

CONSIDERACIONES SOBRE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SUS EFECTOS EN AMÉRICA DEL SUR¹

Humberto Nogueira Alcalá^(*)

RESUMEN

Este artículo analiza la naturaleza y características propias de las sentencias de los tribunales constitucionales en el ámbito de Indoiberoamérica del Sur. Se pasa revista a la cosa juzgada constitucional absoluta, relativa y aparente. Se desarrolla una tipología de sentencias aplicables a los tribunales constitucionales sudamericanos en virtud de estimación o desestimación de inconstitucionalidad o la estimación parcial de inconstitucionalidad que da lugar a las sentencias atípicas de interpretación conforme a la Constitución, las sentencias aditivas, las sentencias sustitutivas, las sentencias exhortativas, las sentencias prospectivas y las sentencias de omisiones inconstitucionales del legislador. Asimismo, se analiza los distintos efectos de los fallos en el ámbito temporal y personal.

Derecho Procesal Constitucional. Tipología de sentencias constitucionales. Efectos de las sentencias constitucionales.

¹ Este artículo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt del año 2003 N° 1030581 en desarrollo por parte del autor.

^(*) Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional. Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

Artículo recibido el 9 de marzo de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 1 de abril de 2004.

Correo electrónico: nogueira@utalca.cl

ABSTRACT

This article analyzes the nature and characteristics of the rulings of constitutional courts in South America. Constitutional *res judicata* is examined in its absolute, relative and apparent forms. A typology of rulings is developed, according to the criterion of admission or dismissal of the constitutionality issue, or the partial unconstitutionality ruling, which raises the atypical ruling of interpretation according to the constitution. We also consider additive, exhortative, and prospective decisions, the rulings of substitution, and the rulings of unconstitutional omission by the legislator. Finally, the different effects of the said rulings are analyzed with respect to parties and time.

Constitutional procedural law. Typologies of constitutional rulings. Effects of constitutional rulings.

INTRODUCCIÓN

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

La sentencia de un Tribunal Constitucional más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho. Así lo explicita correctamente Bocanegra al señalar que “...*el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aun cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios*”².

² Bocanegra Sierra, Raúl. 1982. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed Instituto de Estudios de la Administración Local, p. 19.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del ordenamiento jurídico interno, ya que es el intérprete supremo y último de la Constitución, lo que es así también en el plano de América del Sur, ya que en los casos en que se posibilita por los respectivos ordenamientos constitucionales el establecimiento de leyes interpretativas de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la atribución para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de tales leyes, como ocurre, por ejemplo, con las Constituciones de Chile y Ecuador.

✕ Las decisiones de los tribunales constitucionales no tienen posibilidades de ser impugnadas ni rectificadas dentro del sistema jurídico interno, la única posibilidad de superar interpretaciones erróneas o abusivas es el complejo procedimiento de revisión constitucional. Es por ello que, el juez Jackson de la Corte Suprema norteamericana sostuvo “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”³, todo ello sin perjuicio, de considerar a inicios del siglo XXI la jurisdicción supranacional en materia de derechos humanos y la Corte Penal Internacional vigente, como asimismo, los procesos de integración supranacional europea, todos los cuales flexibilizan la perspectiva señalada.

La magistratura constitucional y su trascendente potestad dentro del Estado Constitucional pueden posibilitar el desarrollo institucional democrático y los derechos de las personas o bloquearlos, de sus inspiraciones y valores dependerá en parte el destino jurídico del país por un lapso importante. En efecto, ellos disponen a través de la interpretación la posibilidad de adoptar posiciones conservadoras o progresistas, al ponderar los valores y principios constitucionales y darles aplicación práctica a través de sus sentencias, donde hay un margen no despreciable de cierta discrecionalidad. No olvidemos las palabras señaladas en su oportunidad por quien fuera Presidente de la Corte Suprema norteamericana, el que sostuvo que la Constitución no tiene otro significado que aquel que le otorgan los jueces constitucionales en sus sentencias (“vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”), por tanto, dependemos en parte importante del concepto de Constitución que asuman los magistrados constitucionales.

En efecto, el Tribunal Constitucional debe interpretar tanto el texto o disposición constitucional que sirve de parámetro, como el precepto infraconstitu-

³ Ver voto concurrente del juez Jackson en el caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443,540 (1953).

cional sometida a juicio. A su vez, los textos son multisemánticos, de ellos se extrae la norma como significado aplicado del texto. Por lo que de un mismo texto o disposición pueden obtenerse diversas normas entre las cuales debe decidir, lo que permite el desarrollo de las sentencias de interpretación conforme a la Constitución. Por otra parte, la Constitución dota al juez de la misión de ser guardián de la supremacía y fuerza normativa efectiva de la Carta Fundamental, dotándolo para ello del instrumento más eficaz para ello, la declaración de inconstitucionalidad, sin embargo no está obligado a utilizar dicha arma en todos los casos, ya que debe hacer un esfuerzo de conservación de las normas legislativas producto del parlamento y otorgar el máximo de certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, además de evitar los vacíos normativos y evaluar las consecuencias de sus fallos, ello abre las puertas a la búsqueda de sentencias que constituyen respuestas realistas y flexibles frente a situaciones inconstitucionales que otorguen seguridad jurídica en la perspectiva de aplicación uniforme del derecho, lo que da nacimiento a las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales.

Muy grande es así la responsabilidad de los magistrados que integran los Tribunales Constitucionales y compleja y trascendente su función.

1. LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS Y DESESTIMATORIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Desde una perspectiva elemental cuando se considera una sentencia de un Tribunal Constitucional, que pone término a una confrontación entre una norma jurídica infraconstitucional y la Carta Fundamental, la *sentencia puede ser estimatoria* de la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el requirente o demandante, este tipo de sentencia puede darse también en los casos en que el orden jurídico establece que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse de oficio u obligatoriamente. A su vez, la *sentencia puede ser desestimatoria* si el Tribunal Constitucional confrontando la Constitución con la norma jurídica infraconstitucional impugnada por quienes tienen legitimación activa para ello, determina que la primera no tiene vicios de inconstitucionalidad.

Al confrontar la Constitución con la norma infraconstitucional, el Tribunal Constitucional puede dictar una sentencia total o parcialmente estimatoria o desestimatoria. Algunos de estos fallos constituyen sentencias atípicas, tanto

por sus implicancias jurídicas como por su trascendencia política, las cuales analizaremos más adelante.

Por otra parte, los tribunales constitucionales se pronuncian también sobre derechos fundamentales a través del contencioso respectivo, cuyas sentencias determinan si ha existido una vulneración de tales derechos, si la resolución considera que efectivamente se han afectado derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional deberá eliminar el acto, decisión o resolución contrario a derecho, restableciendo el imperio del orden constitucional y de los derechos de las personas afectadas.

A su vez, las sentencias de los tribunales constitucionales referentes a la resolución de conflictos positivos o negativos de competencias o atribuciones deberán poner fin al conflicto determinando a quién corresponde la respectiva competencia o atribución en conflicto, como asimismo, decidirá la validez o invalidez de la decisión o acto impugnado.

2. LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA ABSOLUTA, RELATIVA O APARENTE DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En todo caso, independientemente de los contenciosos que deben resolver los tribunales constitucionales, tanto de América del Sur como en el derecho comparado europeo, la sentencia de término produce cosa juzgada que llevan aparejadas las sentencias que determinan la inconstitucionalidad, como asimismo, aquellas que desestiman la inconstitucionalidad de una norma jurídica por razones de fondo, ya que no existe posibilidad de recurso alguno que permita impugnarla dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, otorgándole fijeza, impidiendo que el problema se plantee sobre idéntico contenido, siendo obligatoria para todos los órganos estatales.

Así, si la respectiva Corte Constitucional se ha pronunciado determinando que el enunciado normativo sometido a su análisis es constitucional, es preciso que dicho estudio se haya efectuado sobre todos los aspectos en que puede incidir el enunciado normativo respectivo, eliminando otras eventuales posibles razones de inconstitucionalidad que no se tuvieron en cuenta en la sentencia correspondiente.

Si ello no fuera así, los *efectos de cosa juzgada* no podrían ser *absolutos* y solo tendrían el carácter de *cosa juzgada relativa*.

La existencia de una *cosa juzgada relativa* existirá en el caso en que la respectiva Corte Constitucional, en el momento de hacer su análisis, no haya tenido en consideración determinadas hipótesis posibles de inconstitucionalidad del enunciado normativo, lo que puede reconocerse de dos maneras posibles. La primera, cuando el propio Tribunal Constitucional en el fallo señala que su análisis solo consideró los aspectos impugnados por la parte demandante, en cuyo caso los efectos de cosa juzgada son relativos solo a esa dimensión del análisis, pudiendo presentarse nuevas demandas de inconstitucionalidad del enunciado normativo basado en cuestiones distintas no consideradas en el fallo inicial. La segunda forma posible de reconocer una realidad de cosa juzgada relativa, es cuando el Tribunal Constitucional nada dice en la sentencia de haber examinado el enunciado normativo solo desde determinados ángulos, por lo cual podría presumirse que lo hizo desde todos los enfoques posibles, en tal caso, la cosa juzgada sería absoluta; sin embargo, ello no sería así si del análisis de los fundamentos del fallo en que se resolvió el caso anterior, no existe elemento que permita considerar razonablemente que se tuvo en consideración el nuevo problema constitucional planteado en la nueva demanda, en esta última hipótesis puede sostenerse con fundamento suficiente que el primer fallo tiene efectos de cosa juzgada relativa.

Además de distinguir entre cosa juzgada absoluta y relativa, es necesario tener presente la situación de *cosa juzgada aparente*. Esta situación ocurre cuando al sustentar una decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, no se han establecido los fundamentos racionales y jurídicos de la decisión en que se declara uno entre otros textos normativos como constitucionales. En tal caso, solo existe cosa juzgada aparente ya que no se ha examinado efectivamente si el texto normativo específico en confrontación con la Carta Fundamental es constitucional o inconstitucional. No debe olvidarse que una sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe ser motivada, fundada en las fuentes del derecho vigente, y congruente. No existe fallo ni cosa juzgada sin adecuado sustento jurídico de la decisión.

La cosa juzgada aparente ha sido reconocida hidalgamente por algunos tribunales constitucionales, a modo de ejemplo, señalaremos a la *Corte Constitucional Colombiana*. En efecto, la Corte debió analizar la constitucionalidad del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que contenía normas que

configuraban el sistema de financiamiento de viviendas a largo plazo. La Corte encontró que dicha normativa era inconstitucional, pero surgió en el Pleno la objeción acerca de la posible cosa juzgada que existía en la materia, ya que la Corte Constitucional, desde 1994, había dictado una sentencia que había sostenido que todo el Decreto 663, del cual hacían parte las disposiciones actualmente impugnadas, era constitucional. La Corte Constitucional examinó minuciosamente la sentencia que ella había dictado en 1994, en la que constató que había omitido todo análisis del Decreto 663 de 1993, el cual aparecía declarado constitucional entre muchas otras disposiciones que en dicha oportunidad habían sido demandadas de inconstitucionalidad, apareciendo la referencia al Decreto 663 en la parte resolutive del fallo, no teniendo la parte motiva o los considerandos del mismo la más mínima referencia al contenido de dicho Decreto y a su confrontación con la Constitución. Así, la sentencia de la Corte Constitucional C-700 de 1999, debió reconocer que respecto de dicha disposición normativa en la sentencia de 1994 había solo una apariencia de cosa juzgada.

Todas las consideraciones anteriores se hacen, sin perjuicio de lo dispuesto por las jurisdicciones internacionales o supranacionales a las cuales el Estado haya reconocido jurisdicción vinculante, obligándose a cumplir dichas sentencias, como ocurre en el ámbito latinoamericano con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴.

Así, en materia de derechos fundamentales o humanos, los tribunales constitucionales no son la última palabra en la materia, esta es la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵. La Constitución peruana de 1993, es la única Carta Fundamental de la región que, expresamente contempla dicha situación, en su artículo 205 determina que, *"Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios en que Perú es parte"*.

⁴ La Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone en su artículo 67 que, para los Estados partes *el fallo es definitivo e inapelable*, determinando el artículo 68. 1 que *"los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes"*.

⁵ A modo de ejemplo, en el Caso Castillo Petruzzi y otros, la Corte Interamericana anuló el fallo del órgano judicial máximo de la jurisdicción militar peruana y ordenó al Estado peruano realizar un nuevo juicio a los afectados respetando las normas de un tribunal independiente e imparcial y un procedimiento que cumpliera con las normas del debido proceso, lo que fue acatado por el Estado peruano, anulando la sentencia anterior y realizándose el nuevo procedimiento, ajustado a las reglas del debido proceso por un tribunal ordinario preestablecido de carácter independiente e imparcial.

No puede dejar de mencionarse, asimismo, siendo regla común en Sudamérica, que la cosa juzgada de la sentencia del Tribunal Constitucional obliga a todos los tribunales y órganos estatales, menos al propio Tribunal Constitucional, el cual puede en casos futuros revisar su jurisprudencia o sus precedentes y, fundadamente, ya que de otra manera sería arbitrario y se afectaría la igualdad ante la ley, puede cambiar de interpretación, posibilitando la evolución y adecuación de la jurisprudencia constitucional a nuevos contextos y situaciones. Así en contenciosos posteriores se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley que, previamente, se había declarado constitucional o conforme a la Constitución. La misma situación existe en el derecho comparado, además, en España e Italia, entre otros países, se posibilita que una ley sobre la cual ya ha existido un pronunciamiento en control abstracto, pueda volverse a cuestionar vía control concreto mediante la invocación de circunstancias nuevas o motivos diferentes.

3. LA COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL

Es normal que en los diferentes países el Poder Judicial cuente con varios grados e instancias, en cada una de las cuales el fallo del respectivo tribunal o corte tendrá valor de cosa juzgada formal, al existir recursos que permiten impugnar dicha sentencia ante tribunales o cortes superiores. Así solo la sentencia del tribunal o corte superior del respectivo ordenamiento jurídico tendrá valor de cosa juzgada tanto formal como material, salvo el caso que existan instancias supranacionales en la materia, como son por ejemplo el Tribunal Penal Internacional o Cortes de Derechos Humanos a las cuales se les ha reconocido a sus fallos carácter vinculante por el respectivo Estado. Obviamente, una sentencia de un tribunal de un grado o instancia inferior podrá tener carácter de cosa juzgada material, si ella no es impugnada dentro de los plazos contemplados en el ordenamiento jurídico ante una instancia superior.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, para que exista una cosa juzgada constitucional material, es necesario que las partes no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento. Así, puede señalarse que, en los países que tienen una jurisdicción constitucional concentrada, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de cosa juzgada formal y material o sustancial, salvo los casos en que ella sea revisable, mediante algún procedimiento o trámite por el propio Tribunal

Constitucional, o cuando el Estado ha reconocido jurisdicción en la materia a un Tribunal supra o transnacional a cuyas sentencias se le ha reconocido carácter jurídico vinculante. En tal caso, la sentencia del Tribunal Constitucional solo tendrá carácter de cosa juzgada formal mientras no transcurran los plazos que permiten impugnar el fallo, teniendo solo el carácter de cosa juzgada material si transcurren los plazos sin que lo decidido en dicha sentencia sea impugnado en sede supraconstitucional, si la sentencia como acto estatal es impugnado por violación de derechos humanos, entre ellos el derecho al debido proceso, siendo dictada sentencia estimatoria en la instancia supranacional, la sentencia del tribunal constitucional debiera ser revisada. En este último aspecto, la Constitución peruana en forma explícita determina en su artículo 205 que "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte".

Por otra parte, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, puede darse el caso que los fallos del Tribunal o Corte Constitucional que determinen la constitucionalidad de un enunciado normativo constitucional no tengan fuerza de cosa juzgada material, si a través de un procedimiento posterior, otras partes pueden volver a sostener la inconstitucionalidad del mismo enunciado normativo por la misma razón, situación que posibilita la revisión del criterio antes utilizado por el mismo Tribunal Constitucional sobre la conformidad de dicho enunciado normativo con la Carta Fundamental, generando una nueva doctrina con nuevos fundamentos. No debe olvidarse como recuerda Néstor Pedro Sagüés que la cosa juzgada constitucional más que cumplir una función pacificadora poniendo fin a un conflicto, tiene por misión fundamental defender la supremacía de la Constitución⁶.

De esta forma, si presentado un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional a requerimiento de un órgano estatal, hay un pronunciamiento de constitucionalidad del enunciado normativo impugnado de inconstitucionalidad, volviendo posteriormente a impugnarse la constitucionalidad del mismo enunciado normativo por otro órgano legitimado activamente para ello, admitiendo la Corte o Tribunal Constitucional en este segundo caso la inconstitucionalidad de dicho enunciado normativo, el cual es eliminado del ordena-

⁶ Sagüés, Néstor Pedro. 1998. *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Depalma, p. 234.

miento jurídico con efectos *ex tunc* (retroactivos), en dicha hipótesis no podría señalarse que el primer fallo tuvo efectos de cosa juzgada constitucional material, ya que este fue enervado por la segunda sentencia en que el mismo Tribunal cambió de criterio. Así ocurre por ejemplo, en el caso de Costa Rica, donde las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema son vinculantes para todos los tribunales de la República, salvo para la propia Sala Constitucional señalada, así lo establece la Ley de Jurisdicción Constitucional 7135, artículo 87, el cual determina que “las resoluciones o sentencias que denieguen la inconstitucionalidad “únicamente surtirán efectos entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos”, asimismo, el artículo 13 de la misma Ley, precisa que la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional (competencia de la Sala Constitucional), “son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma”.

La Constitución de Bolivia, en su artículo 121 prescribe “I. Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso ulterior alguno”. A su vez, la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional de Bolivia, en su artículo 58 señala en su parágrafo V, que “La sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella”.

La Constitución colombiana en su artículo 243 determina que “Los fallos que la Corte (Constitucional) dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. A su vez, el Decreto 2067 de 1991 que regula el procedimiento de inconstitucionalidad en Colombia, en su artículo 21, precisa que “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”, todo ello en armonía con el artículo 45 de la Ley Estatutaria 270 de 1996. El parágrafo 2° del artículo 21 en consideración agrega que “La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios no obsta para que esta sea demandada posteriormente por razones de fondo. El artículo 23 del Decreto 2067 añade que “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Consti-

tucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia”, todo ello en armonía con el art. 48 de la Ley Estatutaria 270.

En el caso del Tribunal Constitucional Chileno, la LOC del Tribunal Constitucional no trata la materia, ya que el control de preceptos legales es de carácter preventivo y se refiere a proyectos de ley. El artículo 32 de la LOC analizada solo señala como norma general que “el Tribunal, de oficio o a petición de parte podrá modificar sus resoluciones solo si se hubiere incurrido en algún error de hecho que así lo exija”.

La Ley de Control Constitucional de 1997 de Ecuador no se refiere a la materia.

La Ley Orgánica N° 26435 del Tribunal Constitucional Peruano establece en su artículo 37 que “las Sentencias del tribunal tienen autoridad de cosa juzgada”, agregando en el párrafo segundo del mismo artículo que “La sentencia denegatoria de la inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional”.

Nos parece que esta es una materia delicada que debiera ser regulada en las leyes orgánicas de los tribunales constitucionales. Respecto de las que lo hacen hay que atenerse a dichos principios. En todo caso, dicha regulación debiera distinguir entre las sentencias que se pronuncien por vicios de forma y de fondo. Ya que una sentencia denegatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad por vicios de forma, no podría impedir la interposición de una nueva acción por vicios de fondo.

En nuestra opinión la sentencia desestimatoria de una cuestión de inconstitucionalidad es imperativa, pero no es definitiva ni inmutable como la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, de lo cual se deduce la posibilidad de que pueda volverse a elevar la cuestión de inconstitucionalidad, aunque en otra fase del proceso ordinario, ya que la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad produce un efecto preclusivo en el juez *a quo*, posición en que se sitúa Cappelletti, Pizzorusso, Crisafulli y Sandulli, entre otros.

A su vez, nos parece necesario determinar que una sentencia desestimatoria o denegatoria de inconstitucionalidad no impide la interposición de una nueva acción sobre el mismo precepto constitucional mediante otra *vía procesal*, ya que es posible que un precepto declarado constitucional en *vía abstracta* pueda ser impugnado por *vía de inaplicabilidad* o de cuestión de inconstitucio-

nalidad en la medida que en esa hipótesis concreta el precepto declarado constitucional en abstracto pudiere tener una aplicación específica que fuere inconstitucional. Por la misma razón, consideramos que pueden presentarse diversos procedimientos incidentales, ya que pueden hacerse valer diversas hipótesis de inconstitucionalidad concretas que antes no se habían hecho valer por quienes fueren afectados por ellas. Esta perspectiva, disminuye el peso relativo de una sentencia errónea del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad, ya que posibilita una sentencia diferente del Tribunal Constitucional a través del recurso de inaplicabilidad o la cuestión de inconstitucionalidad que puede admitir o estimar razones de inconstitucionalidad no consideradas en su sentencia abstracta. En todo caso, queda a salvo la posibilidad del tribunal *a quo* de rechazar la elevación de cuestiones idénticas a las anteriormente desestimadas por considerarlas manifiestamente infundadas.

Por otra parte, no nos parece convincente que una sentencia del Tribunal Constitucional desestimatoria de inconstitucionalidad no pueda ser intentada en vía directa y abstracta ya que la sentencia desestimatoria se pronuncia solo sobre la cuestión y no sobre el precepto normativo vigente (precepto legal u otro), como ocurre con la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad que se pronuncia sobre la cuestión y sobre el precepto normativo⁷, posibilitando que la misma cuestión pueda ser elevada a la consideración del Tribunal Constitucional, en otras circunstancias, en las cuales el Tribunal pueda acoger la estimación de inconstitucionalidad del precepto normativo. Esta perspectiva posibilita la capacidad del Tribunal Constitucional para evaluar cambios en el parámetro constitucional o en el significado de la norma legal atendiendo a la diferenciación entre regla y norma jurídica o simplemente en el poder de rectificación del Tribunal Constitucional estableciendo las razones para ello.

Nos parece conveniente explicitar en la normativa reguladora de los tribunales constitucionales, una manifestación de la regla "*iura novit curia*" que los tribunales conocen el derecho y ellos lo aplican cuando se lo solicitan a través de acciones o excepciones, por lo que pueden fundar la determinación de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del procedimiento por las partes, siempre que exista una conexión planteada y los preceptos constitucionales considerados, posibilitando a las partes o comparecientes ante el Tribunal en algún tiempo razonable antes

⁷ Zagrebelsky, G. 1987. Voz "Proceso costituzionale" en *Enciclopedia del Diritto*, volumen XXXVI, Milán, Italia, p. 627.

de la decisión para que estos se pronuncien sobre la eventual existencia de los motivos distintos a los alegados por los comparecientes.

En el caso de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad nos parece que el fallo del Tribunal Constitucional produce cosa juzgada formal y material.

En todo caso es necesario precisar que reconocida la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias de los tribunales constitucionales pueden ser objeto de impugnación, en cuanto acto estatal que pudiere vulnerar derechos humanos, en tal caso, los efectos del fallo son de cosa juzgada formal y solo será cosa juzgada material si no hay impugnación ante la Corte supranacional. Así debe contemplarse, necesariamente, una revisión de la sentencia estimada violatoria de derechos dando cumplimiento de buena fe al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si no fuera así se incumpliría el deber constitucional de asegurar, garantizar y promover los derechos esenciales de la persona humana (derechos fundamentales o derechos humanos) que pesa sobre todos los órganos del Estado, se lesionaría gravemente el Estado democrático constitucional y se incumpliría con la obligación de resultado a la que obliga la sentencia de la Corte Interamericana. A su vez, puede sostenerse en esta materia que una institución que tiene como finalidad una certeza formal, no puede prevalecer sobre la protección efectiva y constante de los derechos humanos, los que, además en el derecho sudamericano son parte del bloque constitucional de derechos, y en Chile, constituyen límites a la potestad estatal.

Por otra parte, nos parece necesario explicitar en la ley reguladora de los tribunales constitucionales que la parte que subsiste del proyecto de ley o la vigencia de la ley en la parte no afectada por la impugnación de inconstitucionalidad, salvo que el fallo del Tribunal Constitucional disponga otra cosa, ya que podría determinar la inconstitucionalidad de otros preceptos no impugnados en virtud de su conexión con los preceptos impugnados. Ello nos parece que deriva de la propia naturaleza de la pretensión impugnatoria y de la efectividad de la sentencia de un Tribunal Constitucional, lo que relativiza el principio de congruencia procesal.

Finalmente, nos parece que la regla general es que en los procedimientos concretos las partes debieran quedar vinculadas por el fallo desde el momento de su notificación, mientras que en los procedimientos abstractos la sentencia debiera producir efectos desde su publicación en el respectivo Diario Oficial.

EL VALOR VINCULANTE DE LA PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA Y EL VALOR JURÍDICO DE LOS CONSIDERANDOS, PARTE MOTIVA O TRAGENDE GRÜNDE

Es punto pacífico en la doctrina y el derecho positivo comparado la obligación de cumplir lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Constitucional, debatiéndose en doctrina y dependiendo de la normativa que regula las sentencias en cada país, si los elementos de razonamiento que sustentan la decisión o que constituyen *ratio decidendi* del contencioso sometido a la consideración del Tribunal Constitucional tienen carácter vinculante a diferencia de los *obiter dicta*, sin perjuicio de la dificultad para separar claramente unos de otros.

En los países de América del Sur con Tribunales Constitucionales, solo en el caso colombiano, el artículo 48 de la Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996, establece algunas regulaciones en la materia, determina expresamente que “*sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efectos erga omnes la parte resolutive de los fallos. La parte motiva constituye solo criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general*”.

Las normas jurídicas boliviana, chilena, ecuatoriana, peruana y venezolana que regulan los tribunales constitucionales y sus resoluciones no se pronuncian sobre la materia.

Nos parece necesario que las leyes reguladoras de los tribunales constitucionales se pronuncien sobre la materia. En nuestra opinión, debiera establecerse que la “*ratio decidendi*” o parte motiva del fallo que constituye la argumentación relevante que lo fundamenta y determina la parte resolutive, vale decir, aquellos principios o razonamientos que no podrían ser alterados o modificados sin que la sentencia fuere modificada, debieran al menos ser criterio auxiliar para la aplicación del derecho por todos los órganos del Estado, mientras dichos criterios no sean modificados por el propio Tribunal Constitucional.

5. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EN EL TIEMPO

Las sentencias de los tribunales constitucionales pueden clasificarse de acuerdo a los efectos producidos en el tiempo. Así, 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 contencioso 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.

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". Así, cuando la Corte de Karlsruhe encuentra que una norma es contraria a la Constitución declara su nulidad, lo que significa que es inválida desde su entrada al ordenamiento jurídico, determinando los efectos *ex tunc*. Sin embargo, hay casos en que el Tribunal Constitucional Federal declara la inconstitucionalidad de una norma, absteniéndose de determinar su nulidad, por cuanto ello significaría una "situación jurídica insoportable"⁸. Ello muestra un cierto nivel de discrecionalidad prudencial que ejerce el Tribunal Constitucional Federal en la modulación de sus sentencias en casos excepcionales.

En el caso español, el artículo 39.1 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTIC) 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 mate-

⁸ Weber, Albrecht. 1998. "Alemania" en Aja, Eliseo (Ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, Barcelona, Ariel Derecho, pp. 77 y siguientes.

ria 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 segunda⁹.

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, 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. Schäfer en su estudio sobre la materia, señala que, pese a la rigidez del sistema, en algunos casos el Tribunal Constitucional ha dado efectos retroactivos a sus fallos, como ocurrió en 1996, en un caso de saneamiento presupuestal, el Tribunal Constitucional consideró que dicho gravamen era desproporcionado e inconstitucional, como se trataba de un procedimiento especial (*Anlabfälle*), donde se habían presentado cerca de once mil recursos, el Tribunal tomó la determinación que los efectos del fallo que había favorecido a algunos contribuyentes, se extendiera a todos los casos decididos

⁹ Sobre la materia, ver STCE 45 de 1989; 185 de 1998; 235 de 1999, entre otras.

según la norma objeto de control, concediendo claros efectos retroactivos al fallo en virtud del principio de igualdad, anulando la carga impositiva de forma general y con efectos *ex tunc*¹⁰.

Sobre efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales no hay una sola posición y los ordenamientos jurídicos toman parte por darle mayor fuerza a la supremacía constitucional o a la seguridad jurídica, tratando de buscar un cierto equilibrio entre ambos principios, al respecto, así en el derecho comparado, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como regla general.

En el ámbito sudamericano, existe también una heterogeneidad de criterios en la materia como lo muestran las respectivas legislaciones que encuadran la actividad de los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

La Ley 1.836 del Tribunal Constitucional boliviano de abril de 1998, en su artículo 48 referente a la forma y contenido del fallo, en su párrafo 4, determina que la parte resolutive en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del recurso o demanda, en la forma prevista para cada caso, *su dimensionamiento en el tiempo y los efectos sobre lo resuelto*, la condenatoria en costas si procediere y las comunicaciones pertinentes para su ejecutoria". Esta es la normativa sudamericana de carácter más abierto, que entrega al Tribunal Constitucional la facultad de determinar la modulación de los fallos en el tiempo.

El artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia determina que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control "tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario", norma que fue declarada exequible, vale decir, conforme con la Constitución, por la Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996. A su vez, la ley 1836 del Tribunal Constitucional, en su artículo 48.4, determina que la parte resolutive en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del asunto, en la forma prevista para cada caso, fijará su dimensionamiento en el tiempo y los efectos de lo resuelto; y el artículo 51 de la misma

¹⁰ Schäfer, Heinz. 1998. "Austria: la relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador" en Aja, Eliseo (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona, Ariel Derecho, pp. 37-38.

ley determina que la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, no permite revisar procesos fenecidos mediante sentencias que tengan la calidad de cosa juzgada, en los que se haya aplicado la ley inconstitucional. Sobre la materia hay diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, así en sentencia C-113/93 declaró que los fallos de la Corte tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.

A su vez, en sentencia C-037/96 la Corte Constitucional colombiana fijó algunos criterios de modulación de los fallos en el tiempo, precisando que “Los efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución –que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc*, esto es, retroactivos– y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*, esto es únicamente hacia el futuro–”. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hay diversas sentencias que han determinado efectos *ex tunc*, así ocurrió con el fallo C-149 de 1993, en que la ley 6 de 1992, había establecido un impuesto retroactivo, el que fue declarado inconstitucional, pero como muchos contribuyentes ya habían cancelado el gravamen, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas. En otros casos, la Corte Constitucional ha declarado la inexequibilidad del decreto con fuerza de ley desde el momento mismo en que se había declarado la inexequibilidad del decreto que había establecido el respectivo Estado de Excepción de Emergencia, como es el caso de la Sentencia C-187 de 1997. Asimismo, en fallo C-619 de 2003, se determinó que el efecto del fallo que resolvió la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 900 de 2003, que había sido dictado por el gobierno en virtud de un Estado de Excepción Constitucional prorrogado declarado inconstitucional por el propio Tribunal en sentencia C-327 de 29 de abril de 2003, tenía el carácter de determinar la pérdida de vigencia del mismo desde el momento de su expedición¹¹.

Dejemos establecido que en el caso chileno, el Tribunal Constitucional solo realiza control preventivo de constitucionalidad respecto de preceptos legales. El problema se suscita respecto de los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno en virtud de una ley delegatoria o habilitante, si los

¹¹ Ver sentencia C- 619 de 2003 en Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano Nº 3, Madrid, Universidad Carlos III. Página <http://77www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCIrevista-03-jur-col5.htm>

decretos con fuerza de ley dictados en virtud de esta última exceden el marco de habilitación o cuando invaden el ámbito del legislador ordinario o del legislador de quórum calificado o vulneran derechos constitucionales. En fallo reciente del Tribunal Constitucional en esta hipótesis, en el que determinó la inconstitucionalidad del Decreto con Fuerza de Ley N° 21, de 2003, del Ministerio de Hacienda, la sentencia determina que el gobierno sobrepasó los límites de la ley delegatoria, resultando en consecuencia inconstitucional por vulnerar los artículos 61, inciso 4, 7 y 60 de la Carta Fundamental, invadiendo el campo que es propio y exclusivo del legislador. Dicha sentencia en su parte resolutive declara la inconstitucionalidad del decreto con fuerza de ley¹², el que se produce con efectos *ex tunc* implícitos, ya que la materia no está regulada en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal.

En el caso de *Ecuador*, el artículo 278 de la Constitución determina que “la declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. *La declaratoria no tendrá efecto retroactivo*, ni respecto de ella habrá recurso alguno” (el subrayado es nuestro). El artículo 22 de la Ley de Control de Constitucionalidad ecuatoriana de 1997, en su artículo 22 precisa que las resoluciones no afectarán las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de inconstitucionalidad. Así, los fallos del Tribunal Constitucional Ecuatoriano tienen efectos anulatorios, siendo de carácter constitutivo con efectos *ex nunc*, desde su publicación no pueden ser invocadas ni aplicadas por juez o autoridad alguna.

El artículo 40 de la Ley N° 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional peruano, en su artículo 40, establece la regla de que los fallos no pueden afectar procesos fenecidos ni pueden revivir normas derogadas por los preceptos legales declarados inconstitucionales; excepcionalmente el artículo 36 de esta ley explicita que cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de las decisiones en el tiempo.

Finalmente, la *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Venezuela*, aplicable a la Sala Constitucional del tribunal Supremo, establece en su artículo 119, que

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional roles 392, 393 y 394, acumulados, de fecha 18 de noviembre de 2003, publicada en el *Diario Oficial* del viernes 21 de noviembre de 2003, pp. 1 a 4.

en el fallo definitivo en que se pronuncia sobre la constitucionalidad de normas o actos impugnados de inconstitucionalidad, una vez examinados los motivos en que se funda la demanda, “determinará, en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo”.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional es variada, solo a manera ejemplar pueden citarse los siguientes fallos.

En sentencia del caso Mollegas Puerta y Mollegas Viamonte, la Sala Constitucional determinó “Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 119 de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se debe determinar los efectos en el tiempo de las decisiones anulatorias de normas. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en tales casos, debe entenderse que produce sus efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado. Así, en reciente sentencia con ocasión de decidir la solicitud de ejecución de un fallo que no había fijado los efectos en el tiempo de una sentencia anulatoria, se indicó:

“Ha sido señalado precedentemente que la sentencia anulatoria extinguió la norma por considerarla viciada, sin limitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los efectos de la anulación en el tiempo, en razón de lo cual, este efecto es *ex tunc*, es decir hacia el pasado; opera desde el momento mismo en que la norma fue dictada. (Sentencia de la Sala política administrativa del 11 de noviembre de 1999, caso Policarpo Rodríguez)”¹³.

A su vez, la misma Sala Constitucional en caso Armando Contreras Díaz, determina:

“En tal sentido, la doctrina patria ha señalado erradamente que es característica exclusiva del control difuso la extensión de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad hacia el pasado, esto es, producir efectos *ab initio* del acto impugnado o con efectos *ex nunc*. En efecto, tal exclusividad en el control difuso carece de fundamento científico, no existe dentro de las características propias del control difuso un elemento que enclave dicha característica a ese control, ya que el control concentrado, si bien tiene efecto constitutivo, se ejerce sobre actos que, precisamente, por gozar de una presunción de legali-

¹³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 450, de fecha 23-05-2000. En Rincón Urdaneta, Iván y otros. 2002. **Doctrina de la Sala Constitucional. Competencias procesales**, Caracas, Ed. Tribunal Supremo de Justicia, p. 142.

dad, producen efectos jurídicos desde sus inicios, los cuales, en razón de la trascendencia de los derechos constitucionales transgredidos más el carácter de los efectos jurídicos que ella pudo haber realizado, algunas veces se hace necesario declarar la nulidad *ab initio* de la Ley impugnada para garantizar el Estado de Derecho.

“Otra no puede ser la consecuencia de la norma contenida en el artículo 119 de la ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que señala la potestad de esta Sala para indicar cuáles serán los efectos que ella le atribuye a su fallo, por lo tanto, siendo que sí existe una normativa legal que le otorga a esta Sala la potestad de atribuirle efectos *ex nunc o ex tunc* a sus fallos, esta Sala desecha el alegato expuesto por la parte opositora de que las sentencias de nulidad deben ser siempre con efectos *ex nunc*”¹⁴.

Puede señalarse así la inexistencia de reglas rígidas sobre los efectos de las sentencias en el tiempo, otorgando o no efectos retroactivos o *pro futuro* a las sentencias, existiendo una tensión permanente entre la supremacía constitucional, la igualdad ante el derecho y la justicia por una parte, y por la otra, la seguridad jurídica y la cosa juzgada. Cada ordenamiento jurídico hace las respectivas opciones, posibilitando algunas modulaciones o excepciones a la regla general. Asimismo, nos parece adecuada la existencia de algunos parámetros objetivos básicos a los cuales deba ceñirse el juez constitucional en la determinación de los efectos de los fallos en el tiempo, con el objeto de dotar de alguna seguridad mínima básica a la ciudadanía, no dejando así a la absoluta discrecionalidad del Tribunal Constitucional la resolución de la materia caso a caso.

6. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EN EL ÁMBITO PERSONAL

✓ En lo referente a los efectos del fallo respecto de las personas, la sentencia de los tribunales constitucionales pueden tener *efectos inter partes*, lo que ocurre en algunos procedimientos incidentales, los cuales otorgan legitimación activa a las partes o al tribunal ordinario, el que debe requerir el pronunciamiento del respectivo tribunal constitucional, en cuyo caso, la regla general es que el fallo determina la inaplicación del precepto legal considerado contrario a la Constitución para el caso concreto, afectando la sentencia solo a las partes

¹⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 819, de fecha 24-04-2002. En Rincón Urdaneta, Iván y otros. 2002. *op. cit.*, p. 143.

que han actuado en el respectivo contencioso; o pueden tener *efectos erga omnes*, si la decisión es vinculante respecto de todos, lo que otorga a la sentencia una fuerza similar a la que detenta el Poder Legislativo, pero de carácter inverso, al eliminar el precepto normativo del ordenamiento jurídico, que es la regla general en el caso de las acciones abstractas de inconstitucionalidad que se concretan cuando el precepto impugnado ya forma parte del ordenamiento jurídico (control represivo o reparador). Este es el efecto de las sentencias de los tribunales constitucionales de Bolivia respecto de las sentencias en recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad¹⁵; Colombia, las sentencias sobre acciones, revisión previa y control automático y obligatorio de constitucionalidad de preceptos legales¹⁶; Ecuador, respecto de las acciones de carácter directo y abstracto¹⁷; Perú, respecto de las acciones abstractas y directas¹⁸; y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela¹⁹.

7. LAS SENTENCIAS ATÍPICAS

La Constitución Política no es solo un conjunto de normas superiores del ordenamiento jurídico, sino que expresa un orden de valores que debe ser realizado por los operadores jurídicos y políticos de ella. A su vez, los enunciados constitucionales por regla general tienen un alto nivel de abstracción y admiten diversos desarrollos alternativos que pueden ser adoptados en base al principio democrático, a través de la posible alternancia en el poder de las fuerzas políticas que se suceden en el tiempo, todo ello por los medios definidos y regulados por la Carta Fundamental. Esta perspectiva de textura abierta de los preceptos constitucionales obliga a una interpretación de ella conforme con sus valores y principios en un sentido unitario y sistemático, buscando asegurar y garantizar al máximo posible, el pluralismo y la libertad del legislador en la configuración legal de la vida social y política²⁰.

¹⁵ Artículo 58 de la Ley del Tribunal Constitucional.

¹⁶ Artículo 47 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley N° 270 de 1996) y 21 del Decreto 2067 de 1991.

¹⁷ Artículo 22 de la Ley de control constitucional de 1997.

¹⁸ Artículo 204 de la Constitución peruana de 1993.

¹⁹ Artículo 336 de la Constitución venezolana de 1999.

²⁰ Sobre la materia, consultar Zagrebelsky, Gustavo. 1995. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid. Ed. Trotta, p. 146. Ver también Dworkin, Ronald. 1984. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, como asimismo, Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales.

A su vez, la interpretación constitucional que siempre realiza la magistratura constitucional debe distinguir entre enunciado normativo o disposición normativa y norma. Los enunciados normativos o preceptos jurídicos, disposiciones o textos normativos, son diferentes de las normas o proposiciones jurídicas que se desprenden, por vía interpretativa de los textos. El texto es el enunciado normativo sobre el cual recae el proceso de interpretación, las normas o proposiciones normativas constituyen el resultado de dicho proceso. Así un enunciado normativo o texto puede tener diversas normas, como asimismo, una norma puede estar contenida en diversos textos, ya que la relación entre enunciado normativo o texto y la norma no tienen necesariamente un carácter unívoco. Esta diferenciación es lo que permite justificar y legitimar algunos tipos de sentencia atípicas, ya que el control de constitucionalidad recae más en las normas que se derivan vía interpretación de los enunciados normativos que de estos últimos. Como ya sostenía Rubio Llorente en la década pasada, "La teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución. Valdría añadir que en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente Estado Constitucional, el problema de la interpretación es también el problema central de la Teoría del Estado e incluso, me atrevería a decir, en alguna medida, de la Teoría del Derecho"²¹.

En el desarrollo de sus funciones la jurisdicción constitucional, en especial, los tribunales constitucionales, es necesario tener presente el principio de "cortesía constitucional" o de "deferencia razonada", que consiste que los órganos del Estado se deben un respeto y cortesía mutuos, respetando sus recíprocos ámbitos competenciales en que cada uno debe tomar decisiones con autonomía. Este tema no es de fácil práctica, ya que a menudo se producen ciertos conflictos entre judicatura ordinaria y constitucional y entre esta última y el parlamento, sobre lo cual existe abundante literatura.

Por otra parte, en el proceso de interpretación constitucional en Cartas Fundamentales estructuradas bajo el principio democrático, los operadores e intérpretes jurídicos de la Constitución deben presumir la buena fe y constitucionalidad de la obra del legislador y demás operadores jurídicos, salvo que de dichos enunciados normativos no sea posible extraer ninguna interpretación que sea conforme con la Carta Fundamental. Este es *el principio constitucional*

²¹ Rubio Llorente, Francisco. 1993. "La interpretación de la Constitución" en **La Forma del Poder**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, p. 605.

de “conservación normativa”, “conservación del derecho” o de “presunción de constitucionalidad de los actos legislativos” que busca evitar la eliminación o desmantelamiento del ordenamiento jurídico de textos que pudieran ser interpretados en algún sentido en conformidad a la Constitución. Este principio junto con preservar el ordenamiento jurídico busca también asegurar y garantizar la mayor certeza y seguridad jurídica para sus destinatarios. La inconstitucionalidad solo debe ser determinada cuando una norma jurídica en ninguna interpretación legítima es conforme a la Constitución.

Los tribunales constitucionales deben defender y asegurar la fuerza normativa de la Constitución, en el desarrollo de sus funciones siempre deben interpretar los enunciados normativos pertinentes, determinando su sentido y alcance respecto de la materia en análisis, pudiendo llegar a soluciones diferentes en función de las diversas circunstancias. Ello ha llevado al 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 daño al ordenamiento jurídico y sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, como asimismo, evitando el vacío normativo²². De esta ponderación de valores y principios constitucionales surgen las sentencias atípicas, sobre las cuales es posible establecer una cierta tipología, la cual no es aún un punto pacífico en la doctrina, como asimismo, no se está exento del riesgo de las dificultades de dicha caracterización. Estas sentencias surgen de las experiencias de los tribunales constitucionales europeos (Alemania, Austria, Italia,

²² Sobre la materia existe una amplia bibliografía, entre la que puede señalarse: López Guerra, Luis. 2000. “Tribunal Constitucional y creación judicial de derecho” en **La justicia constitucional en el Estado democrático**, Valencia, España. Rubio Llorente, Francisco. 1993. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho” en **La Forma del Poder**, Madrid. Pérez Trems. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**, Madrid. Martín de la Vega, Augusto. 2003. **La sentencia constitucional en Italia**, Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Jiménez Campo, Javier. 1997. “Qué hacer con la ley inconstitucional” en **La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley**, Madrid, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales. Saiz Arnaiz. 1999. “Constitutional Jurisdiction in Europe”, en *Maastricht Journal of European and Comparative law*. Zagrebelsky. 1988. **La giustizia costituzionale**. Bologna. Onida y D’Amico. 1998. **Il giudizio di costituzionalità delle leggi**, Torino, Italia. Pegoraro, Lucio. 1987. **La Corte e il Parlamento. Sentenza indirizzo e attività legislativa**, Padova, Italia. Elia. 1988. “Il potere creativo delle Corti Costituzionali” en **La sentenza in Europa**, Padova, pp. 218 a 229. Romboli, R. 1996. “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, en *Revista española de derecho Constitucional*, Madrid, 1996. Modugno, F. 1982. “Corte Costituzionale e potere legislativo” en **Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**, Bologna, Italia.

España) como de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica²³, que otorgan en determinadas situaciones específicas, efectos y alcances especiales a sus sentencias, las cuales están siendo utilizadas también, en la actualidad, por los tribunales constitucionales de Sudamérica.

La justificación doctrinal de las sentencias atípicas tiene por base el principio de conservación de las normas legislativas, que fundamenta la posibilidad de una intervención positiva y no solo negativa del Tribunal Constitucional, posibilitando el salvar de la norma legislativa, otorgando además certeza jurídica y aplicación uniforme del derecho, aplicando principios constitucionales y una interpretación sistemática y finalista. Por otra parte, a los tribunales constitucionales corresponde la tarea de realizar el principio de legitimidad constitucional que exige de los tribunales una cada vez mayor conformidad del sistema normativo a los valores y principios constitucionales, los cuales deben tender a concretar a través de sus funciones jurisdiccionales, especialmente en aquellos ordenamientos como el chileno, donde existe el mandato constitucional imperativo no solo de asegurar sino de promover los derechos fundamentales (artículo 5° inciso 2°), lo que otorga a la jurisdicción constitucional una visión flexible del binomio constitucionalidad-inconstitucionalidad, admitiendo modulaciones, grados y ponderaciones, siendo al Tribunal Constitucional a quien corresponde, con prudencia, elegir en cada caso, dentro de los distintos grados de conformidad del ordenamiento jurídico a la Constitución.

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. 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 se vulneran derechos fundamentales o para evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad a 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

²³ Ver Pegoraro, Lucio. 1998. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, pp. 86-98; Fernández Rodríguez, José Julio. 2002. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, pp 118-133.

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. Lo único que debe evitarse en esta materia es el uso que encubriese el supuesto de una creación “ex novo” de enunciados normativos por el Tribunal Constitucional, lo que en un Estado constitucional democrático corresponde al Parlamento.

Asimismo, la judicatura constitucional no puede dejar de considerar las consecuencias de sus decisiones, lo que explica algunos casos de modulación de las sentencias en el tiempo, como son las sentencias prospectivas, que no expulsan inmediatamente a una norma considerada inconstitucional, otorgando un lapso al operador jurídico respectivo para establecer una norma constitucional, impidiendo así el vacío que provocaría la eliminación del enunciado normativo, el cual puede ser más perjudicial para el orden jurídico y sus destinatarios.

Junto a los aspectos antes desarrollados están los casos en que el legislador u otros operadores jurídicos no cumplen los mandatos específicos exigidos por la Carta Fundamental, lo que constituye en ciertos casos, una inconstitucionalidad por omisión, hipótesis que exige también el pronunciamiento de la respectiva jurisdicción constitucional, materia que abordaremos en el punto 7.6.

7.1. Las sentencias de interpretación conforme a la Constitución

Las sentencias interpretativas o de interpretación conforme a la Constitución se fundan en la distinción realizada por la jurisprudencia italiana entre enunciado normativo o texto normativo y la norma que es aquella que deriva del texto vía interpretación constitucional.

Los Tribunales Constitucionales para atenuar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales, lo que puede producir importantes desajustes del sistema institucional, han desarrollado una modalidad de sentencias denominada de *interpretación conforme* a la Constitución, la que evita declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados, cuando pueden tener en algún sentido una interpretación armonizable con el texto constitucional, descartando todas las demás hipótesis interpretativas como contrarias a la Constitución, señalando así el único sentido en que la norma legal es conforme a la Constitución. Ello es posible gracias a la distin-

ción entre el enunciado normativo y la norma que se deriva de la misma vía de interpretación constitucional. Este tipo de sentencias de interpretación conforme a la Constitución buscan respetar, hasta donde sea posible, el principio de conservación de las normas.

Estas sentencias son declarativas en la medida que el Tribunal Constitucional devela una interpretación de la norma jurídica que existía desde el momento en que se generó el precepto legal, aun cuando no estuviere todavía explicitado. La sentencia rechaza así la inconstitucionalidad de la norma (enunciado normativo), determinando algunas veces en su parte resolutive o dispositiva el razonamiento básico desarrollado con el objeto de que este adquiera también carácter vinculante y *erga omnes*, mientras en otros casos se mantiene dicho razonamiento en la parte motiva.

La doctrina distingue entre sentencias interpretativas estimativas o de acogimiento (*accoglimento*) y sentencia interpretativas desestimativas o de rechazo (*rigetto*)²⁴. 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 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 medalla²⁵.

Este tipo de sentencias son bastante comunes en América del Sur.

La Corte Constitucional colombiana ha hecho uso frecuente de este tipo de sentencias, de las cuales señalaremos algunos casos específicos. En un primer caso, algunos ciudadanos colombianos demandaron los artículos 8 y 16 de la Ley 38 que establecían la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación. Se señalaba que tales normas desconocían los preceptos constitucionales de la Carta Fundamental de 1991 que garantizan el pago oportuno de las pensiones y prohíben a la ley

²⁴ Sobre estas sentencias, puede examinarse Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonio. 2001. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, pp. 191-198; Crisafulli, Vezio. 1984. *Lezioni di diritto Costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Milán, Ed. CEDAM, pp. 396-410.

²⁵ Zagrebelsky, Gustavo. 1988. *La giustizia costituzionale*, Bologna. Ed. Il Mulino, p. 292.

menoscabar los derechos de los trabajadores. La Corte Constitucional acogió la demanda teniendo en consideración que dicha ley comprometía derechos fundamentales de los trabajadores, considerando inconstitucional que el presupuesto sea inembargable frente a créditos laborales, sin embargo el principio de inembargabilidad del presupuesto es también una garantía que es necesario preservar, ya que permite que los recursos financieros del Estado estén destinados a satisfacer los requerimientos indispensables para la realización de la dignidad humana. Así la Corte dicta la sentencia C-545/92 que declara constitucional la inembargabilidad presupuestal, salvo en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones en dinero a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la Nación, caso en el cual este será embargable²⁶.

En un segundo caso, la *Corte Constitucional colombiana* conoció la demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 430 y del artículo 450 del Código sustantivo del Trabajo, los que establecían la prohibición de huelgas en los servicios públicos y la ilegalidad de toda suspensión colectiva de trabajo en los servicios públicos, respectivamente. La Constitución colombiana de 1991, en su artículo 56, garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Así la prohibición e ilegalidad de la huelga en servicios públicos no esenciales era de carácter inconstitucional, siendo constitucional la prohibición de huelga para los servicios públicos esenciales. En este caso, la Corte Constitucional, en sentencia C-473/94 declaró constitucionales los artículos impugnados, “siempre que se trate, conforme al artículo 56 de la Constitución Política, de servicios públicos esenciales definidos por el legislador”²⁷. De esta manera, la sentencia razonablemente salvo la norma legal, permitiendo su mantenimiento en el orden jurídico, en la única interpretación que era conforme a la Constitución. La propia Corte Constitucional colombiana en sentencia C-496/94 ha determinado que si una “disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se

²⁶ Martínez Caballero, Alejandro. 2001. Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana. En **Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas**. Santafé de Bogotá, Ed. Corte Constitucional y otros, pp. 387-389.

²⁷ Martínez Caballero, Alejandro. 2001. *op. cit.*, p. 389.

mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimas constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada con una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuales algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento”²⁸. Las sentencias de interpretación conforme a la Constitución constituyen una práctica arraigada de la Corte Constitucional colombiana como ella misma lo ha reconocido en fallo C-109 de 1995, la cual está arraigada en la tradición jurídica proveniente de la Corte Suprema colombiana, en los casos en que ella controlaba la constitucionalidad de las leyes anteriormente a la creación de la Corte Constitucional, bajo el imperio de la Constitución de 1886.

También el *Tribunal Constitucional chileno* utiliza las sentencias de interpretación conforme a la Constitución, uno de los casos en que se utilizó dicha técnica fue en la sentencia Rol N° 50, referente a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, de fecha 28 de febrero de 1988. La sentencia de interpretación conforme a la Constitución se refiere a los recursos para impugnar las actuaciones ilegales en que incurren las autoridades municipales. Al respecto el Tribunal Constitucional establece: “...de lo expuesto en los considerando precedentes se infiere, que la expresión ‘particular’, que emplean las letras a) y b) del artículo 83 del proyecto remitido, solo excluye a los ‘funcionarios’ del recurso de reclamación, en cuanto a los actos municipales que les afectan o agravan en su calidad de tales, esto es, como consecuencia de la relación estatutaria laboral que los une con los respectivos municipios; pero que no los margina como titulares legítimos para reclamar de la ilegalidad de las resoluciones de otra índole, en los mismos términos y condiciones que las demás personas, tanto, porque en este evento actúan como simples particulares como, porque así lo demuestra, con nitidez, la historia fidedigna del establecimiento de la norma”. “...Así interpretada la expresión ‘particular’ en su verdadero sentido y alcance, el artículo 83 del proyecto remitido no merece reparo constitucional, ya que es lícito que la legislación tienda a uniformar los sistemas de protección jurisdiccional de los derechos que a los funcionarios públicos les confieren sus respectivos estatutos”.

“De esta manera, las personas que tengan la calidad de funcionarios

²⁸ Citada por Martínez Caballero, Alejandro. 2001. *op. cit.*, p. 390.

municipales no sufren menoscabo en el ejercicio de sus derechos ni tampoco se produce desigualdad jurídica alguna, con motivo de la norma contenida en el artículo 83 del proyecto. Ellos, en cuanto a las resoluciones municipales en su calidad de funcionarios, gozarán de los recursos que contemple el llamado Estatuto Administrativo de los empleados municipales a que se refiere el artículo 32 del proyecto y mientras tal cuerpo de leyes se dicte, continuarán afectos a las normas estatutarias actualmente en vigor (artículo 3º transitorio del proyecto). Por su parte, en cuanto a los actos municipales ajenos a la relación estatutaria, dispondrán de los recursos que el artículo 83 en estudio les concede como simples particulares". El Tribunal Constitucional concluye en la sentencia "...se declara constitucional el artículo 83... en el entendido que se expresa en los considerandos 9 al 13..."²⁹.

A su vez, el Tribunal Constitucional chileno en la sentencia sobre "Trasplante de órganos"³⁰, frente a la impugnación del proyecto de ley que regulaba el trasplante de órganos, alguna de sus disposiciones fueron impugnadas por un grupo de senadores al considerar que vulneraban el principio de reserva legal y la igualdad ante la ley. El Tribunal Constitucional en su sentencia determinó que no había afectación del principio de reserva legal, ya que la alusión que hace el cuerpo legal al reglamento en el artículo 11 debe entenderse en el sentido de que este último se limita a ejecutar las regulaciones sustantivas determinadas en la ley.

Así, las sentencias de conformidad con la Constitución o sentencias condicionales como las denominan en Colombia, buscan mantener y conservar la obra legislativa hasta donde ello sea posible, sin eliminarla del ordenamiento jurídico, mientras exista una interpretación de dicha norma que sea compatible con la Constitución. Dichas sentencias nos parece que deben ser respaldadas y no merecen crítica alguna, ya que los tribunales constitucionales en tales casos buscan preservar la obra legislativa, eliminando solo las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan ser consideradas contrarias al orden jurídico. Solo cuando una norma no tiene ninguna interpretación conforme a la Constitución corresponde al Tribunal Constitucional respectivo expulsar la obra del legislador del ordenamiento jurídico.

²⁹ Citado por Zapata L., Patricio. 1994. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago, Corporación Tiempo 2000, p. 30.

³⁰ Sentencia Rol N° 220, de fecha 13 de agosto de 1995.

7.2. Las sentencias aditivas

En este tipo de sentencias existe una decisión de estimación parcial que, luego de declarar inconstitucional una norma construida mediante interpretación, llega a crear una norma, por vía de sustitución o adición, con un significado opuesto a la norma declarada inconstitucional. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios. Estas sentencias se utilizan solo cuando la solución alcanzada deriva necesariamente del juicio de constitucionalidad, no siendo admisible cuando existen diversas alternativas de solución posible, donde corresponde al legislador adoptar la solución que considere más adecuada.

Este tipo de sentencias constituye la muestra más clara del activismo judicial de los tribunales constitucionales, lo que supera su concepción tradicional de órganos que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurídico y no de creador de ellas. Este tipo de sentencias son constitutivas, en la medida que ellas innovan en el ordenamiento jurídico.

Las sentencias aditivas adoptan dos modalidades.

A través de la primera, la omisión implicaba solo una laguna, la que es cubierta por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional.

A través de la segunda modalidad, el Tribunal considera que una omisión derivada de la norma significa exclusión, por lo que la eliminación de la omisión implica incluir a aquellos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente con dicho precepto (*sentencias integradoras*).

Algunos ejemplos de estas sentencias que ante omisiones normativas cubren la laguna son las siguientes:

Por otra parte, el *Tribunal Constitucional peruano*, en sentencia de 1 de diciembre de 2003, ha precisado que “*los silencios constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efecto de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las normas reglas previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las normas principio contenidas en la propia Norma Fundamental*”. Así sostiene que “*el hecho de que el artículo 99 de la Constitución no precise cuál es el número de votos congresales necesarios*

para acusar constitucionalmente a los funcionarios públicos enumerados en la disposición, no implica que la regulación legal de la acusación constitucional pueda expedirse al margen del principio de razonabilidad, expresamente previsto en el artículo 200º de la Constitución y proyectado hacia todo el ordenamiento jurídico”.

El Tribunal Constitucional peruano considera que “el inciso j), del artículo 89, vulnera el principio de razonabilidad, puesto que, a diferencia del procedimiento aplicable al levantamiento de la inmunidad parlamentaria, regulado en el artículo 16 del Reglamento del Congreso, no establece el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional a que da lugar el antejuicio político, no obstante que, en lo que atañe al levantamiento del privilegio de los funcionarios estatales, tiene un objeto sustancialmente análogo”. Así, continúa el Tribunal, “la omisión en que incurre el inciso j) del artículo 89 del reglamento Parlamentario (haber dejado de prever el requisito de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso para levantar la prerrogativa funcional que supone el derecho a un antejuicio político) resulta atentatoria del principio de razonabilidad y, en tal medida, inconstitucional. Siendo así, este Colegiado estima que la disposición puede adecuarse al parámetro de control constitucional, a través de una sentencia interpretativa ‘integrativa’”. El Tribunal Constitucional determina “que debe interpretarse que el número mínimo de votos necesarios para aprobar una acusación constitucional por la presunta comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones contra los funcionarios enumerados en el artículo 99º de la Constitución, es aquel al que se refiere el último párrafo del artículo 16 del Reglamento del Congreso, es decir, la mitad más uno de su número legal de miembros. Tal es la interpretación que debe darse al inciso j) del artículo 89º del reglamento del Congreso, a fin de evitar aplicaciones irrazonables”³¹.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en el caso Central Cafetalero Valle Verde C.A. se enfrentó al problema de que ni la Constitución ni la ley determinaban sobre el ejercicio de la jurisdicción concentrada de constitucionalidad en materia contencioso administrativa, para el control de ordenanzas y actos de los consejos legislativos dictados en ejecu-

³¹ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional peruano. Expediente N° 0006-2003-AI/TC, de 1 de diciembre de 2003. Foro Constitucional Iberoamericano, Revista Electrónica N° 4, <http://www.uc3m/inst/MGP/JCI/revista-04jur-per2.htm>. Consultada el 28 de febrero de 2004.

ción mediata e indirecta de la Constitución, debiendo resolver la situación ante el silencio del ordenamiento jurídico venezolano, determinando al efecto:

“Fundado en la propia Constitución y en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ante el silencio de la ley sobre ese otro sector objeto de control concentrado, la sala ha atribuido la competencia a la Sala Político administrativa de este Tribunal Supremo de justicia, para conocer de las acciones de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercidas contra ordenanzas municipales, en sentencias como las dictadas el 11 y 12 de diciembre de 2001, recaídas en los casos Ducharme de Venezuela, C.A., contra la Ordenanza de impuesto sobre patente de industria y Comercio del Municipio Simón Rodríguez del Estado Anzoátegui, y Compañía Occidental de Hidrocarburos Inc. vs Ordenanza sobre el régimen de Contingencia al cual deberán someterse los contribuyentes que se le determinen impuestos complementarios por Reparos fiscales, respectivamente”³².

Ejemplos de sentencias aditivas integradoras que eliminan normas discriminatorias e incluyen a los marginados o excluidos, son las siguientes:

La *Corte Constitucional colombiana* tuvo que estudiar las disposiciones normativas de una ley tributaria que imponía draconianas sanciones económicas a quienes no presentaran las declaraciones de renta en los lugares y momentos determinados por la administración tributaria. La parte demandante consideró que la norma imponía una responsabilidad objetiva que impedía al contribuyente demostrar que la omisión de tal obligación tributaria se producía por una fuerza mayor o un caso fortuito. La Corte Constitucional, en sentencia C-690 de 1996, acogió el criterio de la demandante, considerando que es contrario a la Constitución, y en especial a los principios de responsabilidad subjetiva, equidad tributaria e igualdad, que se sancione a una persona que ha estado imposibilitada de presentar la declaración de renta, declarando la constitucionalidad de las disposiciones normativas acusadas, pero en el entendido que las autoridades administrativas y judiciales deben “permitir a la persona demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria no le es imputable, por ser consecuencia de hechos ajenos a la voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor”³³.

³² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 254, de fecha 14-02-2002. En Rincón Urdaneta, Iván y otros. 2002. **Doctrina de la Sala Constitucional. Competencias procesales**. Caracas, Ed. Tribunal Supremo de Justicia, pp. 125-126.

³³ Martínez Caballero, Alejandro. 2001. *op. cit.*, p. 399.

El Tribunal Constitucional de Bolivia en Sentencia N° 0062 de 3 de julio de 2003, a instancia de la Defensoría del Pueblo, dicta una sentencia que impugna algunas normas del Código de Seguridad Social, por establecer diferencias arbitrarias en razón del sexo, dictando una sentencia aditiva integradora, la que reproducimos en la parte correspondiente:

“En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, es decir que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable ni proporcional”.

“Este principio está consagrado en el artículo 6, primer párrafo CPE cuando expresa que: Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera”.

“III”. En coherencia con este principio jurídico, cabe analizar el art.14 CSS, que en su parte general señala que: ‘en el caso de enfermedad, reconocida por los servicios médicos de la Caja, el asegurado y los beneficiarios tienen derecho a las prestaciones en especie que dichos servicios consideren indispensables para la curación....’

“Sin embargo, al momento de reconocer a los beneficiarios del trabajador (utilizado como término genérico porque también se refiere a la trabajadora, hace una distinción al señalar en su inc. a), que se tendrá como tales a ‘La esposa, o la conviviente inscrita en los registros de la Caja o el esposo inválido reconocido por los servicios médicos de la misma’ y en su inciso c), al ‘padre inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja’ y a la madre, siempre que no dispongan de rentas personales para la subsistencia”.

“Esta normativa desconoce el primer párrafo del artículo 6° CPE que consagra el derecho a la igualdad, por cuanto el legislador establece una desigualdad de trato para los cónyuges beneficiarios en razón de su sexo, determinando un trato preferencial respecto a la mujer, pues solo le exige su inscripción en los registros de la caja, mientras que al esposo le exige su declaración de invalidez por la propia Caja, no existiendo para ello ninguna justificación legal ni razonable y menos proporcional, pues la finalidad última es proteger la salud y la vida del cónyuge beneficiario y para ello, sea varón o mujer, tiene que exigírsele los mismos requisitos para ser atendido en la Caja, lo contrario

implica una actitud discriminatoria en razón del sexo, prohibida por el primer párrafo del art. 6° CPE, al margen que desconoce también la igualdad de los derechos y las obligaciones de los cónyuges emergentes del matrimonio establecida por el art. 194 CPE.

“El anterior razonamiento también debe ser aplicado en el caso del inciso c), que reconoce como beneficiarios al ‘padre inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja’ y a la madre, siempre que no dispongan de rentas personales para la subsistencia”.

(.....)

“En consecuencia, al contradecir los incs. A) y C) del art. 14 CSS al texto constitucional, es menester declarar su inconstitucionalidad en la parte correspondiente y dar curso a lo solicitado a través del presente recurso.

POR TANTO

“El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los artículos 120.1 CPE, 7.1) y 54 y siguientes LTC, declara INCONSTITUCIONAL la frase contenida en el art. 14 CSS, incs a) y c): “inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja”, quedando, consiguientemente, ambos incisos, con el consiguiente texto:

- a) La esposa, o la conviviente inscrita en los registros de la Caja, o el esposo.
- b) *El padre y la madre, siempre que no dispongan de rentas personales para su subsistencia*³⁴.

Las sentencias aditivas integradoras operan usualmente cuando hay una omisión relativa de carácter inconstitucional por violación del principio de igualdad o no discriminación arbitraria, lo que obliga a realizar dos operaciones jurídicas, la primera, consistente en eliminar la norma del texto que excluye arbitrariamente a cierto grupo de personas de determinada regulación jurídica, para luego, en una operación de reconstrucción, posibilitar incluir en la hipótesis normativa al grupo arbitrariamente excluido, extendiendo a este los beneficios de la norma, restableciendo el principio de igualdad. Sin embargo, como lo demuestra la experiencia colombiana, tales sentencias pueden provenir de otras omisiones legislativas, distintas a la infracción de la igualdad y no

³⁴ Ver Revista Foro Constitucional Iberoamericano. Revista electrónica N° 3. <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-04jur-bol.htm>

discriminación, cuando el legislador al regular un procedimiento o crear una sanción, excluye aspectos cuya omisión genera una regulación de carácter inconstitucional.

En estas sentencias para precisar su uso legítimo es atender al análisis de la “solución aditiva”, en el sentido de si ella es aquella constitucionalmente obligatoria, como asimismo será ilegítima si existen diversas soluciones aditivas posibles o si no hay posibilidad para el Tribunal Constitucional de reconstruir el tejido normativo mediante la sentencia, sin excederse de sus funciones, invadiendo el campo discrecional del legislador.

La mayor crítica que se realiza respecto de este tipo de sentencias es el impacto económico o financiero que producen respecto del ente prestador de un servicio o del Estado.

7.3. Las sentencias sustitutivas

Las sentencias sustitutivas se desarrollaron en Italia, ellas hacen referencia a los casos en que la Corte Constitucional expulsa del ordenamiento jurídico una disposición normativa por considerarla inconstitucional, sustituyendo el vacío normativo por una regulación de carácter específico que tiene apoyo constitucional directo. Ruggeri y Spadaro sostienen que constituye la mayor y extrema manifestación del poder decisonal de la Corte Constitucional³⁵.

En América del Sur ha hecho uso de este tipo de sentencias, entre otras, la Corte Constitucional de Colombia, la cual en sentencia C-113 de 1993, estudiando el estatuto que regula los juicios ante la propia Corte Constitucional, declaró inconstitucional la disposición que precisaba taxativamente los casos donde la Corte podía otorgar efecto retroactivo a sus fallos. La Corte Constitucional, en la sentencia citada, fuera de declarar inconstitucional el artículo referido, ya que los efectos de los fallos del Tribunal no podían ser regulados por ley, siendo una competencia propia de la Constitución o, en su defecto, de la propia Corte Constitucional, determinando, además que, conforme a la Constitución, correspondía a la propia Corte Constitucional determinar libremente los efectos de sus fallos³⁶.

³⁵ Ruggeri, Antonio Spadaro, Antonio. 2001. *Linamenti di Giustizia Costituzionale*. Segunda edición. Torino (Turín), G. Giappichelli Editore, p. 207.

³⁶ Martínez Caballero, Alejandro. 2001. *op. cit.*, p. 400.

Las sentencias sustitutivas en la práctica colman un vacío normativo con una regla específica que se deduce necesaria, directa y obligatoriamente de la Constitución.

7.4. Las sentencias exhortativas

Estos fallos van desde un simple consejo al legislador hasta fórmulas más coactivas, que llaman al legislador a regular una materia establecida en la Constitución.

Bajo esta denominación puede agruparse un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, de no hacerlo así el legislador, podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva.

Estas sentencias limitan la libertad de configuración del orden jurídico que desarrolla el legislador, ya que advierten la existencia de una situación jurídica que no es aún de inconstitucionalidad si actúa diligentemente el legislador para cubrir el eventual estado de inconstitucionalidad o para superar la situación producida por el desarrollo o evolución científico o técnico, que exige una adecuación a la nueva realidad.

Estas sentencias en algunos casos llevan aparejadas lo que la doctrina denomina bloqueo de aplicación, consistente en que la norma es inaplicable a los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regula las respectivas situaciones.

La jurisprudencia inicial en la materia es de la *Corte Constitucional de Karlsruhe*, la cual determinó que todas las disposiciones legales contrarias al principio de igualdad entre hombres y mujeres fuesen modificadas hasta el 31 de marzo de 1953, al no haber concretado el legislador las modificaciones requeridas, la Corte declaró que todas las leyes incompatibles con el principio de igualdad de hombres y mujeres dejaban de ser aplicables³⁷.

³⁷ Citada por Bazán, Víctor. 1996, p. 196, nota 37.

Hay diversos ejemplos de sentencias exhortativas de los tribunales constitucionales sudamericanos.

El Tribunal Constitucional chileno, ya en sentencia de 5 de abril de 1988, al analizar en control preventivo de constitucionalidad, la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, constató la existencia de importantes vacíos en dicha normativa legal. Al efecto, el tribunal constitucional señaló: “*algunos puntos específicos de ellas no aparecen suficientemente regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí aconseja hacerlos presente, con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, en conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental*”. El Tribunal Constitucional en su fallo determinó: “*Se hace presente a la H. Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia*”³⁸.

También el *Tribunal Constitucional chileno* realiza una exhortación al legislador en el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, referente al método de escrutinio para elegir los consejeros regionales, determinando en la sentencia “...el Tribunal considera constitucional la disposición citada pero observa y previene la conveniencia de establecer la forma de dilucidar o dirimir los empates que en cantidad de votos de dos o más candidatos puedan producirse en el supuesto que contempla la norma”³⁹.

El *Tribunal Constitucional peruano*, en sentencia de 1 de diciembre de 2003 en expediente N° 0006-2003-AI/TC, de 1 de diciembre de 2003, exhorta al Congreso de la República a realizar una reforma constitucional, en cuanto considera que el artículo 100 de la Constitución interfiere con la independencia y autonomía de los poderes públicos. La sentencia establece lo siguiente: “*este Tribunal considera que no existen criterios razonables que permitan concluir que la prerrogativa de antejuicio debe dar lugar a algún grado de interferencia con la independencia y autonomía de los poderes públicos encargados, por antonomasia, de la persecución e investigación del delito. Por ello, este Colegiado observa con preocupación lo expuesto en el tercer y quinto párrafo del*

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 53, de fecha 5 de abril de 1988.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 155, de fecha 3 de noviembre de 1992.

artículo 100° de la Constitución. El primer párrafo establece: 'En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente'. Por su parte, el tercero prevé: 'Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso'.

“El Tribunal Constitucional considera que las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento que la Constitución le ha conferido en su artículo 159°; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139°), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso”.

“Por lo expuesto, El Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a realizar la reforma constitucional correspondiente”⁴⁰.

En la misma sentencia, el *Tribunal Constitucional peruano* realiza una segunda exhortación al Congreso: “22. *El Tribunal Constitucional advierte que aún no se ha previsto en el ordenamiento la votación necesaria para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, en los casos de juicios políticos. Dicha omisión ni siquiera se encuentra prevista en el ordenamiento para los casos sustancialmente análogos, razón por la cual, en este caso, no cabe recurrir a una sentencia integrativa.*

“23. Esta omisión, desde luego, puede desencadenar aplicaciones irrazonables de las sanciones previstas en el artículo 100°. En este sentido, este Colegiado exhorta al Congreso de la república a estipular en su Reglamento la votación necesaria para aprobar una acusación constitucional por infracción de

⁴⁰ Ver Sentencia aludida, considerando 17. Revista Foro Constitucional Iberoamericano. Revista electrónica N° 4. <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-04jur-per2.htm>

la Constitución (causas políticas), así como aquella necesaria para la aplicación de las referidas sanciones”.

“Para ello deberá tener en cuenta que los artículos 157° y 161° de la Constitución establecen que para la remoción de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Defensor del Pueblo se requiere el voto conforme de los 273 del número legal de miembros del Congreso. Siendo así, a efectos de evitar incongruencias que puedan desprenderse del propio orden constitucional, es necesario que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no sea menor a los 2/3 del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente”.

En esta sentencia exhortativa el Tribunal Constitucional peruano junto con exhortar al Congreso peruano a modificar la Constitución, le fija los principios sobre los cuales debe realizarse la reforma constitucional.

Nos parecen legítimas las sentencias exhortativas de los tribunales constitucionales en la medida que advierten al legislador deficiencias graves del ordenamiento jurídico que deben ser corregidas bajo riesgo inminente de encontrarse al margen de la Constitución, dando al legislador la oportunidad de corregir omisiones, vicios, vacíos normativos, posibilitando que el legislador cumpla su función constitucional hasta ahora deficientemente desarrollada, todo ello dentro del marco constitucional.

7.5. Las sentencias prospectivas

Estas sentencias modulan sus efectos en el tiempo, buscando la solución considerada más justa, determinando la sentencia la fecha desde la que ella producirá efectos, posibilitando al legislador actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución, así los efectos de la sentencia no son *ex nunc* sino *pro futuro*, evitando los efectos más perniciosos que podría producir la eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico. Esta perspectiva ha sido desarrollada por la Corte Constitucional de Alemania y seguida por diversos otros tribunales constitucionales, entre ellos, la Corte Constitucional colombiana.

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-221 de 1997 justificó las sentencias prospectivas señalando que “la aparente paradoja de que la Cor-

te constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales”⁴¹.

Dichas sentencias responden al temor de los tribunales constitucionales de crear a través de la sentencia estimativa de inconstitucionalidad un grave vacío normativo, junto a la realidad de no poder emitir una sentencia aditiva ya que no existe una única regla que puede deducirse de la Constitución, por lo que la solución de la materia queda entregada a la función legislativa, la que tiene el deber de optar por una de las soluciones alternativas posibles.

Estas sentencias constitucionales evalúan los perjuicios mayores que puede producir la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad con efectos inmediatos, la cual puede producir un mal mayor que el que se busca evitar, de esta manera se otorga un plazo razonable al legislador para que desarrolle su tarea de configurar el ordenamiento jurídico en conformidad con la Constitución, superando los vicios actualmente existentes, dando así plena fuerza normativa a la Constitución.

7.6. Las sentencias sobre omisiones legislativas

Como ya hemos visto, solo en Venezuela, dentro de los países con tribunales constitucionales de América del Sur, contempla expresamente en la Carta Fundamental el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, teniendo como antecedentes el Tribunal Constitucional de Portugal (art. 283 de la Constitución) y el control de omisiones legislativas en Brasil (art. 103 N° 2 de la Constitución), lo que no significa que los tribunales constitucionales de la región no realicen este tipo de control.

Brevemente, pasaremos revista al concepto de *omisión legislativa* inconstitucional, señalado por diversos autores. *Gomes Canotilho* estima que las omisiones inconstitucionales derivan del no cumplimiento de imposiciones constitucionales legislativas que, de manera permanente y concreta, vinculan al legislador a adoptar las medidas legislativas concretizadoras de la Constitución. En un sentido similar, *Fernández Segado* señala que la omisión legislativa inconstitucional es “el incumplimiento de mandatos constitucionales perma-

⁴¹ Martínez Caballero, Alejandro. 2001. *op. cit.*, p. 406.

nentes y concretos”⁴². Néstor Pedro Sagüés señala que la inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional. Ese encargo constitucional puede ser expreso o tácito⁴³. A su vez, Fernández Rodríguez entiende por omisión legislativa inconstitucional, 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”⁴⁴.

La inconstitucionalidad por omisión tiene dos variantes básicas: la *inconstitucionalidad por retardo* y la *inconstitucionalidad por negación*.

La *inconstitucionalidad por retardo o mora*, resulta de la inercia de la autoridad para establecer la norma legal o general respectiva. El caso más conocido y frecuente es el retardo del legislador para dictar las leyes de desarrollo constitucional para organizar y regular poderes públicos u órganos constitucionales o para desarrollar y regular cláusulas que no tienen carácter autoejecutivas de la Carta Fundamental.

La *inconstitucionalidad por negación o por omisión relativa*, existe cuando el órgano estatal no efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo, cuando el legislador sanciona la ley, pero lo hace incorrectamente, no regulando algunas hipótesis que debe regular o dejando lagunas en la legislación, excluyendo a un grupo del ejercicio de un derecho o negándole arbitrariamente la protección de sus intereses.

En el ámbito de los derechos fundamentales puede sostenerse que hay inconstitucionalidad por omisión del legislador cuando la concreción legislativa es condición imprescindible para el desarrollo y ejercicio del derecho asegurado constitucionalmente y cuya omisión de parte del legislador daña su contenido esencial. El legislador no puede con su inactividad más allá de plazos razonables negar el ejercicio de derechos fundamentales asegurados constitucionalmente, porque de él no depende su existencia, la no regulación

⁴² Fernández Segado, Francisco. 1997. “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?” en *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Ed. Temis, pp. 14 y siguientes.

⁴³ Sagüés, Néstor Pedro. 2002. “Instrumentos de la justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión” en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coord.) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 605.

⁴⁴ Fernández Rodríguez, José Julio. 1998. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid Civitas, pp. 81 y siguientes.

oportuna de los derechos fundamentales en su contenido esencial es equivalente a la negación del ejercicio del derecho.

Concordamos con Aguiar de Luque, quien precisa: “si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional es controlar la regularidad constitucional del actuar de los poderes públicos, y de modo específico del legislador, tan inconstitucional es una actuación positiva del legislador vulneradora del orden constitucional, como la no aplicación cuando constitucionalmente está previsto”⁴⁵.

En las últimas décadas, la Corte Constitucional colombiana ha sido uno de los tribunales constitucionales de América del Sur más activos en materia de determinación de omisiones legislativas inconstitucionales. Ya en sentencia de 1996, la Corte Constitucional consideraba omisión legislativa “todo incumplimiento por parte del legislador de un deber de acción expresamente señalado por el constituyente”⁴⁶.

Estas omisiones legislativas inconstitucionales pueden ser absolutas o relativas⁴⁷.

Como ha señalado Jorge Miranda, en Alemania, Austria e Italia, pese a no existir norma constitucional expresa, los respectivos tribunales constitucionales, a través de la vía de interpretación e integración constitucional, han superado las omisiones legislativas inconstitucionales⁴⁸.

La jurisprudencia inicial sobre la materia es desarrollada por la Corte Constitucional alemana, ya en sentencia de fecha 29 de enero de 1969, la Corte determinó que el párrafo 5 del artículo 6° de la Ley Fundamental preceptuaba que la legislación debía asegurar a los hijos naturales las mismas condiciones que a los hijos legítimos, en lo que se refiere a su desarrollo físico y moral y a su situación social. Transcurridos veinte años de la vigencia de la Constitución sin que la legislación asegurase aquella igualdad, la Corte Constitucional decidió, en un caso concreto sometido a su conocimiento, que la normativa consti-

⁴⁵ Citado por Rebato Peño, María Elena. 2000. “Inconstitucionalidad por omisión y libertad informativa” en Espín Templado, Eduardo y Díaz Revorio, F. Javier. **La justicia constitucional en el Estado Democrático**, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, p. 121.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de octubre de 1996, C-543/96, demanda de inconstitucionalidad por la omisión del legislador de reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución.

⁴⁷ Bazán, Víctor. 1996. “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva” en Bazán, Víctor (Coord.), **Desafíos del control de constitucionalidad**, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, p. 196.

⁴⁸ Miranda Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, pp. 511-512.

tucional era directamente aplicable, con fuerza derogatoria de las disposiciones contrarias previstas en leyes ordinarias⁴⁹.

El Tribunal Constitucional italiano ha emitido diversas sentencias por omisiones inconstitucionales, entre ellas a manera de ejemplo puede citarse aquella que determinó la inconstitucionalidad de la primera parte del artículo 149 del Código de Procedimiento Penal, por no prever la designación de un abogado de oficio para el interesado ni la intimación a dicho letrado para que comparezca y participe de la discusión. Estas sentencias pueden constituir sentencias aditivas cuando se constata la ilegitimidad de la previsión omitida de lo que debió ser previsto por el legislador⁵⁰.

En Portugal y Francia, los tribunales constitucionales declaran inconstitucionales los enunciados normativos de nuevas leyes que han dejado sin efecto otras leyes anteriores, sin establecer garantías equivalentes para el ejercicio de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia ha distinguido entre omisiones absolutas y relativas. La Corte ha determinado que las *omisiones absolutas* consisten en el total incumplimiento del deber constitucional de legislar, generando una ausencia de normatividad legal. Es el caso por ejemplo de la Sentencia de la Corte Constitucional que constató la omisión del legislador en la expedición de una regulación sistemática de la huelga en los servicios públicos esenciales, declarando la existencia de una omisión legislativa inconstitucional absoluta⁵¹.

Las omisiones relativas consisten en una regulación deficiente, incompleta o imperfecta, al no prever todos los supuestos que debían ser regulados para su conformidad con la Constitución Política. Estos supuestos ocurren generalmente cuando una norma incompleta es discriminatoria por violación del principio de igualdad. Sobre esta materia hay diversas sentencias colombianas, analizadas por Mónica Liliana Ibagón⁵².

⁴⁹ Citado por Bazán, Víctor. 1996, p. 196, nota 37.

⁵⁰ Ver Crisafulli, Vezio. 1984. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Volumen II, 5ª edición, Padua, CEDAM, p. 407.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 27 de octubre de 1994, C-473/94, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 416, 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁵² Ibagón, Mónica Liliana. 2002. "Control jurisdiccional de omisiones legislativas en Colombia" en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coord.) *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, pp. 311 y siguientes.

Así, la Corte Constitucional colombiana consideró que el artículo 140 del Código Civil, al omitir la posibilidad que el varón pudiera convalidar el vicio del consentimiento del matrimonio por rapto había producido una desigualdad injustificada entre el varón y la mujer que se encontraban frente a la misma hipótesis de hecho⁵³.

En otro fallo anterior, la Corte Constitucional colombiana determinó que una norma que establecía una prerrogativa para los hijos de oficiales, suboficiales y personal civil de la policía podían prolongar la sustitución pensional para los hijos hasta los 24 años, beneficio que no tenían los hijos de los agentes de la Institución. La Corte Constitucional falló que la diferencia de trato establecida por tales normas era contraria al principio de igualdad, ya que no había ninguna razón que justificara el trato desigual de los agentes respecto de los oficiales, suboficiales y personal civil de la policía⁵⁴.

Existen asimismo, omisiones legislativas inconstitucionales cuando la ley, al crear una institución o regular un procedimiento, omite un aspecto indispensable para ajustarse a la Constitución, o cuando al omitirse regulaciones se impide el correcto funcionamiento de un órgano o ente de carácter constitucional.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Los 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 en diversos ámbitos de la realidad de la sociedad, lo que exige al Tribunal Constitucional extremar los cuidados de sus decisiones, con suficiente sentido de prudencia para evitar la adopción de decisiones arriesgadas y respetando la distribución de potestades establecidas por la Constitución. El juicio sobre este tipo de sentencias debe realizarse sobre cada caso en particular, sin perjuicio de reconocer su aporte positivo a la búsqueda de las soluciones jurisdiccionales más adecuadas y justas para cada situación específica.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de fecha 17 de enero de 2001, C-007/01, demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 6 del artículo 140 del Código Civil.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de fecha 17 de febrero de 1999, C- 080/99, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 174 del Decreto 1212 de 1990, artículo 131 del Decreto 1213 de 1990 y artículo 125 del Decreto 1214 de 1990.

Esta misma realidad, reafirma la necesidad de que el juez constitucional tenga una adecuada formación de derecho público y constitucional, una sólida formación en interpretación constitucional, un conocimiento preciso de sus funciones y atribuciones, cualidades de prudencia y justicia, además de una dosis de suficiente experiencia jurídica. Ello demuestra asimismo que el juez constitucional integra un órgano jurisdiccional cuyas decisiones tienen importantes consecuencias jurídicas y políticas, por lo cual requiere de una suficiente dosis de legitimidad democrática indirecta.

Por último, nos parece que los tribunales constitucionales en sus decisiones tienen como único límite el carácter jurídico de sus decisiones e interpretaciones, todas ellas razonadas y sostenidas por los valores, principios y reglas constitucionales, desarrollándolos y dándoles vida jurídica efectiva. La nueva realidad de los tribunales constitucionales como órganos que superan la visión tradicional del legislador negativo propuesto por Kelsen, hace necesario estructurar una mayor colaboración entre tribunales constitucionales y órganos colegisladores mediante el establecimiento de instancias de diálogo periódico institucionalizado, consultas, como asimismo, mediante el establecimiento de informes anuales de las cortes constitucionales al Gobierno y al Congreso, como ya existen en algunos países.