vniversitas*, núm. 108, 2004.

Ordóñez Reyna, Aylín, “La Jurisdicción Constitucional en Guatemala”, *Revista Jurídica*, núm. III, 2001.

Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.

Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 9a. ed., México, Oxford University Press, 2006.

Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, t. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

Palacios Alcocer, Mariano y Castellanos Madrazo, J. Francisco, “Algunos apuntes sobre la interpretación constitucional”, *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Paladines, Jorge Vicente, “Omisión legislativa nominativa del decisionismo político al control constitucional”, *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional*, Managua, Instituto de Estudios e Investigaciones Jurídicas, 2011.

Papadópolo, Midori, *DEL 25 DE MAYO DE 1993 HASTA LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN: Análisis jurídico-constitucional del Golpe de Estado del 25 de mayo de 1993 hasta las reformas a la Constitución*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, 1995.

Parodi, Giampaolo, “Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente”, *Dialoghi con Guido Alpa; Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, Roma Tre-press, 2018.

Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2001.

Peña Freire, Antonio Manuel, “Constitutionalismo y garantismo: una relación difícil”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, núm. 41, 2007.

Peña Torres, Marisol, "La arbitrariedad del juez en la justicia constitucional", *¿Son anulables las sentencias del tribunal constitucional?* Lima, Palestra, 2015.

Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, 5a. ed., trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 2010.

_____ "La interpretación de la Constitución", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, 1984.

Pérez Tremps, Pablo, "La justicia constitucional en la actualidad: Especial referencia a América Latina", *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano* [en línea], núm. 2, 2003. Disponible en línea: <http://www.idpc.es/archivo/1212593508a2PPT.pdf>. Consultado el 28 de abril de 2014.

Petit Guerra, Luis Alberto, "Garantismo y activismo. ¿Contrarios o complementarios?" *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, vol. II, Bogotá, VC Editores, 2011.

Pibernat Domenech, Xavier, "La sentencia constitucional como fuente del Derecho", *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987.

Pinto Acevedo, Mynor, *La Jurisdicción Constitucional en Guatemala*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 1995.

Piza Escalante, Rodolfo, *La justicia constitucional en Costa Rica*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

Pizzorusso, Alessandro, "El tribunal constitucional italiano", *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de Luis Aguilar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

_____ "Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, 1989.

_____ "La justicia constitucional en Italia", *Teoría y realidad constitucional*, trad. de Josep Ma. Castellà Andreu, núm. 4, 1999.

- _____ “Las sentencias ‘manipulativas’ del tribunal constitucional italiano”, *El tribunal constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. 1, 1981.
- _____ “El Tribunal Constitucional italiano”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, trad. de Luis Aguiar Luce y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Pizzorusso Alessandro y Romboli, Roberto, “Entrevista: La influencia de la Constitución en otras áreas del Derecho”, *Thémis: Revista de Derecho*, núm. 55, 2008.
- Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. II, 1998.
- Prieto Sanchís, Luis, “Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Lo presupuestos históricos, ideológico y doctrinales de la jurisdicción constitucional”, *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2006.
- _____ “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001.
- Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, 2a. ed., Pamplona, Aranzadi, 1985.
- Quispe Correa, Alfredo, “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, *Estudios Constitucionales*, Santiago (Chile), Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, vol. 4, núm. 1, 2006.
- Racimo, Fernando M., “El activismo judicial: sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, *Revista Jurídica*, núm. 2, 2015. Disponible en línea: http://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/el_activismo_judicial_sus_origenes_y_su_recepcion_en_la_doctrina_nacional_-_racimo.pdf. Consultado el 18 de agosto de 2017.
- Rangel Hernández, Laura, “La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad por omisión legislativa: Modalidades y efectos. Estudio preliminar”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 19, 2013.

- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, Real Academia Española/ESPASA, 2014. Recurso disponible en línea: <http://www.rae.es>.
- Renoux, Thierry S. “El Consejo Constitucional y el Poder Judicial en Francia y en el modelo europeo de control de la constitucionalidad de las leyes”, *Revista chilena de derecho*, vol. 20, núm. 1, 1993.
- Ricaséns Siches, Luis, *Vida humana, Sociedad y Derecho: Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, México, La Casa de España en México, 1939.
- Ríos Álvarez, Lautaro, “La generación del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 10, t. I, 2004.
- Rivera León, Mauro Arturo, “Jurisdicción Constitucional: Ecos del argumento contramayoritario”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2010.
- Rivera Santiváñez, José Antonio, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2006.
- Rivero Ortega, Ricardo, “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: Reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002.
- Rocco, Alfredo, *La sentencia civil. La interpretación de las leyes procesal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal/Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2002.
- Rodríguez Boente, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003.
- Rodríguez Santander, Roger, “El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos”, *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007.
- Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo, “Corte de Constitucionalidad. La jurisdicción constitucional en Guatemala”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Rojas Amandi, Víctor Manuel, “La teoría de la argumentación. La versión de Alexy”, *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 29, 2003.

_____ “Los derechos en serio”, *Jurídica Ibero*, núm. 35, 2005.

Romboli, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm.48, 1996.

Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Base para la toma de decisiones judiciales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Rosende Villar, Cecilia, “Efectos directos y reflejos de la sentencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 3, 2001.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, *Revista española de derecho constitucional*, año 8, núm. 22, 1988.

_____ “Prólogo”, en Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

_____ “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35, 1992.

_____ “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, *Homenaje Académico*, t. II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997.

Ruiz Miguel, Carlos, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, 2004.

Ruiz Ruiz, Ramón, “Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: algunos comentarios críticos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ministerio de Justicia/Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, núm. 30, 2014.

Sagüés, María Sofía, “Dinámica Política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 5, 2007.

Sagüés, Néstor Pedro, *Compendio de derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2009.

_____ *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2008.

_____ “El valor del precedente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia EEUU y Argentina”, *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra, 2007.

_____ “La Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional*, Managua, Instituto de Estudios e Investigaciones Jurídicas, 2011.

_____ *La interpretación judicial de la Constitución*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2006.

_____ “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”, *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional/ Corte Constitucional para el período de transición, 2012.

_____ “Las sentencias constitucionales exhortativas”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2, vol. 4, 2006.

_____ “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 17, 2011.

_____ *Recurso Extraordinario: Introducción. Control de constitucionalidad*, t. 1, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002.

_____ “Reflexiones sobre la Constitución viviente”, *Díkaion*, vol. 12, 2003.

_____ *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

_____ “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos”, *HENDU, Revista latinoamericana de derechos humanos*, vol. 2, núm. 1, 2011.

Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, *Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011.

Salguero Salvador, Geovani, *El control de constitucionalidad de las normas jurídicas*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2010.

_____ “El control de constitucionalidad de las normas jurídicas”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, t. II, 2011.

_____ “La inconstitucionalidad por omisión en Guatemala”, *Revista Jurídica*, núm. XIX, 2013.

Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, 3a. ed., Madrid, Editorial Nacional, 1970.

Sánchez Urrutia, Ana Victoria, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una Aproximación al origen del concepto”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 58, 2000

Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2009”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXV, 2008. Disponible en línea: <https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>. Consultado el 24 de marzo de 2019.

Santiago, Alfonso (h), *La Corte Suprema y el control político: función política y posibles modelos institucionales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año X, núm. 20, 2010.

Savigny, Friedrich Karl von, “Sistema de Derecho Romano Actual”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 6, 2010.

- Segura Munguía, Santiago, *Lexicón etimológico y semántico del latín y de las voces actuales que proceden de raíces latinas o griegas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2014.
- Sierra González, José Arturo, *Derecho Constitucional Guatemalteco*, 4a. ed., Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2010.
- Sierra Gutiérrez, Abdón, “Reflexiones acerca de la evolución de la teoría de la interpretación: trayectoria de Savigny a Dworkin”, *Legem*, vol. 2, núm. 2, 2015. Disponible en línea: <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/legin/article/view/1307>. Consultado el 17 de agosto de 2017.
- Sola, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- Tarello, Giovanni, *La interpretación de la Ley*, trad. de Diego Del Vecchi, Lima, Palestra, 2013.
- Taruffo, Michelle, *Cinco lecciones mexicanas: memorial del taller de derecho procesal*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.
- _____ *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- _____ “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente, Anuario Jurídico*, trad. de Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini, 2007.
- Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 1953.
- Tomás y Valiente, Francisco, “Discurso de despedida pronunciado en el Tribunal Constitucional, el 8 de julio de 1992”, *Una mirada valiente. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Polifemo editores, 2016.
- _____ “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Tribe, Lawrence, *On Reading the Constitution*, Cambridge, Massachusetts (EE.UU.), Harvard University Press, 1991.

Troper, Michel, *Del gobierno de los jueces al gobierno por los jueces*, trad. de Bernardo Bolaños, México, Porrúa, 2004.

Tusseau, Guillaume, “Afrontar la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional: en defensa de más empirismo”, *Avances, Revista de investigación jurídica*, vol. 9, núm. 9, 2014.

Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, Bogotá, Universidad Nacional, 2005. Disponible en línea: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf. Consultado el 13 de febrero de 2018.

Uribe Arzate, Enrique y Correa Esquivel, Grisel Alejandra, “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho*, núm. 38, 2012.

Vanossi, José Reinaldo A., *Recurso extraordinario federal: Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1984.

Vargas Hernández, Clara Inés, “La función creadora del Tribunal Constitucional”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXII, núm. 92, 2011.

Vigo, Rodolfo Luis, “Argumentación constitucional”, *Interpretación y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2011.

_____ *Cómo argumentar jurídicamente*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

_____ *De la ley al derecho*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005.

_____ *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

Villar Borda, Luis, “El control jurisdiccional de la Constitución”, *Estudios de Derecho*, vol. XLIX, núms. 117 y 118, 1991.

Villaverde, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre*

la inconstitucionalidad por omisión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

Villegas Lara, René Arturo, *Temas de introducción al estudio del Derecho y de Teoría General del Proceso*, 4a. ed., Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004.

Wagner Mota, Karin Paola, *Interpretación normativo de la Corte de Constitucionalidad a la luz del Derecho Internacional de Derechos Humanos*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar, 2012.

Wayne Justice, William, "The Two Faces of Judicial Activism", *Judges on Judging: Views from the Bench*, 4a. ed., Thousand Oaks, California (EE.UU.), Sage Publications, 2013.

Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1988.

_____ *Sentido y hecho en el Derecho*, México, Fontamara, 2001.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011.

_____ "Jueces constitucionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, año XXXIX, núm. 117, 2006.

_____ *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008.

_____ "¿Qué es ser juez constitucional?", *Dikaion*, vol. 15, 2006.

Zapata Larraín, Patricio, "Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno (TCCH)", *Estudios Constitucionales*, núm. 2, vol. 4, 2006.

Zuleta Puceiro, Enrique, "¿Quién custodia a los custodios?", *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

Zúñiga Urbina, Francisco, "La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile", *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, vol. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

_____ "Judicatura y activismo judicial", *Revista de Derecho Público*, 2010, vol. 72, 2010.

“Jurisdicción constitucional en la perspectiva actual: notas para una comparación en América Latina”, *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 2, 1998.

2. Cuerpos normativos

2.1 Cuerpos normativos guatemaltecos

- Constitución Política de la República de Guatemala –CPRG–, promulgada el 31 de mayo de 1985 por la ANC.
- Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad –LAEPC–, Decreto 1-86 de la ANC.
- Ley del Organismo Judicial –LOJ–, Decreto 2-89 del CR.
- Código Penal, Decreto 17-73 del CR.
- Disposiciones Reglamentarias y Complementarias a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Acuerdo 1-2013 de la CC – AC 1-2013–.

2.2 Cuerpo normativo convencional

- Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–.

2.3 Cuerpos normativos extranjeros –no guatemaltecos–

- Código Procesal Constitucional del Perú, Ley No. 28237 (Perú).
- Ley del Tribunal Constitucional Federal (Alemania), *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (España).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (España).

- Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia (Colombia).

3. Resoluciones jurisdiccionales

3.1 Sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

- SCC de 27 de mayo de 1988 (Exp. 25-88). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/814984.25-88.pdf>
- SCC de 12 de septiembre de 1988 (Exp. 192-88). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791672.192-88.pdf>
- SCC de 8 de enero de 1993 (Exp. 300-92). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791730.300-92.pdf>
- SCC de 25 de mayo de 1993 (Exp. 225-93). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791733.225-93.pdf>
- SCC de 19 de julio de 1994 (Exp. 179-94). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791757.179-94.pdf>
- SCC de 18 de septiembre de 1995 (Exp. 167-95). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791767.167-95.pdf>
- SCC de 12 de marzo de 1996 (Exp. 300-95). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791788.300-95.pdf>
- SCC de 28 de agosto de 1996 (Exp. 892-95). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/790775.892-95.pdf>
- SCC de 24 de febrero de 1997 (Exp. 929-96). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/833472.929-96.pdf>
- SCC de 19 de enero de 1999 (Exp. 16-98). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791874.16-98.pdf>
- SCC de 8 de febrero de 1999 (Exp. 931-98). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/817814.931-98.pdf>
- SCC de 13 de junio de 2000 (Exp. 1094-99). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791910.1049-99.pdf>
- SCC de 17 de octubre de 2001 (1034-2001). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791974.1034-2001.pdf>

- SCC de 6 de febrero de 2002 (Exp. 74-2001). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/792003.74-2001.pdf>
- SCC de 18 de noviembre de 2002 (Exp. 1555-2001). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/792030.1555-2001.pdf>
- SCC de 14 de enero de 2003 (Exps. Acums. 1663-2002, 1672-2002, 1673-2002, 1727-2002, 1744-2002, 1745-2002, 1746-2002, 1747-2002, 1748-2002, 1749-2002, 1750-2002, 1751-2002 y 1755-2002). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/792037.1663,%201672,%201673,%201727,%201744,%201746,%201747,%201748,%201749,%201750,%201751,%201755-2002.pdf>
- SCC de 13 de octubre de 2003 (Exp. 368-2002). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/792068.368-2002.pdf>
- SCC de 9 de julio de 2004 (Exp. 2189-2003). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835913.2189-2003.pdf>
- SCC de 3 de agosto de 2004 (Exps. Acums. 898-2001 y 1014-2001). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815778.898-2001%20Y%201014-2001.pdf>
- SCC de 21 de junio de 2005 (Exp. 1724-2004). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/806461.1724-2004.pdf>
- SCC de 7 de febrero de 2006 (Exp. 2706-2005). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807260.2706-2005.pdf>
- SCC de 28 de marzo de 2006 (Exp. 2394-2004). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807263.2394-2004.pdf>
- SCC de 29 de marzo de 2006 (Exp. 2770-2004). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807246.2770-2004.pdf>
- SCC de 19 de julio de 2006 (Exps. Acums. 909-2006, 1008-2006 y 1151-2006). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807729.909,%201008,%20y%201151-2006.pdf>
- SCC de 6 de septiembre de 2006 (Exp. 506-2006). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/807730.506-2006.pdf>
- SCC de 29 de marzo de 2007 (Exp. 3046-2005). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/808316.3046-2005.pdf>

- SCC de 8 de mayo de 2007 (expediente 1179-2005). Disponible en <http://138.94.255.164/Sentencias/814516.1179-2005.pdf>
- SCC de 7 de agosto de 2007 (Exp. 665-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/814247.665-2007.pdf>
- SCC de 9 de octubre de 2007 (Exp. 3494-2006). Disponible en línea: <http://143.208.58.124/Sentencias/813629.3494-2006.pdf>
- SCC de 29 de noviembre de 2007 (Exp. 541-2006). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/813627.541-2006.pdf>
- SCC de 4 de diciembre de 2007. Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/813626.184-2007.pdf>
- SCC de 8 de enero de 2008 (Exps. Acums. 1202-2006, 1288-2006 y 1451-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/812940.1202-2006,%201288-2006%20y%201451-2007.pdf>
- SCC de 9 de abril de 2008 (Exp. 2376-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/812381.2376-2007.pdf>
- SCC de 5 de febrero de 2009 (Exp. 3722-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/810882.3722-2007.pdf>
- SCC de 23 de abril de 2009 (Exp. 703-2008). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/810225.703-2008.pdf>
- SCC de 8 de julio de 2009 (Exp. 1210-2007). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/809693.1210-2007.pdf>
- SCC de 9 de julio de 2009 (Exps. Acums. 467-2008 y 612-2008). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/809694.467%20y%20612-2008.pdf>
- SCC de 22 de julio de 2009 (1376-2009). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/809692.1376-2009.pdf>
- SCC de 26 de enero de 2010 (Exp. 2489-2009). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/808331.2489-2009.pdf>
- SCC de 25 de mayo de 2010 (Exp. 4923-2009). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/812887.4923-2009.pdf>

- SCC de 1 de junio de 2010 (Exp. 794-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/809660.794-2010.pdf>
- SCC de 24 de agosto de 2010 (Exp. 942-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/814560.942-2010.pdf>
- SCC de 25 de agosto de 2010 (Exp. 1692-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/814559.1692-2010.pdf>
- SCC 19 de enero de 2011 (Exp. 3458-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815994.3458-2010.pdf>
- SCC de 8 de febrero de 2011 (Exp. 2229-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815985.2229-2010.pdf>
- SCC de 10 de febrero de 2011 (Exp. 3636-2009). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815995.3636-2009.pdf>
- SCC de 22 de febrero de 2011 (Exp. 2242-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/815988.2242-2010.pdf>
- SCC de 27 de abril de 2011 (Exp. 812-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/816963.812-2010.pdf>
- SCC de 5 de agosto de 2011 (Exp. 791-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/817951.791-2011.pdf>
- SCC de 14 de marzo de 2012 (Exp. 4238-2011). Disponible en línea: <http://143.208.58.124/Sentencias/819600.4238-2011.pdf>
- SCC de 20 de marzo de 2012 (Exp. 4259-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/819488.4259-2011.pdf>
- SCC de 19 de junio de 2012 (Exp. 2213-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820034.2213-2011.pdf>
- SCC de 17 de julio de 2012 (Exp. 1822-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>
- SCC de 14 de agosto de 2012 (Exp. 2729-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820648.2729-2011.pdf>
- SCC de 26 de septiembre de 2012 (Exp. 659-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/820973.659-2012.pdf>
- SCC de 5 de diciembre de 2012 (Exps. Acums. 2432-2011 y 2481-2011). Disponible en línea:

<http://138.94.255.164/Sentencias/821713.2432-2011%20Y%202481-2011.pdf>

- SCC de 18 de diciembre de 2012 (Exp. 2836-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/821215.2836-2012.pdf>
- SCC de 12 de febrero de 2013 (Exp. 4877-2011) Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/821959.4877-2011.pdf>
- SCC de 14 de febrero de 2013 (Exp. 266-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822143.266-2012.pdf>
- SCC de 28 de febrero de 2013 (Exp. 1008-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/821957.1008-2012.pdf>
- SCC de 7 de mayo de 2013 (Exp. 1312-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822226.1312-2012.pdf>
- SCC de 28 de mayo de 2013 (Exp. 2849-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822260.2849-2012.pdf>
- SCC de 18 de junio de 2013 (Exp. 4479-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822560.4479-2012.pdf>
- SCC de 1 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 5327-2012 y 5331-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822839.5327-2012%20y%205331-2012.pdf>
- SCC de 8 de agosto de 2013 (Exps. Acums. 5236-2012 y 5286-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822902.5236-2012%20y%205286-2012.pdf>
- SCC de 27 de agosto de 2013 (Exp. 3876-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/823226.3876-2012.pdf>
- SCC de 17 de octubre de 2013 (Exp. 103-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/823221.103-2013.pdf>
- SCC de 12 de noviembre de 2013 (Exps. Acums. 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 y 2863-2011). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/822839.5327-2012%20y%205331-2012.pdf>
- SCC de 4 de diciembre de 2013 (Exps. Acums. 4639-2012 y 4646-2012). Disponible en línea:

<http://138.94.255.164/Sentencias/826572.4639-2012%20Y%204646-2012.pdf>

- SCC de 10 de diciembre de 2013 (Exp. 1135-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824269.1135-2013.pdf>
- SCC de 27 de marzo de 2014 (Exp. 401-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824916.401-2013.pdf>
- SCC de 27 de marzo de 2014 (Exp. 2664-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824914.2664-2013.pdf>
- SCC de 6 de mayo de 2014 (Exp. 1739-2012). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/825205.1739-2012.pdf>
- SCC de 13 de mayo de 2014 (Exp. 317-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/825302.317-2013.pdf>
- SCC de 10 de junio de 2014 (Exp. 5298-2013) Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824969.5298-2013.pdf>
- SCC de 13 de junio de 2014 (Exp. 2143-2014). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/824970.2143-2014.pdf>
- SCC de 5 de agosto de 2014 (Exp. 1052-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/828054.1052-2013.pdf>
- SCC de 16 de noviembre de 2015 (Exp. 1006-2014). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/830004.1006-2014.dpf>
- SCC de 15 de enero de 2015 (Exp. 2523-2013 y 2807-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/826748.2523-2013.pdf>
- SCC de 13 de agosto de 2015 (Exp. 3352-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/831684.3352-2013.pdf>
- SCC de 19 de noviembre de 2015 (Exp. 1076-2015). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/829891.1076-2015.pdf>
- SCC de 3 de marzo de 2016 (Exp. 2863-2014). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/831239.2863-2014.pdf>
- SCC de 12 de mayo de 2016 (Exp. 415-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/831305.415-2016.pdf>

- SCC de 2 de agosto de 2016 (Exp. 2339-2015). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/831782.2339-2015.pdf>
- SCC de 19 de octubre de 2016 (Exp. 2091-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/832555.2091-2016.pdf>
- SCC de 8 de noviembre de 2016 (Exp. 3438-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/832763.3438-2016.pdf>
- SCC de 26 de mayo de 2017 (Exps. Acums. 90-2017, 91-2017 y 92-2017). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835002.90-2017,%2091-2017%20y%2092-2017.pdf>
- SCC de 13 de junio de 2017 (Exp. 2105-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835161.2105-2016.pdf>
- SCC de 10 de agosto de 2017 (Exp. 4506-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/835814.4506-2016.pdf>
- SCC de 5 de octubre de 2017 (Exp. 4754-2016). Disponible en línea: <http://143.208.58.124/Sentencias/837103.4754-2016.pdf>
- SCC de 5 de octubre de 2017 (Exp. 5956-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837104.5956-2016.pdf>
- SCC de 24 de octubre de 2017 (Exp. 2112-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837219.2112-2016.pdf>
- SCC de 14 de diciembre de 2017 (Exp. 2949-2016). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/837856.2949-2016.pdf>
- SCC de 30 de enero de 2018 (Exp. 1972-2017). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/838147.1972-2017.pdf>
- SCC de 12 de febrero de 2018 (Exp. 2951-2017). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/838282.2951-2017.pdf>
- SCC de 13 de marzo de 2018 (Exp. 4942-2016) Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/838656.4942-2016.pdf>
- SCC de 4 de junio de 2018 (Exp. 1732-2015). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/839409.1732-2015.pdf>
- SCC de 29 de enero de 2019 (Exp. 3239-2019). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/841009.3239-2017.pdf>

- SCC de 21 de febrero de 2019 (Exp. 1683-2018). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/841294.1683-2018.pdf>
- SCC de 23 de abril de 2019 (SCC 1699-2018). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/841664.1699-2018.pdf>

3.2 Autos o resoluciones interlocutorias de la Corte de Constitucionalidad

- ACC de 27 de enero de 1993 (Exp. 3-93). No disponible en línea.
- ACC de 31 de mayo de 1993 (Exp. 225-93). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/791733.225-93.pdf>
- ACC de 5 de marzo de 1997 (Exp. 53-97). No disponible en línea.
- ACC de 24 de agosto de 2006 (Exp. 2269-2006). No disponible en línea.
- ACC de 2 de marzo de 2009 (Exp. 63-2009). No disponible en línea.

3.3 Opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad

- Opinión consultiva de 24 de marzo de 2010 (Exp. 371-2010). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/808321.371-2010.pdf>

3.4 Dictamen de la Corte de Constitucionalidad

- Dictamen de 11 de julio de 2014 (Exp. 5352-2013). Disponible en línea: <http://138.94.255.164/Sentencias/825943.5352-2013.pdf>

3.5 Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Sentencia de la Corte IDH, de 25 de noviembre de 2003, caso Mack Chang contra Guatemala. Disponible en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- Sentencia de la Corte IDH, de 22 de noviembre de 2004, caso Carpio Nicolle y otros contra Guatemala. Disponible en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf
- Sentencia de la Corte IDH, de 6 de febrero de 2006, caso Raxcacó Reyes contra Guatemala. Disponible en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_143_esp.pdf
- Sentencia de la Corte IDH, de 26 de septiembre de 2006, caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Disponible en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Sentencia de la Corte IDH, de 24 de noviembre de 2006, caso de los trabajadores cesados del Congreso –Aguado Alfaro y otros– contra el Perú. Disponible en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
- Sentencia de la Corte IDH, de 26 de noviembre de 2010, caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Disponible en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf
- Sentencia de la Corte IDH, de 24 de febrero de 2011, caso Gelman contra Uruguay. Disponible en línea: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

3.6 Sentencias de otros tribunales constitucionales

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

- Sentencia de 27 de noviembre de 2012 (R. 401. XLIII). Disponible en línea: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Rodr%C3%ADguez%20Pereyra,%20Jorge%20Luis%20y%20otra%20c.%20Ej%C3%A9rcito%20Argentino.pdf>

Fallos de la Corte Constitucional de Colombia

- Sentencia C-546/92, de 1 de octubre de 1992 (Exps. Acums. D-023 y D-041). Disponible en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-546-92.htm>
- Sentencia C-496/94, de 3 de noviembre de 1994 (Exp. D-589). Disponible en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-496-94.htm>
- Sentencia C-221/97, de 29 de abril de 1997 (Exp. 221-97). Disponible en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-221-97.htm>
- Sentencia C-737/01, de 11 de julio de 2001 (Exp. Acums. D-3288 y D-3296) Disponible en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-737-01.htm>
- Sentencia C-728/09, de 14 de octubre de 2009 (Exp. D-7685). Disponible en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-728-09.htm>
- Sentencia C-351/13, de 19 de junio de 2013 (Exp. D-9380). Disponible en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-351-13.htm>

Fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

- Res: 2003-02771, de 4 de abril de 2003 (Exp. 02-005494-0007-CO). Disponible en línea: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=236027&tem1=¶m7=&strTipM=T&Resultado=2

Fallos del Tribunal Constitucional de España

- Sentencia 5/1981, de 13 de febrero de 1981. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1981/02/24/pdfs/T00016-00030.pdf>

- Sentencia 11/1981, de 8 de abril de 1981. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1981/04/25/pdfs/T00001-00013.pdf>
- Sentencia 22/1982, de 15 de febrero. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1985/03/05/pdfs/T00037-00042.pdf>
- Sentencia 55/1987, de 13 de mayo. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1987/06/05/pdfs/T00010-00012.pdf>
- Sentencia 100/1987, de 12 de junio de 1987. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1987/07/09/pdfs/T00002-00004.pdf>
- Sentencia 14/1991, de 12 de junio de 1991. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1991/02/25/pdfs/T00012-00013.pdf>
- Sentencia 1/1992, de 1 de julio de 1992. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1992/07/24/pdfs/T00002-00007.pdf>
- Sentencia 31/1994, de 31 de enero de 1994. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1994/03/02/pdfs/T00043-00054.pdf>
- Sentencia 136/1998, de 29 de junio de 1998. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1998/07/30/pdfs/T00008-00011.pdf>
- Sentencia 33/2002, de 11 de febrero de 2002. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/2002/03/14/pdfs/T00047-00056.pdf>

Fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América

- Sentencia de 1803, caso *Marbury contra Madison* –5 US 137–. Dispone en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>
- Sentencia de 5 de marzo de 1819, caso *McCulloch contra Maryland* -17 U.S. 315 (1819). Disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>

- Sentencia de 17 de abril de 1906, caso Lochner contra New York –198 U.S. 45 (1905)–. Disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>
- Sentencia de 6 de enero de 1936, caso Estados Unidos contra Butler – 297 U.S. 1 (1936)–. Disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/1/case.html#62>
- Sentencia de 12 de septiembre de 1958, caso Cooper contra Aaron – 358 U.S. 1 (1958)–. Disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/>

Fallo del Tribunal Constitucional del Perú

- Sentencia de 2 de febrero de 2006 (Exp. 0030-2005-PIITC). Disponible en línea: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.pdf>