LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Guatemala, 22 a 27 de noviembre de 1999

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Argentina



"III Conferencia de Justicia Constitucional

de Iberoamérica, Portugal y España"

"DECLARACIÓN DE NULIDAD DE

NORMAS INCORPORADAS EN UNA

REFORMA CONSTITUCIONAL"

Ponencia del doctor Julio S. Nazareno,

Presidente de la Corte Suprema de Justicia
República Argentina

El 19 de agosto del corriente año la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró la nulidad del artículo 99, inciso 4°, párrafo 3° y la cláusula transitoria undécima de la Constitución Nacional, normas que habían sido incorporadas tras la reforma constitucional de 1994.

Era la primera vez que el Tribunal, en ciento treinta y tres años de continuo funcionamiento, adoptaba una decisión de esta naturaleza. Mediante ella se amplió el objeto del control de constitucionalidad, admitiendo la declaración de invalidez de las normas dictadas por una Convención Reformadora de la Constitución cuando exceden la competencia material para la cual dicho órgano, que tiene a su cargo el ejercicio del poder constituyente derivado, fue convocado.

Si bien es cierto que los jueces deben hablar por sus sentencias, entiendo que una conferencia en la que se reúnen magistrados que tienen a su cargo el ejercicio de la jurisdicción constitucional, es el marco más apropiado para profundizar algunos aspectos del régimen constitucional argentino, tales como los relativos al procedimiento de reforma de la constitución, el control de constitucionalidad de las normas y, en especial, los distintos factores que influyen sobre el ánimo de un juez que –junto a otros colegas- debe adoptar una decisión como la que he mencionado.

1) La Reforma de la Constitución Argentina.

Sabido es que toda Constitución rígida debe regular, entre otras cosas, el procedimiento que habrá de seguirse para reformarla. La Constitución Argentina no escapó a esa regla, pero lo hizo solamente con las cuarenta y seis palabras del lacónico artículo 30.

Tan breve es dicha norma que no resisto la tentación de citarla textualmente en esta ponencia. Dice el artículo 30:

"La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto."

Parafraseando a Winston Churchill podría decirse: "Nunca una cuestión tan importante fue regida con tan pocas palabras", pero esa es la norma constitucional expresa que rige a nuestro procedimiento de reforma.

Tres reformas en el siglo pasado y otras tres –aunque una de ellas dejada sin efecto y otra convocada por un gobierno de facto- en el presente no sólo introdujeron cambios a la constitución de 1853 –propósito para el que fueron realizadas- sino que, sin percibirlo, fueron elaborando un cuerpo de normas consuetudinarias, que complementaron –como costumbres *praeter legem*- al breve texto que la Constitución destinó para regular su procedimiento de reforma.

No sin pocas discusiones, más políticas que jurídicas, y con algunos matices particulares –según la reforma de que se trate- las normas consuetudinarias que terminaron por imponerse fueron las siguientes:

1) La declaración de la necesidad de reforma constitucional la efectúa el Congreso mediante el dictado de una ley;

2) Para aprobar esa ley –como sucede con todas las leyes- sesionan el Senado y la Cámara de Diputados por separado,

3) La mayoría de dos tercios para declarar la necesidad de la reforma de la Constitución debe calcularse tomando como base a la totalidad de los integrantes de cada cámara.

4) El Congreso debe determinar cuáles son las normas de la Constitución que es necesario reformar, porque de esa manera limita la competencia material de la Convención Reformadora.

5) Las normas que rigen la elección de los convencionales son las mismas que se utilizan para la elección de los diputados nacionales.

6) Los convencionales gozan de los mismos privilegios e inmunidades que amparan a los legisladores.

Ese conjunto de normas, integrado por el artículo 30 de la Constitución Nacional y las reglas consuetudinarias que he mencionado, son las que rigen el procedimiento de reforma de la Constitución Argentina.

Como es natural en toda república el titular del poder constituyente es el pueblo argentino. La soberanía del pueblo fue uno de los principios que sustentaron el inicio del proceso de emancipación de la Argentina en 1810. Los constituyentes de 1853 se presentan en el Preámbulo de la Constitución como ***"los representantes del pueblo de la Nación Argentina"*** y en su nombre ordenaron, decretaron y establecieron la Constitución Argentina. La soberanía del pueblo está implícita en la forma republicana que, según el artículo 1° de la Constitución, la Nación Argentina adoptó para su gobierno y es uno de los principios de los que nacen los derechos y garantías no enumerados a los que hace referencia el art. 33.

Este es un dato de fundamental importancia porque la democracia –en la que el pueblo es el soberano- ha sido el principio legitimador que dio origen a la Constitución Argentina y, en consecuencia, es el principio que legitima también a su reforma y a su interpretación.

2) La Reforma Constitucional de 1994.

Desde que fue restablecido el orden constitucional en 1983 hubo iniciativas –más o menos serias- que propiciaban la reforma de la Constitución. Acontecimientos de diversa índole impidieron que alguna de estas iniciativas prosperase hasta 1993. Superando recelos recíprocos, en noviembre de ese año el Presidente de la Nación y su predecesor, ambos líderes de los partidos políticos con mayor caudal de votos, se reunieron y establecieron las bases para impulsar un proceso de reforma de la Constitución.

La reforma constitucional de 1994 se ponía en marcha. Nacida a partir de un acuerdo de dos dirigentes rápidamente se proyectó hacia los respectivos partidos que no tardaron en asimilar la propuesta y manifestar orgánicamente su conformidad con ella. Vino después la hora de los especialistas de ambos partidos, que se encargaron de precisar los términos del acuerdo político para volcarlos en el proyecto de ley que declararía la necesidad de la reforma constitucional.

Cumpliendo prácticamente con todos los requisitos exigidos por la Constitución y las normas consuetudinarias, el 29 de diciembre de 1993 el Congreso de la Nación declaró la necesidad de reformar la Constitución Argentina.

Sin embargo, tanto en los acuerdos que la precedieron como en el texto de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, existían algunas disposiciones que ponían de manifiesto la desconfianza –fruto de una democracia todavía joven- que existía entre los partidos que propiciaban la reforma.

Todo aquello que cada uno de los dos partidos consideraba que era esencial reformar –aunque mucho no le gustase al otro- fue incluido en un extenso capítulo –de variado contenido- llamado ***"Núcleo de Coincidencias Básicas"***, que tenía dos características que muestran el recelo que existía entre los partidos:

1) Bajo pena de nulidad debía ser aprobado o rechazado en su totalidad por la Convención Reformadora. No era posible aprobar parcialmente el ***"Núcleo de Coincidencias Básicas"***. Esta limitación legal recibió el nombre de ***"cláusula cerrojo"***.

2) Respecto del ***"Núcleo de Coincidencias Básicas"*** las competencias de la Convención Reformadora resultaban aún más limitadas porque la redacción de las normas

que lo componían era tan detallista que parecía como si el Congreso estuviese "dictando" a los convencionales el contenido de la reforma.

Esto dio lugar a que otras agrupaciones políticas manifestasen su desacuerdo con la forma en que se pretendía imponer las coincidencias de los partidos mayoritarios, aunque estuviesen de acuerdo con la necesidad de reformar la constitución.

Estas eran las propuestas que los órganos políticos de gobierno y los partidos hacían al pueblo argentino ¿Cuál fue la respuesta?

El 10 de abril de 1994, sin ninguna proscripción, se efectuaron las elecciones de los convencionales. Votó el 76% de los electores habilitados para hacerlo. De ellos cerca de un 60% estuvo a favor de los partidos que propusieron el "Núcleo de Coincidencias" y un 25% votó por partidos que, si bien estaban de acuerdo con la reforma de la Constitución, no coincidían con el Núcleo y "la cláusula cerrojo". Es decir, que existía una amplísima mayoría de votantes que estaban a favor de reformar la Constitución.

Una vez que la Convención Reformadora se reunió aprobó su reglamento que contenía una disposición idéntica a la "cláusula cerrojo" y, por amplia mayoría, el 1° de agosto de 1994 fue aprobado el "Núcleo de Coincidencias". Tres semanas después los convencionales aprobaron el texto definitivo de las reformas y la Convención concluyó su tarea.

Las más altas autoridades del Estado y los convencionales juraron la Constitución el 24 de agosto de 1994. Es interesante destacar, como ejemplo de convivencia dentro del sistema democrático, que los convencionales de algunos partidos minoritarios que no estaban de acuerdo con muchas de las reformas también juraron la Constitución y, mostraron, de esa manera, su respeto a lo decidido por voluntad de la mayoría.

Quien conoce la historia de las reformas constitucionales argentinas, sabe que las tres que se realizaron en el siglo pasado se hicieron dentro de lo que Burdeau llamó ***"la democracia gobernada"***, la democracia de notables y sabe también que las dos reformas posteriores se hicieron en un país profundamente dividido y enfrentado, con persecuciones políticas y proscripciones. Por eso puede afirmar que, con todas sus imperfecciones y

objeciones –muchas acalladas por el transcurso del tiempo-, desde el punto de vista del principio democrático, la reforma constitucional de 1994 es, de todas las reformas constitucionales, la que tiene mayor legitimidad.

Con esa convicción y como integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación juré –junto a mis colegas- ***"cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional conforme al texto sancionado en 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y las modificaciones realizadas por la reciente Convención Constituyente, en los términos de las normas que habilitaron su funcionamiento"***[1]

3) Las Normas Constitucionales Cuestionadas.

En el capítulo referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, tras regular lo relativo al nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los demás jueces de los tribunales inferiores –todos los cuales requieren el acuerdo del Senado- en el artículo 99, inciso 4°, párrafos 1° y 2°, la Convención Reformadora insertó el siguiente párrafo:

"Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite".

Dicha norma fue complementada por la Disposición Transitoria Undécima que añadió:

"La caducidad de los nombramientos y la duración limitada prevista en el artículo 99 inciso 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional".

Antes de referirme al origen de estas normas debo advertir que mediante ellas se establecía una excepción de carácter objetivo –se operaba por el transcurso del tiempo- al

[1] Acordada de la Corte Suprema 58, Fallos 317:570; Libro de Actas de la Corte Suprema, folios 339 y 343.

principio de inamovilidad de los jueces que consagra el actual artículo 110 de la Constitución que mantiene a los jueces en sus cargos "mientras dure su buena conducta", es decir que la inamovilidad de los jueces perduraba mientras su mala conducta –causal subjetiva- no diera lugar a su remoción.

Tal principio, originado en el Acta de Establecimiento Inglesa de 1701, luego pasó al Artículo III, Sección I, de la Constitución de los Estados Unidos de América y de allí a las Constituciones Argentinas de 1819 (art. 102) y 1826 (art. 115), hasta asentarse en el artículo 96 de la Constitución de 1853-1860. La reforma de 1994 sólo cambió su numeración pues pasó a ser el articulo 110, pero no cambió su contenido.

No me corresponde abrir juicio acerca de la conveniencia de fijar un tope temporal, establecido en la edad de 75 años, a la inamovilidad de los jueces. Sin embargo, observo que dicho tope no fue contemplado para los integrantes de otros poderes, que pueden ejercer funciones tanto o más delicadas que las de los jueces.

En ese sentido recuerdo que Hipólito Yrigoyen y Juan Domingo Perón, comenzaron su segunda y tercera presidencia, respectivamente, cuando superaban los setenta y cinco años.

Además, me cuesta imaginar a John Marshall –que murió a los 79 años, cuando hacía 34 que presidía la Suprema Corte de los Estados Unidos de América-, solicitando a los setenta y cinco años un nuevo acuerdo de los Senadores.

También me costaría explicarle el sentido de esta norma al senador Strom Thurmond, que, desde las alturas de sus 96 años, ejerce la Presidencia *pro tempore* del Senado de los Estados Unidos de América y es, en consecuencia, el tercero en el orden sucesorio presidencial norteamericano.

El senador Thurmond es también uno de los miembros más activos de la influyente Comisión Judicial del Senado, encargada de asesorar a la Cámara, cuando presta los acuerdos para la designación de jueces.

Curiosamente, si el senador Thurmond tuviera que ejercer las mismas funciones en la Argentina y aplicar la norma que la Corte anuló, debería evaluar –seguramente lo haría

con el valor agregado de su inigualable experiencia- si constituye un impedimento para el ejercicio de las funciones judiciales la edad de personas que tienen veintiún años menos que él.

Pero, digresiones aparte, volvamos a la reforma constitucional de 1994.

¿Cómo fueron introducidos, entonces, el párrafo tercero del artículo 99, inciso 4° y la disposición transitoria undécima?

En forma expresa no figuraban en el "Núcleo de Coincidencias básicas": Ni en el acordado por los partidos, ni en el texto incluido en el artículo 2° de la ley 24.309. Éste último, que a los efectos jurídicos es el que reviste mayor interés, incluía en el apartado I) –denominado **"Designación de los magistrados federales"-,** normas de contenido similar a las que después fueron incorporadas en los primeros dos párrafos del inciso 4°, del artículo 99. Pero nada hay allí que se parezca a lo que fue después el párrafo tercero incorporado por la Convención.

Tampoco había ninguna referencia a la citada excepción al principio de inamovilidad de los jueces en el apartado J), que trataba de la **"Remoción de los Magistrados Judiciales"**.

Más aún, en la ley 24.309 no se incluía al artículo 96 de la Constitución –que regulaba la inamovilidad de los judiciales- entre las normas que la Convención debía reformar.

Ni siquiera podía sostenerse que la inclusión fuera implícita. Ello, en primer lugar, por los riesgos que la imprecisión de la noción de lo "implícito" puede tener en un ámbito como es el de la reforma constitucional en el cual –teniendo en cuenta que se trata de una constitución rígida- la precisión es lo más aconsejable. Además, se trataba de una norma que se refiere a la finalización de las funciones de los integrantes de uno de los poderes del Estado –el Judicial- y no puede inferirse que ella deba estar incluida razonablemente en el capítulo relativo a las atribuciones del Poder Ejecutivo, que si algo tiene que ver con las designaciones de los jueces, nunca tuvo nada que ver con sus remociones.

En este punto, no es inoportuno recordar una advertencia que formula Konrad Hesse: *"Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional".*[2]

Estos datos fueron tenidos en cuenta en la sentencia que dictó el Tribunal cuando invalidó a dichas normas.

El párrafo en cuestión no estaba en el "Núcleo de Coincidencias Básicas", tampoco estaba "protegido" por la cláusula cerrojo ¿Cómo llegó entonces al texto de la constitución reformada?.

Cuando la Convención Reformadora en su sesión plenaria del 1° de Agosto de 1994, aprobó el texto del que sería el artículo 99, inciso 4°, junto a todas las que integraban el "Núcleo de Coincidencias Básicas", tal como correspondía reglamentariamente, no incluyó a dicho párrafo.

Éste hizo su aparición en la reunión de la Comisión de Redacción, realizada el 18 de agosto de 1994, con el objeto de tratar la ***"Actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional"*** (apartado E del artículo 3° de la ley 24.309, que comprendía a los temas habilitados para su tratamiento por la Convención). Allí, la Comisión aprobó la inclusión del citado párrafo.

Si bien es cierto que algunos convencionales advirtieron que dicha norma afectaba a la inamovilidad de los jueces y no correspondía su inclusión, la mayoría la aprobó juntamente con la disposición transitoria undécima en la sesión de la Convención del 19 de agosto de 1994.

Sin embargo, nadie recordó que el artículo 99, inciso 4° ya había sido aprobado, sin el párrafo en cuestión, en la sesión del 1° de agosto de 1994.

El artículo 5° de la ley exigía que los temas contenidos en el "Núcleo de Coincidencias" debían ser votados conjuntamente. Si pudiera considerarse que la cláusula

---

[2] Hesse, Konrad, ***"Escritos de Derecho Constitucional"***, Centro de Est. Const., Madrid, 1992, págs. 101/2.

del art. 99, inc. 4, párrafo tercero, integraba dicho núcleo, debió haber sido votada en la sesión del 1° de agosto, y no en la del 19, o, al menos, esto debía haberse advertido en la última votación.

Dos eran, entonces, los vicios que afectaban a esas normas:

1) La Convención había votado un tema para el cual no había sido habilitada expresa o implícitamente por el Congreso.

2) Sin advertirlo, la Convención se pronunció en dos oportunidades sobre la reforma de una misma norma constitucional.

¿Cuáles eran las consecuencias previstas en la ley declarativa de la necesidad de la reforma si se produjese alguno de estos vicios?

El artículo 6° de la ley consideraba que las modificaciones, derogaciones y agregados que realizase la Convención apartándose de la competencia establecida en la ley serán nulas de nulidad absoluta.

4) El Caso "Fayt".

El Dr. Carlos S. Fayt, integrante desde el 22 de diciembre de 1983 del Tribunal que presido, promovió la acción declarativa prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se declarase la nulidad del artículo 99, inciso 4°, párrafo tercero, de la Constitución, atento a que esta última norma lesionaba su derecho a la estabilidad en el cargo, reconocido por el artículo 110,

El demandante estaba legitimado para actuar tanto por su condición de magistrado de la Corte, como también por el hecho de que en el momento en que la reforma fue sancionada tenía setenta y seis años.

La vía intentada –la acción declarativa de certeza- se justificaba porque de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal (Fallos 307: 1379 y 1804), tiene una finalidad preventiva que no requiere para su procedencia la consumación de un daño en los derechos que se busca proteger en los estrados judiciales.

En cuanto a los argumentos en los que fundó su pretensión, ellos coinciden con los que ya he reseñado al referirme a los vicios que afectaban a la inclusión de las normas cuestionadas en el texto constitucional, como así también con los efectos que atribuían (nulidad). A ellos añadió algunas consideraciones relativas a la justiciabilidad de cuestiones de esta naturaleza que, al limitar la inamovilidad de los magistrados afectaban a la independencia del Poder Judicial de la Nación y a la forma republicana de gobierno.

En primera instancia fue admitida la demanda y declarada la nulidad de las citadas normas constitucionales, Para decidir de esa manera se juzgó que ***"convalidar una norma dictada por la Convención Constituyente cuyo tratamiento no estaba autorizado por la ley de convocatoria constituye un grosero apartamiento de la Constitución Nacional",*** conclusión a la que se llegó tras un minucioso examen de las normas que habían habilitado la actuación de la Convención Reformadora.[3]

En cambio, la cámara de apelaciones juzgó que no era necesaria la declaración de inconstitucionalidad de las normas agregadas por la Convención, porque no eran aplicables para decidir el caso.

Los integrantes del tribunal de segunda instancia distinguieron la situación de los jueces nombrados según las normas vigentes antes de la reforma de 1994, de la de aquellos que fueran designados con posterioridad a dicha reforma y de acuerdo con el sistema establecido por las nuevas normas. La limitación temporal a la inamovilidad de los jueces establecida por el artículo 99, inc. 4, párrafo tercero de la Constitución Nacional, no se aplicaba a los primeros –como era el caso del Dr. Fayt-, pero sí regía para los segundos.

La decisión se fundó en una interpretación literal del artículo 99, inciso 4.

Cabe recordar que dicha norma regula en su primer párrafo el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el segundo a la designación de los demás jueces de la Nación y que, en ambos casos, introdujo modificaciones al régimen vigente con anterioridad. Por su parte, el párrafo tercero dice: *"Un nuevo nombramiento,*

---

[3] La sentencia fue dictada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal el 30 de abril de 1998. Está publicada en La Ley, T. 1998-D-571.

*precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de **esos** magistrados...".*

Interpretando los términos con los que estaba redactado ese párrafo los magistrados de la cámara sostuvieron que el pronombre demostrativo "esos" –al establecer una clara línea divisoria- limitaba los alcances de la norma citada solamente a los magistrados de todas las instancias que fueran designados de acuerdo con el nuevo régimen establecido por la reforma.

En consecuencia, al no resultar aplicables al caso las normas en cuestión, no correspondía que el tribunal se expidiese acerca de su validez.

Contra esa decisión el Estado Nacional interpuso un recurso extraordinario federal. Entre otros argumentos, sostuvo la validez de las normas cuestionadas afirmando que la Convención Reformadora estaba habilitada para dictarlas. Agregó que dichas normas se aplicaban a todos los magistrados y no distinguían la fecha y la forma de designación, distinción que tampoco debían hacer los intérpretes de las normas constitucionales, frente a las que –añadió- no existen derechos adquiridos al ejercicio vitalicio del cargo.[4]

A continuación tomó vista de las actuaciones el Procurador General de la Nación, que, tras pronunciarse en sentido favorable a la admisibilidad de la vía procesal utilizada por el demandante, sostuvo que la sentencia de la cámara debía ser revocada y la demanda rechazada. Fundó esa postura en los siguientes argumentos:

1) La interpretación literal resultaba insuficiente para determinar los alcances del artículo 99, inciso 4°, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Añadiendo otros métodos interpretativos como el sistemático, el histórico y el finalista podía concluirse que la intención del constituyente había sido incluir al actor dentro de las previsiones de la norma.

2) Tampoco podía afirmarse –como se había hecho en la sentencia impugnada- que el actor tuviera, durante la vigencia del régimen anterior, un derecho adquirido a permanecer en el cargo en forma vitalicia fundado en normas constitucionales posteriormente reformadas. A

[4] La sentencia fue dictada por la Sala III de la Cámara Nacional de apelaciones en lo contencioso Administrativo Federal. Está publicada en El Derecho, diario del 5 de marzo de 1999, pág. 1.

juicio del Procurador General esto era así porque en el caso se trata de una disposición constitucional que fue modificada por otra de igual rango y, según su opinión: "**no puede hablarse de inconstitucionalidad de normas constitucionales**".

3) Que la Convención Reformadora no sólo estaba facultada para modificar aquellos temas para los cuales había sido convocada expresamente, sino que –reproduzco las palabras del Procurador General- **"las modificaciones introducidas en los temas habilitados pueden afectar a los temas que no fueron expresamente incluidos –cuya modificación no se excluye expresamente- siempre que sean razonables y no se aparten de ellos o los modifiquen de forma ostensible"**.

Para facilitar la comprensión de un texto que no parece sencillo, sostuvo que no podía encorsetarse indebidamente la actuación de la representación máxima del pueblo soberano, que es el órgano constituyente, el que goza de facultades implícitas destinadas al mejor cumplimiento de los fines para los que fue convocado.

Al no haberse extralimitado la Convención correspondía mantener la validez de las normas cuestionadas. De haber ocurrido lo contrario sería procedente la declaración de nulidad.

4) La habilitación dada a la Convención para reformar lo relativo a la designación de los jueces comprendía la inclusión de una norma como la del artículo 99, inciso 4°, párrafo tercero, que establecía un límite temporal, dependiente de la edad del magistrado, a la validez de su nombramiento, sin que esto importe establecer una nueva causal de remoción y, menos aún, afectar el régimen de inamovilidad de los magistrados.

Aconsejó que se obrara con prudencia "*en el juzgamiento de la posible declaración de nulidad de una cláusula constitucional,* ***pues la zozobra e inseguridad que provocaría tal declaración en la sociedad,*** *obliga a actuar con suma cautela y a extremar los recaudos interpretativos coherentes para preservar la salvaguarda de la armonía entre sus disposiciones*".[5]

[5] El dictamen está publicado en La Ley, diarios del 27 y 28 de septiembre de 1999.

En otra pieza procesal, añadida al dictamen, el Procurador General de la Nación solicitó a los integrantes del Tribunal que se excusaran de intervenir en las actuaciones, recusándolos subsidiariamente.

Ambos pedidos fueron fundados en el hecho de que **"el actor es un magistrado del Alto Tribunal que será juzgado por sus pares, quienes ...respecto del fondo de la cuestión debatida pueden esgrimir similares agravios".**[6]

La Corte rechazó la recusación fundando su decisión en que –según las normas procesales- tal pedido está reservado a las partes y la intervención que legalmente se da al Procurador General se limita a que dictamine acerca de si corresponde a la competencia del Tribunal la cuestión constitucional articulada en el recurso extraordinario, sin que asuma el carácter de parte.

Para disipar todo tipo de dudas respecto de su excusación la mayoría de los miembros del Tribunal –entre quienes me incluyo- consideraron que no estaban comprendidos en ninguna de las causales que para hacerlo establecen las normas que rigen el procedimiento, añadiendo que no tenían ningún interés personal, económico o pecuniario en el asunto, ni habían promovido ninguna demanda similar a la iniciada por el Dr. Fayt.[7]

Sólo el Dr. Petracchi se excusó de intervenir en las actuaciones. Obviamente, tampoco intervino en ellas como juez el Dr. Fayt.

La hora más difícil se acercaba: el expediente ya estaba en condiciones de ser resuelto por la Corte.

5) Nulidad de una Reforma Constitucional.

A) Requisitos del control de constitucionalidad.

[6] Publicado en La Ley, diario del 28 de septiembre de 1999.
[7] Sentencia publicada en La Ley, diario del 28 de septiembre de 1999, pág. 7.

El primer paso era establecer si, de acuerdo con las normas procesales, se trataba de un asunto que debía ser resuelto por el Tribunal. Este examen preliminar –normal en todo expediente que ingresa en la Corte- exigía en este caso una consideración especial, porque si lo que debía controlarse era si la Convención Reformadora se había excedido en sus facultades, no era lógico que hiciera lo mismo quien se encargaba de controlar.

El control de constitucionalidad exige que la cuestión constitucional se haya planteado en una causa judicial (art. 116, C.N.), que el planteo lo haga una parte cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto lesionados por la norma cuya declaración de inconstitucionalidad solicita. Como surge de los antecedentes que he reseñado, todos estos recaudos estaban cumplidos en el caso "Fayt".

En cuanto a la vía elegida por el demandante, la acción meramente declarativa, prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, era una vía válida, según lo había establecido jurisprudencia del Tribunal, que databa de catorce años atrás.

El recurso extraordinario federal, mediante el cual el asunto llegó a conocimiento de la Corte, exige además que se encuentre en tela de juicio la validez o interpretación de normas federales y que la decisión, adoptada por el superior tribunal de la causa, fuera contraria al derecho invocado por el recurrente.

Todo esto sucedía en el caso en el cual se debatían la validez y los alcances del artículo 99, inciso 4°, párrafo tercero de la Constitución Nacional y allí la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, había interpretado que no se extendían sus efectos al actor, resolución contraria a la sostenida por el Estado Nacional que interpuso el recurso.

En los considerandos 3° y 4° de la sentencia, la Corte estableció que todos estos recaudos procesales estaban cumplidos.

b) Justiciabilidad.

También correspondía que el Tribunal se pronunciase acerca de si trataba de una cuestión justiciable y, en consecuencia, si estaba habilitado para decidirla.

Los precedentes que existían en el derecho argentino, no eran demasiado explícitos.

Para empezar, en el caso **"Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos."**[8], resuelto el 20 de septiembre de 1963, la Corte había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el control de constitucionalidad de la reforma constitucional efectuada en 1957.

Cabe recordar que la Convención Reformadora de 1957 fue convocada por un gobierno de facto y que en las elecciones para convencionales el mayor porcentual correspondió a los votos en blanco. No obstante ello, la Convención se declaró soberana y sancionó una modificación al artículo 67, inciso 11, no prevista en la norma que declaró la necesidad de la reforma constitucional.

En el caso, el planteo se refería a la validez del artículo 14bis de la Constitución -relativo a los derechos sociales e incorporado también en la reforma de 1957- dado que no se había cumplido con el reglamento interno de la Convención, respecto de la aprobación de la versión taquigráfica de la nueva norma sancionada.

Aplicando por analogía la doctrina establecida por el Tribunal respecto del procedimiento de formación y sanción de las leyes, la Corte consideró que se trataba de una cuestión ajena al ámbito de control jurisdiccional, aunque, conforme se había establecido respecto de las leyes ***"Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley".***

De ello resultaba que, en ciertas condiciones excepcionales, podían controlarse la constitucionalidad de los actos de una convención reformadora.

Debieron transcurrir más de treinta años para que la Corte retomase la cuestión. Eso fue lo que sucedió en el caso **"Ríos"**, resuelto el 2 de diciembre de 1993, en el que fueron puestas en cuestión algunas reformas introducidas por una Convención en la Provincia de

Corrientes, argumentando que se había apartado de los puntos establecidos en la ley declarativa de la necesidad de la reforma de la constitución provincial.

Allí la Corte se preocupó de dejar establecido que: ***"de ningún modo los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente, vale destacar que las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre los que descansa la Constitución***".[9]

Mientras se desarrolló el proceso constituyente que desembocó en la reforma constitucional de 1994, también se efectuaron planteos en los que se cuestionó en sede judicial la validez de algunos de los actos que integraron dicho proceso. Tal fue lo que sucedió en los casos **"Polino"[10] y "Romero Feris"[11]**, resueltos por la Corte el 7 de abril de 1994 y el 1° de julio de 1994, respectivamente, sin embargo, su consideración no merece mayor interés porque, en el primero de esos casos, la pretensión de los actores fue rechazada por falta de legitimación y, en el segundo, la Corte no emitió pronunciamiento porque la cuestión se había vuelto abstracta.

En el orden provincial el Superior Tribunal de Santiago del Estero, la Corte Suprema de Mendoza y la Corte Suprema de Tucumán habían adoptado decisiones por medio de las cuales se hacía efectivo el control judicial del proceso constituyente, llegando el último tribunal que he mencionado a invalidar normas del reglamento interno de la convención reformadora local y a anular lo actuado por ésta contrariando una medida cautelar dispuesta con anterioridad.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América debió pronunciarse acerca de la legitimidad de una reforma constitucional fue en el caso **"Hollingsworth V. Virginia"**,

---

[8] Fallos 256:556.
[9] Fallos 316:2743.
[10] Fallos 317:335.
[11] Fallos 317:711.

resuelto en 1798, en el que la Corte sostuvo que el Presidente no podía vetar las enmiendas votadas por el Congreso.

En cambio, en el caso **"Luther vs. Borden"**, fallado cincuenta años después la Suprema Corte consideró que la consideración de la validez de una enmienda constitucional era una cuestión política, postura que se mantuvo inalterada en el caso **"White vs. Hart"**, resuelto en 1871.

No obstante ello, en el caso **"Dillon vs. Gloss"**, decidido en 1921, declaró inconstitucional el plazo fijado por el Congreso para la ratificación de la enmienda por las legislaturas locales. Y en el caso **"Lesser vs. Garnett"**, resuelto en 1922, afirmó que la sola certificación efectuada por un Estado de que había ratificado un proyecto de enmienda era suficiente para que sea considerado a fin de lograr la mayoría necesaria para impulsar el proceso de enmienda.

Sin embargo, en el caso **"Coleman vs. Miller"**, resuelto en 1939, se puso en cuestión la ratificación efectuada por el Estado de Kansas de una enmienda constitucional – se trataba de la enmienda sobre trabajo de menores-, allí la Corte sostuvo que algunos aspectos del procedimiento de reforma, como los efectos de rechazo previo de una enmienda y el plazo dentro del cual debía ratificarse una enmienda eran cuestiones no justiciables.

Contrariamente, en el caso **"Dyer vs. Blair"**, resuelto en 1975, el tribunal supremo norteamericano consideró que era justiciable, la acción intentada por varios legisladores estaduales que impugnaban la validez de un requisito establecido por la constitución estadual que dispuso que toda ratificación de una enmienda a la Constitución Federal debía contar con el voto favorable de tres quintos de los votos de cada cámara, por depender de la interpretación de textos constitucionales y no de arbitrios políticos,. Al entrar al fondo de la cuestión decidió que la ratificación de la enmienda relativa a la igualdad de sexos por una mayoría inferior a los tres quintos no era válida.

Habrán notado que comencé los últimos párrafos con expresiones como **"en cambio", "no obstante ello", "sin embargo" y "contrariamente"**. Esto no ha sucedido

por un capricho literario, sino por el hecho de que respecto de la justiciabilidad del procedimiento de las enmiendas constitucionales la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en su exposición cronológica, no ha seguido un derrotero muy claro.

A ello hay que agregar que no existen pronunciamientos de dicho tribunal que hayan admitido la posibilidad de someter a control judicial el contenido de una reforma constitucional.

Teniendo en cuenta estos antecedentes correspondía que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se expidiese en el caso "Fayt" acerca de si se trataba de una cuestión justiciable.

Como paso previo el tribunal hizo en el considerando 5° de la sentencia una clara manifestación –fundada en una constante y centenaria jurisprudencia- acerca de la extensión de sus atribuciones de control jurisdiccional. Para ello expresó que:

"...incluso en los casos en que la interpretación constitucional lleve a encontrar que determinadas decisiones han sido atribuidas con carácter final a otras ramas del gobierno, el Tribunal siempre estará habilitado para determinar si el ejercicio de una potestad de dicha naturaleza ha sido llevado a cabo dentro de los límites de ésta y de acuerdo con los recaudos que le son anejos. El quebrantamiento de algunos de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del Tribunal encargado –por mandato de aquélla- de preservar la supremacía de la ley fundamental"

Hecha esta manifestación genérica respecto del control judicial de constitucionalidad, correspondía pasar entonces al examen de las atribuciones cuyo ejercicio corresponde al tribunal en el caso concreto.

En primer lugar, la Corte recordó que en el caso "Soria de Guerrero" había expresado que la posibilidad de revisar el procedimiento de sanción de una norma

constitucional cuando no se hubieran cumplido los requisitos mínimos e indispensables que hacen a la validez de dicha sanción.

En este sentido es oportuno recordar lo sostenido por Julio Cueto Rúa, en una profunda y esclarecedora discusión doctrinaria, que mantuvo en 1943 con Segundo Linares Quintana, acerca de la posibilidad de declarar inconstitucional una reforma constitucional.[12][13]

Para Cueto Rúa –que en su exposición sigue a Kelsen y a Cossio- **"si el ordenamiento jurídico positivo faculta a los jueces a declarar la invalidez de las normas que no se ajustan en la forma o en el contenido a lo que prescribe la superior, es evidente que si en cualquier estrato de la gradación jurídica se observa esa alteración lógica en la dinámica de la producción de normas, pueda declararse, aun en el supuesto de normas que se inserten en el estrato constitucional, su inconstitucionalidad".**

Precisando aún más su pensamiento Cueto Rúa agrega: "Si se introduce una reforma a la Constitución, por Convención Constituyente, prescindiendo del régimen de mayoría que señala el artículo 30 de la Constitución, o bien, si la Convención modifica un artículo cuya reforma no le había propuesto el Congreso Nacional, resulta visiblemente afectada la validez lógica de la reforma, pues se ha violado el procedimiento que la misma Constitución Nacional señala". *En otras palabras, era la lógica relación que debía existir entre la reforma y sus antecedentes lo que quedaba afectado.*

"En consecuencia –prosigue Cueto Rúa-, los jueces a quienes se ha confiado la tarea de velar por la integridad de la Constitución, pueden válidamente declarar inconstitucional la reforma introducida".

Cabe señalar que la conclusión a la que llegaba Linares Quintana en la citada polémica era idéntica respecto de la inconstitucionalidad derivada de un vicio que afectase

---

[12] Linares Quintana, Segundo V., ***¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?***, La Ley, T. 34, pág. 1153.

[13] Cueto Rúa, Julio, ***¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?,*** La Ley, t. 36, pag. 1100.

el procedimiento de reforma, pero difería –no en la conclusión sino en el enfoque- cuando la inconstitucionalidad derivaba del contenido de la reforma, en cuyo caso el juez podía invalidarla aplicando el derecho natural.

Deliberadamente me detuve en el relato de esta polémica doctrinaria –sin duda, por las posturas filosóficas enfrentadas, los argumentos opuestos y la jerarquía intelectual de los polemistas, la más importante que se ha planteado sobre la cuestión en el derecho argentino- porque las conclusiones en ella expuestas coinciden con los argumentos en los que –medio siglo después- la mayoría del Tribunal sostuvo la potestad de revisar lo actuado por la Convención Reformadora.

Había además otro argumento importante que provenía de las normas legales que debían aplicarse directamente para resolver el caso. En efecto, el artículo 6° de la ley 24.309 había puesto un énfasis particular respecto de la sanción de nulidad que debía recaer sobre las reformas que se practicasen por la Convención al margen de la competencia atribuida por la ley.

Cuando existe un acto que padece de un vicio al que la ley atribuye como sanción la nulidad absoluta es imprescindible que haya también un órgano estatal dotado de jurisdicción suficiente para declarar esa nulidad y dejar sin efecto ese acto.

Si esto puede predicarse respecto de cualquier acto jurídico, con más razón cabe afirmarlo respecto de un acto viciado que pretende incorporarse al texto de la Ley Fundamental.

Asimismo, la Corte recordó que en el proyecto de constitución que acompañó a las Bases –fuente histórica más próxima al texto constitucional vigente- Juan Bautista Alberdi, había previsto a la ineficacia como la sanción que debía recaer sobre toda proposición de reformas que no estuviera apoyada por dos terceras partes del Congreso, o por dos terceras partes de las legislaturas provinciales (art. 39).

c) Limitación de las potestades de la Convención Reformadora.

El paso siguiente consistía en afirmar que las potestades de la Convención Reformadora eran limitadas y conjugar esos límites con el principio democrático que legitima a todo el proceso constituyente.

Salvo que la Convención Reformadora –emulando a los Estados Generales franceses de 1789- intentase promover un proceso revolucionario –promovido no contra el absolutismo, sino contra una democracia- no se le puede reconocer –como al Parlamento Británico después de la Revolución de 1688-, la condición de un órgano soberano. Ya he señalado que, en este aspecto y desde los orígenes de la Nación Argentina, el principio legiltimador de todas sus instituciones es el principio democrático fundado en la soberanía del pueblo, al que los convencionales representan y actúan como sus delegados en el proceso de reforma constitucional.

En este punto es muy interesante recordar que en 1986 el **Consejo para la Consolidación de la Democracia** fue muy explícito al afirmar que "...la Ley Fundamental delega el poder para proceder a su propia reforma en un órgano constituyente complejo que tiene tres instancias: el Congreso..., el electorado...y la convención...**Una declaración de soberanía de esta última implicaría burlar tanto la competencia y la calificación de la mayoría del Parlamento prevista en la Constitución, como el voto del electorado que tuvo en cuenta la declaración de ese órgano al elegir a los miembros de la Convención".**[14]

Este argumento –fundado en la reglas consuetudinarias que complementan al artículo 30 de la Constitución Nacional- fue seguido por la ley 24.309 al sancionar con la nulidad absoluta a las reformas que la convención aprobase "apartándose de la competencia establecida en los artículos 2° y 3° de la presente ley de declaración" (art. 6°).

Desde el punto de vista político la declaración de la necesidad de la reforma es una oferta que el Congreso –en términos muy precisos y concretos y con quórum y mayoría agravados- formula a la ciudadanía. Ateniéndose a los términos de esa propuesta, de

[14] Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1986, pag. 37.

acuerdo con los distintos matices expuestos por los partidos políticos en una democracia pluralista, el electorado se pronuncia aceptando o rechazándola al elegir a los convencionales, que actuarán como los ejecutores de la voluntad popular.

De esa manera, no es solamente a tenor de las normas que rigen el proceso de reforma constitucional, sino, en especial del principio democrático legitimador de la Constitución y de sus reformas, los convencionales no pueden añadir en la reforma contenidos que no hayan estado incluidos en la propuesta formulada por el Congreso y aceptada –con diversos matices- por la ciudadanía.

Esta circunstancia fue destacada por la Corte en el caso "Fayt", en los considerandos 7° y 8°, para hacer notar, como lo había hecho seis años atrás en el caso "Ríos", que los poderes de las convenciones estaban limitados, como sucede con todos los órganos que –de una forma u otra- representan a la voluntad popular.

Es curioso, pero desde que la Suprema Corte de los Estados Unidos asumió, en el caso "Marbury vs. Madison", la atribución de controlar en sede judicial la constitucionalidad de las leyes, siempre se censuró como contraria al principio democrático la circunstancia que un órgano no representativo, cuyos integrantes no tienen límites temporales precisos para el ejercicio de sus funciones, pudiera invalidar normas aprobadas por órganos representativos, específicamente creados para legislar, cuyos miembros se renuevan periódicamente.

Esto podía predicarse especialmente en el caso "Fayt", en el cual los jueces firmantes de la decisión mayoritaria habían sido designados por el Presidente de la Nación, cuando era elegido por elección indirecta y contaban con el acuerdo prestado por senadores elegidos (en algunos casos en 1983), también en forma indirecta y, sin embargo dejaban sin efecto una inserción efectuada en el texto constitucional por convencionales, elegidos en forma directa por el pueblo en 1994.

Sin embargo, tal aserción es falaz, porque aquí no estaba en cuestión la mayor o menor representatividad de quienes controlan y quienes son controlados, sino que lo que se pone en tela de juicio es el ejercicio de un control, característico del sistema republicano,

que, en el caso concreto, estaba destinado a restablecer la vigencia de la soberanía del pueblo, fundamento del sistema democrático y principio legitimador de la Constitución y sus reformas.

d) Anulación de una inserción en el texto constitucional.

Quedaba otra cuestión planteada por el Procurador General y era el problema –primero lógico y después jurídico- de declarar la inconstitucionalidad de normas constitucionales. Se trata de una cuestión ardua, para cuya resolución resulta prioritario establecer jerarquías distintas entre normas de similar rango. Esas jerarquías solamente pueden fundarse en valoraciones subjetivas que influyen sobre normas objetivas quitándoles precisión y, consecuentemente, generan inseguridad jurídica.

Si esto fuese así no le faltaba razón al Procurador General cuando hablaba de "la zozobra e inseguridad que provocaría tal declaración en la sociedad".

Sin embargo, no era éste el problema ante el que se encontraba el Tribunal. La cuestión no pasaba por el cotejo de dos normas de similar jerarquía, sino que lo que debía examinarse eran las relaciones entre lo dispuesto por la ley declarativa de la necesidad de la reforma, lo decidido por el electorado y la actividad de la Convención Reformadora.

Esto fue anunciado por la Corte en el considerando 8° de la sentencia cuando dijo: ***"...este Tribunal centrará su juicio en las relaciones entre la ley 24.309 y el ejercicio de la actividad reformadora***..." y ratificado en el considerando 17 al manifestar: ***"Que esta sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza substancial ..., sino en la comprobación de que aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora."*** .

Después de descartar la aplicación, en el caso, de la doctrina de los poderes implícitos y aludir a la intención de los autores de la declaración de la necesidad de la reforma, de limitar los poderes de la Convención sancionando con la nulidad de toda modificación, derogación o agregado efectuados al margen de su competencia material (considerandos 9° y 10°), la Corte comenzó a examinar si la norma incluida en el párrafo

tercero, del artículo 99, inciso 4° de la Constitución Nacional, estaba prevista entre los temas cuya tratamiento correspondía a la Convención Reformadora.

Dicho examen –realizado en los considerandos 12 a 15 de la sentencia- dio un resultado negativo, fundado en los argumentos que expuse al referirme a las normas constitucionales cuestionadas. En consecuencia, la Corte concluyó que no había sido habilitada **"...una modificación de significativa trascendencia a la garantía de la inamovilidad de los magistrados federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan substancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se deriven de la expresa atribución de reformar –en los términos del apartado I del "Núcleo de Coincidencias Básicas", incorporado a la ley 24.309- el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicado en una mera adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo"** y agregó **"...el art. 99, inciso 4, párrafo tercero de la constitución reformada, no puede aplicarse al actor por vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades de que disponía la Convención, conforme al procedimiento reglado por el art. 30 de la Constitución Nacional y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la ley 24.309"** (cons. 15).

El voto concurrente del Dr. Adolfo Vázquez examinó con bastante detalle el texto de la ley declarativa de la necesidad de la reforma y sus antecedentes, aludió a la intervenciones de algunos convencionales al debatirse las normas cuestionadas y concluyó, junto con la mayoría de los integrantes del Tribunal, en que éstas debían anularse.

La disidencia del Dr. Gustavo Bossert, merced a una interpretación literal de la norma cuya validez se encontraba en tela de juicio, que fue sancionada el 22 de agosto de 1994, llegó a la conclusión de que ella limitaba la inamovilidad de los jueces –sin distinguir si la designación era anterior o posterior a la reforma- que cumplan la edad de setenta y cinco años, pero tal limitación no afectaba al Dr. Fayt, que por haber nacido el 1° de febrero de 1918, había superado esa edad en el momento de sancionarse la reforma. Con ese argumento y añadiendo que la citada limitación a la inamovilidad de los jueces debía

interpretarse restrictivamente el voto disidente propiciaba la confirmación de la sentencia impugnada.

6) Repercusiones de la Sentencia.

La repercusión de la decisión de la Corte en los medios de difusión masiva fue inmediata. Para citar un ejemplo, el matutino **Clarín** publicó la noticia en la primera plana de su edición del día siguiente y desarrolló su contenido en las primeras páginas de la sección "Política". A ello añadió breves comentarios –desfavorables- de dos constitucionalistas. Sin embargo, la lectura de esos comentarios podía provocar en un lector bien informado la sensación de que los comentaristas –posibles víctimas voluntarias de las urgencias del cierre de la edición- no habían tenido el tiempo suficiente para leer el fallo profundamente.

Uno de ellos afirmaba *"Pero también es cierto que la limitación de edad es aplicable sólo para los jueces que sean nombrados previa intervención del Consejo de la Magistratura porque así lo dispone la constitución, como lo sostuvo acertadamente en su voto el juez Bossert"*. Sin embargo, el voto del Dr. Bossert expresamente dice en el considerando 9°, párrafo segundo: *"La limitación del art. 99, inc. 4°, alcanza tanto a los jueces designados con posterioridad a la reforma constitucional como a quienes hemos sido designados con anterioridad a dicha reforma"*.

El otro comentarista enfatizaba: *"considero **peligroso** que se declare inconstitucional, en todo o en parte, a una reforma constitucional"*. Sin embargo, como ya he dicho, la mayoría del tribunal había aclarado en la sentencia que se limitaba a dejar sin efecto lo actuado por la Convención al margen de las normas que la habilitaban.

El diario **"La Nación"** publicó en su principal nota editorial del sábado 22 de agosto de 1999 un comentario también desfavorable a lo decidido por la Corte.

En dicho editorial, que lleva el título **"La Corte y la Constitución"**, entre otras cosas se afirmaba:

"La Corte ha utilizado un argumento rebatible para declarar la nulidad de la norma mencionada. A juicio del tribunal, la convención reformadora de 1994 –que introdujo el límite de los 75 años- no estaba habilitada para alterar el principio de la inamovilidad de los magistrados, ya que ese tema no estaba incluido entre los puntos sujetos a revisión establecidos por la ley 24.309, que proclamó la necesidad de la reforma".

"La posición de la Corte es, como queda dicho refutable. La introducción del límite de los 75 años no está relacionada necesariamente con el principio de la inamovilidad de los magistrados. Resulta más razonable vincularla con el contenido del artículo que regula la forma en que deben ser designados los jueces; es decir, con la disposición del actual artículo 99, inciso 4°".

"En efecto: cuando una norma fija las condiciones para el nombramiento de un funcionario, es natural y lógico que regule también su duración en el cargo".

Quien sostenía esto seguramente desconocía que la distinción conceptual entre las normas que rigen a la designación de los miembros del Poder Judicial y aquellas que regulan su permanencia en el cargo es muy clara en muchos ordenamientos jurídicos comparados.

Si hablamos de las constituciones provinciales cabe señalar que la Constitución de la Provincia del Chaco –sancionada después de la reforma de 1994- regula el Poder Judicial en la Sección Quinta, estableciendo en el artículo 154 tanto la garantía de inamovilidad de los jueces (primer párrafo), como el límite de ella por razones de edad (segundo párrafo). La Constitución de la Provincia de La Rioja –publicada el 24 de abril de 1998- reglamenta la Función Judicial en el Capítulo Séptimo, incorporando en el art. 130 tanto el régimen de inamovilidad (primer párrafo) como la restricción por la edad (segundo párrafo). La Constitución de la Provincia de Salta –publicada el 22 de abril de 1998- regula en la Tercera Parte sobre el Poder Judicial y el Ministerio Público, reconociendo en el art. 156 la inamovilidad de los magistrados (segundo párrafo) y la pérdida de ella al obtenerse la jubilación (tercer párrafo). La Constitución de la Provincia de Santa Fe –publicada el 18 de

abril de 1962- dispone en la Sección Quinta sobre el Poder Judicial, asegurando, en el mismo párrafo del art. 88, tanto la inamovilidad de los jueces como el límite de ella. Por último, la Constitución de la Provincia de Catamarca –publicada el 5 de septiembre de 1988- contempla en la Sección Cuarta la naturaleza y duración del Poder Judicial, reconociendo en el art. 195 la garantía en cuestión y su pérdida al cumplir los jueces 65 años de edad.

Las constituciones de otras repúblicas de América Latina concuerdan al incorporar las restricciones a la garantía de inamovilidad dentro de la naturaleza del Poder Judicial. La Constitución de la República Federativa del Brasil –del 5 de octubre de 1988- regula en el Capítulo III, del Título IV sobre el Poder Judicial, estableciendo en el art. 95 que los jueces tienen carácter vitalicio e inamovilidad (art. 95, incs. I y II) con las limitaciones establecidas en el art. 93, inc. VIII (remoción, excedencia y jubilación). La Constitución Política de Colombia –vigente desde 1991- regula en el título VIII sobre la Rama Judicial, contemplando en el art. 233 la permanencia en sus cargos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia mientras –entre otras razones- no hayan llegado a la edad de retiro forzoso. La Constitución Política de la República de Chile reglamenta en el Capítulo VI al Poder Judicial, reconociendo en el art. 77 tanto la garantía de inamovilidad de los jueces –primer párrafo- como el cese en funciones al cumplir 75 años de edad –segundo párrafo-. La Constitución Política del Perú regula en el Capítulo VIII del Título IV lo concerniente al Poder Judicial, disponiendo en el art. 242 que el Estado garantiza a los magistrados su permanencia en el servicio e inamovilidad en sus cargos hasta los setenta años. La Constitución de la República Oriental del Uruguay contempla en la Sección XV al Poder Judicial, disponiendo la permanencia en los cargos de todos los jueces en los arts. 237, 243 y 246, hasta el límite de 70 años de edad que prevé el art. 250.

Pero, aún disculpando en el redactor de la citada nota editorial el desconocimiento de las normas constitucionales que he reseñado, su afirmación tampoco superaría el umbral lógico al que alude Konrad Hesse y al que hice referencia al tratar en el punto 3 de esta ponencia a las normas constitucionales cuestionadas.

En el mismo diario fue publicada poco después una carta de lectores remitida por el Dr. Migual M. Padilla con el título **"La otra campana"**, en la que el autor, que es profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, calificó a la sentencia de la Corte como "jurídicamente impecable".

En la prensa especializada han ido apareciendo algunos comentarios como el de Adrián Ventura, publicado con el título **"Inamovilidad de los Jueces y la Nulidad de un punto de la Reforma Constitucional"** en el suplemento de Derecho Constitucional del mes de septiembre de la Revista "La Ley" y el de Alberto B. Bianchi, que llevó el título de **"Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994"**, y fue publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional del mes de septiembre de la Revista "El Derecho". En ellos, los autores, sin dejar de manifestar las expectativas que una decisión de la naturaleza de la adoptada por la Corte pueden despertar, manifiestan su beneplácito con lo decidido por el Tribunal.

7) Una Impresión Personal.

Si hay algo que caracteriza a los magistrados que tienen a su cargo el ejercicio de la jurisdicción constitucional es su resistencia a declarar inconstitucionalidades. Esa sana resistencia puesta de manifiesto con expresiones como "la declaración de inconstitucionalidad de una ley es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico". o "autorrestricción", o "máxima prudencia". o "máxima estrictez", o "más delicada función" entre muchas otras similares que son habituales en todos los casos en los cuales debemos evaluar actos cumplidos por otros órganos estatales y –dicho sea de paso- no figuran tan frecuentemente cuando los otros poderes se refieren a nuestros actos, resulta –a mi juicio- del hecho de que además de jueces seguimos siendo ciudadanos y como tales deseamos que sean respetados los actos realizados por quienes nos representan.

Hay además otra fuente de la que nace esa resistencia y ella resulta de cierta especialización que tenemos quienes ejercemos la jurisdicción constitucional. Cuando el 12

nacionales demandantes sólo están facultados para ejercer el control que les defiere la Carta Magna en el ámbito del Congreso de la Nación al cual pertenecen, más no habilitados para instar a que el Poder Judicial sustituya al Poder Legislativo, usurpando una función que es notoriamente extraña al diseño institucional de la república ideado por los constituyentes de 1853"[16]

Decía **Maquiavelo** en el Libro I de los "**Discursos sobre la primera década de Tito Livio"** que "los que organizan prudentemente una república consideran entre las cosas más importantes la institución de una garantía de la libertad, y según sea más o menos acertada, durará más o menos el vivir libre". Tras esta afirmación Maquiavelo indaga acerca de a quién debería confiarse esta función y dice ***"que se debe poner como guardianes de una cosa a los que tienen menos deseo de usurparla***".

Quienes ejercen la jurisdicción constitucional no desean usurpar poderes legítimos ni avasallar libertades, sólo aspiran a que la Constitución –definida por **Joaquín V. González** como una **"fortaleza inaccesible a la anarquía o al despotismo"**-, sea una norma respetada. Ese es el puesto que dichos magistrados tienen asignado en lo que **Ihering** llamaba **"La Lucha por el Derecho".**

Por eso, si declarar inconstitucionalidades es –por sí- un acto de suma trascendencia institucional, al punto de que ha sido considerada como la *ultima ratio* del orden jurídico –y especialmente lo es en los supuestos de actos de una convención reformadora-, mucho más grave es renunciar a declarar la nulidad de una reforma cuando se trata de un acto formalmente viciado y materialmente ilegítimo que pretende tener el reconocimiento de una norma de carácter constitucional.

Siempre recuerdo de mis lecturas juveniles que cuando los marinos ingleses se aprestaban a combatir en **Trafalgar**, la orden pura y simple que dio **Lord Nelson** fue*: **"Inglaterra espera que cada uno cumpla con su deber***"

[16] Fallos 320:2851.

Parafraseando esa legendaria y sencilla orden, que dio a los ingleses el dominio de los mares por más de un siglo, siempre he pensado que ***"La Constitución espera que cada uno cumpla con su deber"***.

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Chile



III CONFERENCIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE IBEROAMÉRICA, PORTUGAL Y ESPAÑA

****

EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL Y SU SOLUCIÓN A TRAVÉS DEL PROCESO.

JUAN COLOMBO CAMPBELL
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL. UNIVERSIDAD DE CHILE
JUEZ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 1999

****

ESTA PONENCIA COMPRENDERÁ EL DESARROLLO DE LOS SIGUIENTES TEMAS:

I) **ANTECEDENTES GENERALES Y BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL CONFLICTO.**

II) **EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL Y SUS FORMAS DE SOLUCIÓN.**

III) **LA JURISDICCIÓN REFERIDA A LOS TRIBUNALES QUE TIENEN COMPETENCIA PARA DECIDIR CONFLICTOS CONSTITUCIONALES.**

IV) **CARACTERÍSTICAS DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

V) **LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL.**

VI) EL PROCESO CONSTITUCIONAL

VI) CONCLUSIONES

VII) ANEXOS

****

I) ANTECEDENTES GENERALES Y BREVE RESEÑA HISTÓRICA

La convivencia pacífica de la comunidad, se logrará en la medida en que para la solución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica generados por actos de quienes la integran, sea posible la sustitución de la violencia irracional por la acción procesal que, en términos generales, faculta a su titular para recurrir a un tribunal en demanda de una justa decisión, obteniéndose así el reemplazo de la fuerza ilícita, denominada autotutela, por el proceso.

Por ello, su solución desde los tiempos más antiguos ha sido preocupación especial de los representantes del Estado, con el claro propósito de mantener el orden social y la vigencia real del derecho destinado a regular la vida en comunidad.

Resulta así notorio que los conflictos surgen como efecto de las múltiples relaciones entre personas, y evidente la necesidad de ponerles término por medios racionales y adecuados. Corresponde al Estado o a la comunidad internacional en su caso, normar para prevenirlos, y producidos, arbitrar los mecanismos necesarios para su justa solución.

Constituye una realidad históricamente demostrada que el conflicto siempre ha estado presente y que su solución a través de guerras internas y externas como forma de autotutelar los intereses, ha dejado un saldo de destrucción, muerte e insatisfacción.

Para subsistir, el hombre políticamente organizado, debió preocuparse de buscar una solución racional y justa de sus conflictos. Se divisa así, al escudriñar el vasto horizonte del derecho, la figura de un tercer participante ajeno e independiente de los intereses

de las partes en pugna, cuya decisión se presenta como el mecanismo más idóneo para resolverlo. Nace la magistral concepción del juez y, junto a ella, la necesidad de crear un proceso, forma indispensable que lo habilita para conocer y juzgar lo que se le pide.

Paralelamente evoluciona y se perfecciona el derecho público. Surge el concepto de autoridad, atributo "per se" del jefe, del rey o del emperador y nuestra etapa histórica de las autoridades que representan democráticamente al pueblo. En uso de su poder éstos comienzan a dar ordenes y hacerlas cumplir. Ejercen en plenitud lo que hoy se denominan las funciones de legislar, administrar y juzgar. A esa autoridad omnímoda le corresponde la potestad de decidir conflictos de toda especie. ¿Cómo la hace? Normalmente usando o abusando de su poder.

Aspiro a que este somero recuerdo histórico, sirva para dar una mirada hacia atrás y comprobar que, desafortunadamente, el conflicto ha sido consustancial a la historia de la humanidad.

Hoy, veinte siglos después de Cristo y con una historia repleta de episodios brutales, nos damos cuenta que el hombre aun no aprende o no quiere aprender a resolver sus disputas de intereses por medios adecuados. Continua usando la guerra para decidir sus conflictos internacionales y la fuerza como forma de solución de sus conflictos internos. Como bien se ha dicho, el hombre, dotado de la capacidad de pensar por nacimiento, es el único animal que "mata por matar".

Cuando en el devenir histórico surge la civilización jurídica y cuando ella se traduce en normas creadas y recopiladas, en lo esencial, por la maravillosa

construcción del derecho romano, se perfila una relación exacta entre las personas y las cosas en el plano particular y entre la autoridad y las personas en el campo general.

Es en este último espectro donde se encuentra inmerso el desarrollo de nuestro tema.

Dejemos entonces de proyectar la película de la historia y observemos la realidad del momento en nuestro país en torno al conflicto constitucional y sus formas de solución.

II) EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL Y SUS FORMAS DE SOLUCIÓN.

Chile, a partir del Acta de Independencia de 1810, ha tenido un constante y fructífero desarrollo de su derecho público, el que culmina con la dictación de la actual Carta Política de 1980.

Cabe preguntarse ¿cuáles de sus disposiciones se refieran al conflicto constitucional y a sus formas de solución y si ellas son procesalmente las más adecuadas a nuestra realidad?

Para responder a tal interrogante trataré brevemente de precisar cuál es el marco teórico donde ellas se desenvuelven.

El conflicto como afirma Carnelutti, "está presente en todo proceso, como la enfermedad lo está en la curación". Este conflicto que yo calificara en una conferencia en el Colegio de Abogados como "el virus del derecho", se genera cuando hay una confrontación de intereses regulados por el sistema jurídico. El proceso consiste, fundamentalmente, en llevarlo ante el juez, desenvolverlo en su presencia y obtener de él su decisión.

Siendo así, el conflicto se nos presenta como el primer presupuesto de existencia del proceso, forma de solución actualmente establecida y consagrada por la Constitución y la ley, como el instrumento jurídico idóneo para resolverlo por medio de la decisión jurisdiccional con eficacia de cosa juzgada.

El conflicto que nos preocupa tiene su origen en la acción u omisión de un sujeto que produce como resultado una infracción al ordenamiento jurídico y, cuando la norma violada es un precepto constitucional, surge el conflicto constitucional, más relevante por su peligrosidad y conflagración, ya que siempre pone en peligro o la estabilidad institucional o la protección de las garantías de las personas.

Siendo así, la existencia del conflicto de intereses implica el quebrantamiento del estado de derecho y su presencia en el mundo jurídico, exige accionar los mecanismos constitucionales y legales para ponerle término.

Por lo tanto, resulta indudable, que es la sentencia dictada en un proceso jurisdiccional, el medio más eficaz con que cuenta el mundo civilizado para resolver estos conflictos y restablecer, como efecto derivado, la vigencia del derecho quebrantado.

Partiendo del supuesto que la Constitución es la norma máxima que regula la convivencia social, Favoreu expresa en torno a este tema que "La consolidación de la justicia constitucional ha exacerbado la fuerza normativa de la constitución. Su exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático. Asimismo, la llamada jurisdificación de la vida política y del conflicto social latente, encuentra en los tribunales constitucionales un instrumento esencial, aunque no exclusivo, de garantía del respeto a la Constitución de los poderes públicos y también de los particulares".

El Estado en uso de su potestad soberana está por sobre todo conflicto común. En efecto, al legislar los previene; al hacer justicia los resuelve y al administrar impide que se generen. No obstante, del ejercicio de su misión regulada en lo esencial por la

Constitución Política, pueden surgir a su vez trascendentes conflictos de intereses entre los poderes públicos o entre la autoridad y los particulares, los que tendrán o no solución jurisdiccional a través del proceso, de acuerdo al marco de referencia que la propia Constitución les señale y ello dependerá fundamentalmente de si se consagra o no la existencia de Tribunales Constitucionales.

El sabio jurista Hans Kelsen fue el primero en postular la necesidad de establecerlos con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos que en el orden constitucional se produjesen, facultad que en virtud del principio de separación de poderes públicos le está vedada a los tribunales normales. Con ello, afirma Kelsen, se garantiza "jurisdiccionalmente" la eficacia de la norma suprema.

Es por este motivo que los conflictos constitucionales, primordialmente los que se generan cuando las partes involucradas son los poderes públicos, deben ser conocidos por un tribunal con competencia especial y exclusiva para resolverlos. Este debe ser independiente y contar con jurisdicción suficiente para imponer sus decisiones a los poderes públicos en conflicto.

Analizado lo anterior, resulta de interés para continuar con el desarrollo de este tema, reflexionar acerca de algunas consideraciones generales del conflicto y precisar cuáles son sus principales clasificaciones.

Sobre el conflicto de intereses de relevancia jurídica puede precisarse que:

1.- Su existencia es un hecho demostrado históricamente; los hay en el presente y se producirán en el futuro.

2.- El empleo de la violencia en su solución hace difícil, por no decir imposible, la convivencia normal y racional entre las personas y los propios Estados. La guerra, ejemplo típico de solución violenta, ha hecho desaparecer países completos.

3.- Las personas involucradas en conflictos de intereses deberán tratar de prevenirlos y producidos lograr su posterior solución por dos órdenes de razones, a saber: por motivos morales o de formación ética o jurídica o por el temor a la fuerza del adversario.

En consecuencia, los hombres, para lograr su propia subsistencia, tienen necesidad de buscar un medio que prevenga los conflictos y que producidos, los resuelva a través de un proceso racional y debido que excluya la violencia.

4.- Históricamente, la autotutela de los intereses sólo ha servido para multiplicar los conflictos en vez de solucionarlos con efectos permanentes.

5.- Son muchas las personas en nuestro mundo interesadas en buscar un camino pacífico de convivencia. Ello ha generado un interés colectivo en regular la vida en sociedad, lo que viene a constituir la causa directa de la normativa jurídica a través de la Constitución Política.

6.- Actualmente, en el área nacional, existen sistemas para prevenir conflictos, expresados en normas que mandan, prohiben o permiten. Producido, se contempla la sentencia judicial dictada en un proceso jurisdiccional, como la forma normal de solución.

Los conflictos pueden clasificarse de la siguiente forma:

ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

³>> Proceso ³

ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ´>> Transacción ³

³>>Soluciones ³>> Avenimiento ³

1 - ³ Pacíficas ³>> Conciliación ³

Según su modo ³ ³>> Otras formas de autocomposición ³

de solución >> ³ ÀÄÄÄÙ

³>>Soluciones ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

³ Violentas ³>> Violencia Legítima ³

ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ´>> Violencia Ilegítima ³

ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ

ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿ ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

³>>Directamente por las partes ³ ³ >> Transacción ³

³ ÀÄÄÄÄÄÄ´ >> Avenimiento ³

2.- ³ ³ >> Renuncia ³

·Según los >> ³ ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ

mecanismos de ³ ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

solución ³>>Resueltos con intervención ³>> Proceso ³

³ o medio de terceros ÚÄÄÄÄÄÄ´>> Conciliación ³

ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ ³>> Intervención de mediadores. ³

ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ

ÚÄÄ¿

3.- ³>> Entre particulares ³

Según las ³>> Entre particulares y el Estado ³

partes en >> ³>> Entre los Poderes Públicos del Estado ³

conflicto ³>> Entre Estados ³

³>> Entre Estados y organismos internacionales ³

ÀÄÄÙ

ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

³>> Entre el Estado y particulares ³

ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿ ÚÄÄÄÄÄÄÄ´>> Entre Particulares ³

³ Conflictos ³ ³ ³>> Entre los Poderes Públicos ³

³>>Nacionales ÃÄÄÄÙ ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ

4.- ÃÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ

Según la nacionalidad >> ÃÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

ÚÄÄÄ¿

de las partes ³>>Conflictos ÃÄÄÄÄÄÄÄ´>> Entre Estados ³

³ Internacionales³ ³>> Entre Estados y Organismos Internacionales ³

ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ ³>> Entre Entidades Públicas de Estados diferentes³

³>> Entre Estados y particulares de otro Estado. ³

³>> Entre particulares de diferentes Estados. ³

ÀÄÄÙ

ÚÄÄ¿

5.- ³>> Conflictos derivados de la infracción a la Constitución Política ³

Según la norma >> ³>> Conflictos producidos por infracción a la normativa legal ³

violentada ³>> Conflictos producidos por infracción al ordenamiento administrativo³

ÀÄÄÙ

Enfrentado el conflicto constitucional a estas clasificaciones podemos precisar que estamos frente a un conflicto nacional que hoy tiene una solución pacífica, resuelto por un tercero que es el juez y puede surgir entre particulares y el Estado o entre poderes públicos del propio Estado.

III) LA JURISDICCION REFERIDA A LOS TRIBUNALES QUE TIENEN COMPETENCIA PARA DECIDIR CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

La jurisdicción se define como el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir.[1]

La jurisdicción se extiende a la solución de los conflictos que la Constitución o la ley colocan en su esfera de atribuciones.

Pueden ser objeto del conflicto de intereses de relevancia jurídica, toda violación constitucional susceptible de protección jurisdiccional. Ello incluye a las personas de derecho público y privado y a las cosas. En este caso, su objeto es el determinar si un acto de la autoridad, llámese ley o decreto, se ajusta a la constitución. A este respecto resulta trascendente la facultad que la jurisdicción le otorga al Tribunal para aplicar e interpretar la Constitución según cual sea la competencia que use.

---

[1] VEASE SENTENCIA ROL N° 165, AGREGADA A ESTE TRABAJO

El conflicto constitucional presupone la existencia de un ordenamiento jurídico contemplado en lo esencial por la Constitución Política, sin el cual no puede existir un conflicto susceptible de ser resuelto jurisdiccionalmente.

El conflicto constitucional se produce entonces cuando un poder público o los particulares, violentan la normativa constitucional.

Los primeros pueden infringirla en su forma o en su fondo y dependerá de cada sistema constitucional la competencia que se entrega al tribunal. Recordando nuevamente a Kelsen puede decirse "la legislación está absolutamente subordinada a la Constitución, como la justicia y la administración lo están a la legislación".

En Chile, la propia Constitución previniendo los conflictos que pudiesen presentarse cuando el contenido de una ley orgánica sobrepase el mandato constitucional, ha otorgado competencia preventiva al Tribunal Constitucional para controlar su constitucionalidad pudiendo declararla total o parcialmente inconstitucional, haciéndole perder su eficacia, en la medida que declare que contempla preceptos contrarios a nuestra Constitución Política.

Por lo tanto, los Tribunales Constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos e intervenir, a través de la denominada jurisdicción de certeza, en el control preventivo de las leyes. Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso garantizan el principio de la supremacía constitucional.

Puede concluirse que los tribunales pueden resolverlos sólo cuando la propia Constitución les otorgue competencia.

En general, podemos afirmar que en Chile la jurisdicción de los tribunales comunes no alcanza a la posibilidad de solucionar el conflicto constitucional, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución lo estipule, como ocurre con el reclamo de nacionalidad y con las acciones de amparo - habeas corpus - protección de garantías constitucionales e inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad.

Para conocer tales conflictos constitucionales tienen competencia la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, según cual sea el caso como ya se vio.

Los principios consagrados por los artículos 6° y 7° de la Constitución Política así lo deciden. Nuestro ordenamiento no contempla el control difuso.

Las constituciones modernas como la de Italia, Austria, Alemania, Francia, España, Bélgica y Portugal contemplan Cortes Constitucionales como los tribunales idóneos para decidir conflictos constitucionales.

La Constitución Chilena de 1980 reestablece al Tribunal Constitucional del 70, ampliándole el ámbito de la jurisdicción a la solución de los conflictos constitucionales contemplados por su artículo 82°. Siendo así, ellos serán resueltos a través de un debido proceso, lo que indudablemente significa un gran avance

en el mantenimiento del orden público y de la eficacia del principio de la supremacía constitucional.

Esto se traduce en borrar la sombra siniestra de la autotutela en la solución de estos conflictos que, de no existir el proceso, estará siempre al acecho.

Con la creación de los tribunales constitucionales se amplía la esfera de la jurisdicción, para incluir en ella la solución de los conflictos constitucionales, especialmente los generados por el uso, por parte de los órganos competentes, de las funciones legislativa y ejecutiva.

No obstante la tesis que planteo, en orden a que el tribunal tiene el pleno ejercicio de la función jurisdiccional en las materias de su competencia, debo reconocer que sobre el particular la doctrina se encuentra absolutamente dividida. En efecto, hay quienes piensan que el Tribunal Constitucional es un legislador negativo, posición que resume Schmith al criticar el modelo Kelseniano, expresando que actúa como órgano político que legisla al confirmar la constitucionalidad de la ley o al expulsarla del orden jurídico al considerarla inconstitucional.

Este planteamiento tiene importancia por cuanto si se considera que la actuación del tribunal es propia de un legislador, sus decisiones no vinculan a los jueces cuya libertad para interpretar la ley se mantiene inalterable. Sólo produce efecto su decisión, cuando la ley cuestionada es declarada inconstitucional.

La conversión de la Constitución en una verdadera norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos, entre ellos el juez, ha revolucionado y cambiado definitivamente el rol de la justicia constitucional, toda vez que ha generado un vaso comunicante entre los tribunales constitucionales y los establecidos por el resto del sistema. Un buen ejemplo de ello es el caso italiano, en que cualquier juez puede suspender el conocimiento de un proceso a su cargo si surge en él una cuestión de constitucionalidad, cuya decisión somete a la consideración de la Corte Constitucional.

En cambio, en Estados Unidos todos los jueces deben aplicar la Constitución y, por lo tanto, en ese modelo no se cuestiona la jurisdicción de los tribunales al conocer de materias constitucionales.

En mi opinión, enfocado el tema desde el punto de vista del conflicto, debe llegarse necesariamente a concluir que siendo el proceso jurisdiccional una forma de solución prevista por la Constitución, la función que desarrolla el juez constitucional debe ser necesariamente jurisdiccional ya que, de lo contrario, no podría decidirlos con efecto de cosa juzgada.

En torno a este interesante tema, el Profesor Lautaro Ríos Alvarez sostiene con mucha razón que la jurisdicción constitucional es la potestad decisoria atribuida por la Constitución a uno o más órganos jurisdiccionales con la precisa misión de resguardar y hacer prevalecer el principio de supremacía de la Constitución en todas o en algunas de sus manifestaciones.

Cabe concluir entonces que la función que desempeñan los Tribunales Constitucionales es jurisdiccional. Para admitir la creación de Tribunales Constitucionales, es preciso otorgarles el ejercicio de la jurisdicción[2]

Por lo tanto, planteo como tesis que la función que ejerce el Tribunal Constitucional al resolver las materias de su competencia es jurisdiccional. La teoría del poder neutro resulta interesante e ingeniosa para explicar las atribuciones del tribunal, pero como yo lo expresara en mi obra sobre la jurisdicción, cada vez que un tribunal resuelve un conflicto con efecto de cosa juzgada, está ejerciendo jurisdicción.

Se trata de una jurisdicción que la Constitución le otorga a un Tribunal que está fuera de la organización común, lo que marca la diferencia fundamental entre un Tribunal Supremo y un Tribunal Constitucional: mientras que el primero se sitúa necesariamente - y de ahí su nombre - en la cúspide de un edificio jurisdiccional, el segundo se halla fuera de todo aparato jurisdiccional. Como subraya V. Crisafulli a propósito del Tribunal italiano, éste "no sólo no se incluye en el orden judicial, sino que ni siquiera pertenece a la organización jurisdiccional en el sentido más amplio del término. El Tribunal Constitucional se mantiene ajeno a los poderes estatales conocidos tradicionalmente. Forma un Poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto a la Constitución en todos los ámbitos". Lo anterior es válido para todos los sistemas estudiados, pues, como también lo señalara Kelsen, el órgano encargado de hacer respetar la Constitución no puede asimilarse a uno de los poderes que controla.

---

[2] VEASE SENTENCIA ROL N° 23, AGREGADA A ESTE TRABAJO.

En efecto, partiendo de la teoría del conflicto de intereses de relevancia jurídica y de sus formas de solución, corresponde a la Constitución Política determinar cuáles de ellos quedarán sometidos al imperio de la jurisdicción.

La alternativa del uso del proceso jurisdiccional como forma de solución de estos conflictos se traduce en [3]

a.- Garantizar la eficacia del principio de la supremacía constitucional.

"O la Constitución es la Ley Suprema, inmutable por medios ordinarios, o está en el nivel de las leyes ordinarias, y como otra, puede ser alterada cuando la legislatura se proponga hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son absurdos proyectos por parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. Ciertamente, todos los que han sancionado Constituciones escritas, las consideraban como ley fundamental y suprema de la nación y por consiguiente, la teoría de cada uno de los gobiernos debe ser que una ley de la legislatura que impugna a la Constitución es nula".

Con estas sencillas palabras el Ilustre Juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, John Marshall, exponiendo la opinión de la Corte en el caso Marbury vs. Madison consagraba definitivamente, a comienzos del siglo XIX, el principio de la supremacía constitucional.

---

[3] VEASE SENTENCIA ROL N° 207, AGREGADA A ESTE TRABAJO.

Dicho principio, que reconociendo lejanos antecedentes había sido formulado originariamente por Sir Edwards Coke, es la más efectiva garantía de la libertad y dignidad del hombre, puesto que impone a los poderes constitucionados la obligación de ceñirse a los límites que la Constitución - como Ley Superior - establece, y a respetar los derechos fundamentales que ella reconoce y asegura a todas las personas.

Sin embargo, como es fácil comprender, no basta con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistiría la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes instituidos sobrepasen las disposiciones de la Carta Fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la supremacía constitucional resulta, pues, insuficiente.

Surge así la necesidad de existencia de mecanismos, sistemas o procedimientos destinados a preservar en el orden de la realidad, esa supremacía constitucional establecida en el orden de las normas.

Teniendo presente que el peligro más grande que puede concebirse para la integridad del orden constitucional es la eventual vigencia de leyes inconstitucionales, dado que éstas, por el carácter general que

normalmente tienen, entrañan la posibilidad permanente de continuas violaciones de la Ley Fundamental cada vez que sean aplicadas, debe buscarse un camino para que ellas sean eliminadas.

b.- Evita la alternativa, siempre atrayente para algunos, de usar la autotutela - empleo de la fuerza - para resolver un conflicto constitucional. La historia está llena de ejemplos de conflictos entre poderes públicos que se han resuelto por la fuerza, llámese ésta revolución o golpe de estado.

c.- Los habitantes de la nación lograrán, como consecuencia de lo anterior, el pleno respeto de sus derechos constitucionales.

Para concluir con el desarrollo de esta parte del trabajo, debo recordar que nuestra Constitución Política establece los siguientes tribunales con competencia para conocer de conflictos constitucionales:

a.- El Tribunal Constitucional, cuya competencia se encuentra regulada por el artículo 82 de la Carta Política y por su ley orgánica que está en los anales de la conferencia.

b.- La Corte Suprema tiene jurisdicción constitucional para conocer de las siguientes materias:

1.- Declarar inaplicable para un caso concreto todo precepto legal vigente contrario a la Constitución en virtud de la facultad que le otorga el artículo 80 de la Carta Política cuando para ello es legalmente accionada.

2.- Es un tribunal de segunda instancia para conocer de las acciones constitucionales de protección y amparo contemplada por los artículos 20 y 21 de nuestra Constitución.

3.- Su artículo 12 faculta a la Corte Suprema para conocer del reclamo del afectado que se ve privado de su nacionalidad chilena o a quien se la desconozca.

4.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra i, se la faculta para ordenar el pago de daños sufridos por personas procesadas injustamente y para otorgar al expropiado protección cuando el acto que lo priva de su dominio es ilegal, dándole derecho a indemnización.

c.- El Senado. También cumple una función jurisdiccional en conflictos constitucionales al conocer de las siguientes materias:

1.- Es juez en la decisión de las acusaciones que formule la Cámara de Diputados en contra de algunas de las personas señaladas en el artículo 48 N° 2. Es este caso "el Senado resolverá como jurado y se limitará declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.

2.- Conoce de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia.

d.- Los Tribunales Electorales. Están contemplados en el capítulo 8° de la Constitución Política, que establece un tribunal que se denomina Calificador de Elecciones y Tribunales Electorales Regionales.

El primero resuelve conflictos constitucionales que surgen del proceso electoral y los regionales tienen la competencia que precisa el artículo 85.

e.- La Corte de Apelaciones conoce de las acciones constitucionales de protección y de amparo, de acuerdo a lo previsto en sus artículos 20 y 21.

De las disposiciones citadas y de otras contenidas en nuestro sistema, pueden hacerse las siguientes clasificaciones de la competencia constitucional:

a.- Atendiendo al tribunal competente para resolver conflictos constitucionales se clasifica en:

ÚÄÄÄ
ÄÄ¿

³ < Competencia del Tribunal Constitucional. Art. 82. ³

ÀÄÄÄ

ÄÄÙ

ÚÄÄÄ

ÄÄ¿

*³ < Competencia del Senado. Art. 48 Nº 2. ³

ÀÄÄÄ

ÄÄÙ

ÚÄÄÄ

ÄÄ¿

³ < Competencia de otros tribunales. ³

ÀÄÄÄ

ÄÄÙ

³ ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

³ ³ * Corte ³ - Inaplicabilidad Art. 80 ³

³ ³ Suprema ³ ³- Art. 12 nacionalidad ³

³ ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ

³ ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿ ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄ´ * Corte de ³- Amparo. Art. 21. ³

³ Apelaciones ³ ³- Protección. art. 20 ³

ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ

ÃÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿ ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

³* Jueces ÃÄÄÄÄ³- Proceso injusto ³

³ Ordinarios ³ ³ Art. 19 Nº 7 letra i ³

ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ

b.- Atendiendo a la materia:

ÚÄÄ¿

³- Competencia en materias esenciales ³

* ³ ³

³- Competencia en materias no esenciales ³

ÀÄÄÙ

Tanto Eisenmann como Kelsen y Favoreu establecen que la razón de ser de la justicia constitucional radica en la confrontación de los actos del legislador con la Constitución, lo que consideran su competencia esencial, que no puede faltar. Sin ella el Tribunal no tiene el carácter de constitucional.

Sin el control de constitucionalidad de las leyes, no se justifica la existencia de un Tribunal Constitucional. El Parlamento debe respetar la Constitución en su forma y fondo y si la violenta, sus decisiones deben ser declaradas inconstitucionales, con lo cual pierden su mérito público.

A dicha competencia se le pueden agregar otros asuntos contenciosos constitucionales que, por tal motivo, se denominan como no esenciales.

La competencia de los números 1, 2 y 3 del artículo 82 tendrían el carácter de esenciales y el resto quedaría dentro de la competencia no esencial.

c.- Atendiendo al momento del control:

ÚÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ¿

³- Competencia a priori ³

³ ³

³- Competencia a posteriori ³

ÀÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÙ

Control a priori es aquel que ejerce el tribunal antes de la promulgación de la ley. Es una de las características del Tribunal Constitucional Nacional contenida en los números 1 y 2 del Artículo 82.

Control a posteriori es un contencioso objetivo que se genera una vez dictada la ley. En Chile lo ejerce la Corte Suprema al conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En el derecho comparado es la facultad típica de la Corte Suprema norteamericana y en Europa de los Tribunales Constitucionales.

Nuestro sistema lo tiene en los casos del artículo 82 números 4, 5, 6, 7, 10, 11 y 12.

d.- Competencia en función de causales:

ÚÄÄÄ¿

³- Vicios de inconstitucionalidad de forma ³

* ³ ³

³- Vicios de inconstitucionalidad de fondo ³

ÀÄÄÄÙ

Son causales de forma las que se refieren a la formación del acto controlado, ya sea ésta una ley o un decreto. Su constitucionalidad o inconstitucionalidad surgirá de comparar las reglas que regulan los trámites de formación de la ley o del decreto, con la Constitución.

Son causales de fondo las que surgen de comparar el contenido de la ley o el decreto con las normas constitucionales.

e.- Atendiendo a la función que cumple el Tribunal al decidir, en:

ÚÄÄÄ¿

³- Competencia preventiva ³

* ³ ³

³- Competencia contenciosa constitucional ³

ÀÄÄÄÙ

Competencia preventiva es aquella que corresponde ejercer al Tribunal Constitucional de oficio, por mandato constitucional y sin que medie acción que le impulse.

El problema que se presenta en esta competencia es el determinar quién califica si la materia de la ley aprobada por el Congreso es o no orgánica constitucional.

En ello pueden producirse problemas. Si se consulta parcialmente la ley, puede el tribunal pronunciarse sobre disposiciones que, estando en la ley, no han sido consultadas; y en caso de que no se consulte, si el Tribunal puede actuar de oficio.

ÄÄÄ
ÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ

NOTA: En el caso N° 1 del artículo 82 le corresponde actuar a requerimiento de la Cámara de origen; en el N° 2 puede hacerlo a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio; en el caso del N° 3 podrá ser impulsada por el Presidente de la República, por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio; en el N° 4 sólo pueden accionar el Senado o la Cámara de Diputado; en el caso del N° 5 por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicios; en el caso del N° 9 son titulares de la acción la Cámara de Diputados o la cuarta parte de sus miembros en ejercicio; en el N° 7 y 10 hay acción pública, salvo en el caso del N° 7 cuando la persona afectada es el Presidente de la República, en tal caso el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputado o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio; en caso del N° 11 solo puede accionar el Presidente de la República o 10 parlamentarios a lo menos y en el del N° 12 solo a requerimiento de cualquiera de las Cámaras.

La competencia de oficio, cuando el tribunal puede actuar sin acción o requerimiento de terceros. En general, el Tribunal Constitucional chileno carece de esta facultad, según lo indica el artículo 3° de su ley orgánica. Con todo, hay áreas discutibles que escapan del contenido de esta charla.

Esta competencia está contenida en el artículo 82 N° 1 de la Constitución Política y en el párrafo 1° Título II de la Ley N° 17.997 orgánica del Tribunal.

Precluye la posibilidad de requerir al Tribunal cuando exista pronunciamiento sobre la misma materia. Artículo 37 de la Ley 17.997.

Esta competencia está prevista por el artículo 82 N° 1. La Constitución es clara en lo que se refiere a la oportunidad de controlar la constitucionalidad de las leyes orgánicas ya que esto debe ocurrir entre su aprobación por el Congreso y su promulgación por el Presidente de la República.

La competencia para resolver conflicto de constitucionalidad está prevista por el artículo 82 por sus numerales 2°, 3° 4°, 5°, 6°, 7°, 10°, 11° y 12°.

Competencia para resolver conflictos constitucionales es aquella que se contiene en el N° 2 y que se refiere a conflictos de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley, de reforma constitucional o de tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

La materia del conflicto esencial es la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo, por ello es que deben ser solemnes y fundados. Artículo 39.

Para ejercer esta competencia se requiere, según el fallo recaído en el Rol N° 5, que concurran los siguientes presupuestos:

a.- Que se suscite una cuestión de constitucionalidad, esto es, un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores.

b.- Que la desigual interpretación de las normas constitucionales, en el caso en estudio, se produzca en relación a un proyecto de ley o a una o más disposiciones.

c.- Que la discrepancia que se suscite sobre la preceptiva constitucional en relación a las normas de un proyecto de ley sea precisa y concreta. Esta condición delimita la competencia del Tribunal para resolver el asunto sometido a su consideración y adquiere especial relevancia si se recuerda que la acción sólo pude ser deducida por titulares nominativamente señalados por la carta Fundamental y que el Tribunal no puede actuar de oficio, debiendo ajustar su resolución estrictamente al "objeto pedido" en el requerimiento, y

d.- Que la cuestión de constitucionalidad se suscite durante la tramitación del proyecto de ley. En consecuencia, el período en que puede formularse el requerimiento, durante el proceso de formación de la ley, se extiende desde el momento en que el proyecto respectivo ha iniciado su tramitación legislativa y hasta aquel en que se ha producido la sanción expresa, tácita o forzada de la ley, es decir, ya aprobada por el Presidente o transcurrido el plazo para observarla o comunicado por la Cámara de origen el resultado de la observaciones que se hubieren formulado.

ÄÄÄ

ÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄÄ

IV.- CARACTERÍSTICAS DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso del Tribunal Constitucional, es la propia Constitución la que ha fijado su competencia en todo lo relativo al ejercicio de la jurisdicción constitucional, que antes, o no contemplaba esta forma de solución o estaba entregada a otros tribunales, como es el caso de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones.

Su competencia tiene un elemento esencial: el control de la constitucionalidad de las leyes. Favoreu señala que "no hay justicia constitucional y, por lo tanto, no hay Tribunal Constitucional sin la atribución central que es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, la sumisión de la voluntad del Parlamento al respeto de la regla de derecho, ya **se trate de una regla formal o de fondo**".

En la especie, los conflictos constitucionales descritos por el artículo 82, antes no tenían solución jurisdiccional y, por lo tanto, o no se resolvían o se resolvían por la fuerza.

Como características de la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional pueden precisarse las siguientes:

a.- Es de origen constitucional y por lo tanto, no puede ser alterada por la ley.

b.- Es restringida y sólo se refiere a las materias relativas a los conflictos tipificados por el artículo 82.

c.- Es privativa del tribunal y, como tal, improrrogable e indelegable.

d.- Es de ejercicio forzado o eventual, según la materia que se trate. El artículo 3° de su ley orgánica dispone "el Tribunal sólo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de los órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución Política".

e.- Se rige por el principio de la especialidad, por las normas que la establecen y que están contenidas en la Constitución Política y en la ley 17.997 y por sus autos acordados. El artículo 1° de la referida ley dispone "el Tribunal Constitucional regulado por el Capítulo VII de la Constitución Política y por esta ley, es un órgano del Estado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder".

En subsidio, a la competencia del tribunal se le aplican los principios generales contenidos en la legislación común.

f.- Su competencia se rige por la regla de la inexcusabilidad contemplada por el artículo 73 de la Constitución Política y reiterada por el inciso 2° del citado artículo 3° que expresa "Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos

de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión".

g.- La falta de competencia o la incompetencia por falta de jurisdicción sólo podrá resolverla el propio tribunal, de acuerdo a lo dispuesto el artículo 18 de la Ley 17.997 que expresa "En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia del Tribunal. Sólo éste, de oficio, podrá conocer y resolver su falta de jurisdicción o competencia".

h.- El control de constitucionalidad de las leyes cumple otras funciones conexas: contribuye a la pacificación de la vida política, dando la certidumbre a la oposición de que tiene un medio de hacer respetar por la mayoría los límites constitucionales; asegura la regulación y autentificación de los cambios y las alternancias políticas, evitando un "retorno del péndulo" demasiado fuerte, susceptible de romper el equilibrio constitucional, y canalizando la oleada de reformas de la nueva mayoría; y refuerza la cohesión de la sociedad política, como ha sido el caso de los Estados Unidos.

i.- En materia de interpretación, debe regirse por las reglas que inspiran la interpretación constitucional y que son vastamente conocidas.

j.- Cosa Juzgada. Sus sentencias producen cosa juzgadas al tenor de lo previsto por el artículo 83 de la Constitución Política y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

k.- Por último, su competencia permite a los Tribunales Constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos constitucionales a la realidad nacional en los casos en que la rigidez de ellos provoque problemas de alteración de garantías.

A propósito de la competencia constitucional, me referiré a los principios procesales que la informan.

El profesor escoses Wynes Miller creó el concepto que denominó "principios informadores del derecho procesal", que concibe como las estructuras de referencia que permiten calificar un sistema procesal.

Dentro de su ámbito la competencia del Tribunal Constitucional se inspira en los siguientes principios:

a.- Tribunal preestablecido. Artículo 19 Nº 3. Señala que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. En la especie, es la propia constitución la que lo estableció en el artículo 81 al expresar "habrá un Tribunal Constitucional integrado por 7 miembros ..." y delegó en una ley orgánica constitucional su organización y funcionamiento. Esa ley es la Nº 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, para ejercer competencia en la solución de los conflictos a que se refiere el artículo 82 de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional cumple plenamente con este principio.

b.- Principios de Jurisdicción y Cosa Juzgada. Como ya se dijo es opinión de este viejo profesor que este Tribunal ejerce plena jurisdicción en toda las materias de su competencia con la sola excepción de la prevista en el N° 9 en que es un órgano informante.

La jurisdicción es el poder que tiene un tribunal para conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado y está establecida en el artículo 73 otorgándosele a todos los Tribunales de la República. Entre ellos se encuentra el Tribunal Constitucional.

El propio artículo 83 de la Constitución confirma el efecto de cosa juzgada que producen sus sentencias, tanto como acción y como excepción. Esto último es incluso válido para la Corte Suprema, como lo indica el inciso final del citado artículo que expresa: "Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia".

c.- Inexcusabilidad. El Tribunal legalmente requerido debe ejercer su jurisdicción, como lo ordena el artículo 73 inciso 2° de la Constitución Política reiterado por el artículo 3° inciso 2° de la ley 17.997.

d.- Debido Proceso. En el ejercicio de las facultades que le otorga su competencia, el Tribunal debe ceñirse a las normas que establece el capítulo II de su ley orgánica. Con ello se
da cumplimiento a lo previsto por el artículo 19 N° 3 inciso 4° que expresa "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado".

e.- Es un Tribunal de única instancia. Estos tribunales, por su propia competencia, son únicos en la organización constitucional y, por lo tanto, las sentencias que dictan no son susceptibles de revisión por tribunal superior. La aplicación de este principio emana de su naturaleza.

f.- En lo funcional, en el ejercicio de su competencia, el tribunal da eficacia a los principios de la bilateralidad, buena fe y publicidad, entre otros.

Finalmente me referiré a los limites de su competencia.

El constituyente ha fijado exactamente la esfera de atribuciones que constituyen la competencia del tribunal. En efecto, el artículo 82 en sus distintos numerales señala precisamente los conflictos que debe resolver y su ley orgánica regula los aspectos funcionales.

El problema que ha planteado la doctrina procesal constitucional en relación a los límites de competencia del tribunal es el siguiente: hasta dónde llega la competencia del tribunal en función de la atribución legislativa del Congreso.

En efecto, al resolver, dentro del concepto Chiovendano, el tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto, resolviendo el asunto sometido a su jurisdicción y al resolver, hace prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado.

Pueden señalarse algunas ideas de utilidad para fijar el límite de la competencia del Tribunal Constitucional.

a.- El tribunal tiene competencia para velar por el cumplimiento de las normas constitucionales sólo en aquellas materias en que expresamente la Constitución o la ley así lo determinen.

Demuestra lo dicho que la propia Constitución entrega a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones la custodia de otras garantías constitucionales, como las acciones de inaplicabilidad, amparo y protección.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional limita su competencia a los actos del poder público que vulneran la supremacía constitucional sólo cuando la propia Constitución así lo indica.

b.- Su competencia surge de comparar el acto realizado por la autoridad, con las normas previstas por la Constitución política. Para ello es necesario que un órgano constitucional ejecute un acto cuyo control quede sometido a su jurisdicción.

c.- Su competencia limita en lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado. En esta doctrina, coinciden la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Francia, Alemania, Italia y España y las opiniones de nuestros constitucionalistas.

El tribunal no legisla ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales. Sólo debe resolver si se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar porque la ley o el decreto no vulnere los límites constitucionales, y de otra no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los Tribunales Ordinarios de Justicia.

V. LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Puede definirse como el derecho a impulsar al Tribunal Constitucional para que abra un proceso destinado a conocer y decidir en las materias de su competencia.

Tanto la Constitución Política como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Chile establecen y regulan las procedencia y efectos de esta acción.

En esta parte del trabajo precisaré su regulación en el sistema chileno la que se complementará con la jurisprudencia que sobre el tema se acompaña como anexo.

a) Inexcusabilidad. Poder deber de la jurisdicción. El Tribunal Constitucional debidamente accionado debe abrir proceso. Así lo dispone el artículo 73, inciso segundo, de la Constitución Política, ya citado, y el artículo 3° de la Ley N° 17.997 Orgánica del Tribunal que expresa: "el Tribunal sólo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de los órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución Política".

"Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión".

b) Titulares de la acción. Existen diversas normas sobre legitimación activa para accionar ante el Tribunal Constitucional.

b.1.) Conflictos de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política.

Tienen acción:

b.1.a. El Presidente de la República.

b.2.b. Cualquiera de las Cámaras como cuerpos legislativos.

b.3.c. La cuarta parte de los miembros en ejercicios de cualquiera de las Cámaras.

Deben requerir antes de la promulgación de la ley. Accionado al Tribunal por su decisión se impide la promulgación de la ley impugnada [4]

b.2.) Conflicto de constitucionalidad de un decreto con fuerza de Ley. Artículo 82, N° 3°.

En el caso del número 3°, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República, dentro del plazo de diez días, cuando la Contraloría rechace por

[4] VEASE SENTENCIA ROL N° 228, AGREGADA A ESTE TRABAJO.

inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

b.3.) Artículo 82, N° 4. Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones.

En el caso del número 4°, la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria.

El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuere procedente.

Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaren menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo.

b.4.) Artículo 82, N° 5. Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto

diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional.

En el caso del número 5°, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiere el reclamo promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

b.5.) Artículo 82, N° 6°. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88, que establece: "Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia".

b.6.) Artículo 82, N° 7. Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la

declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del número 15° del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por el número 7° de este artículo.
Sin embargo, si en el caso del número 7°. la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

b.7. Artículo 82, N° 9. Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49, N° 7, de esta Constitución, que expresa, "7) Declarar la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones; y declarar asimismo, cuando el Presidente de la República haga dimisión de su cargo, si los motivos que la originan son o no fundados y, en consecuencia, admitirla o desecharla. En ambos casos deberá oír previamente al Tribunal Constitucional;".

En el caso del número 9°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de la Cámara de Diputados o de la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

b.8) Artículo 82, N° 10. Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por el número 10° de este artículo.

b.9.) Artículo 82, N° 11. Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios.

En el número 11°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio.

b.10.) Artículo 82, N° 12. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.

En el caso de este número 12°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado.

La Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, establece un conjunto de normas procesales que se refieren a la acción, al procedimiento y al proceso. Ellas figuran en el texto de la ley que se acompaña como anexo.

Por incluirse en el temario, se anexa alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la titularidad de la acción y la legitimación activa.

V.- EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Proceso constitucional es aquel en que interviene un tribunal para dirimir conflictos constitucionales en materias de su competencia. Puede abrirse por acción de parte o de oficio en el caso del control preventivo contemplado por el artículo 82 N° 1 de la Constitución Política.

El control preventivo obligatorio está reglamentado por el Párrafo I del Título II de la Ley N° 17.997, y en especial por el artículo 34, que expresa "En el caso del número 1 del artículo 82 de la Constitución Política, corresponderá al Presidente de la Cámara de origen enviar al Tribunal los proyectos de leyes orgánicas constitucionales y de leyes que interpreten algún precepto de la Constitución".

"El plazo de cinco días a que se refiere el inciso tercero del artículo 82 de la Constitución, se contará desde que quede totalmente tramitado por el Congreso el proyecto respectivo, lo que certificará el Secretario de la Cámara de origen".

"Si durante la discusión del proyecto se hubiere suscitado cuestión de constitucionalidad de uno o más de sus preceptos, deberán enviarse al Tribunal, además, las actas de las sesiones, de sala o comisión, o el oficio del Presidente de la República, en su caso, donde conste la cuestión de constitucionalidad debatida o representada".

Los párrafos 2°, 3° y 4° contemplan los procedimientos que se inician a petición de parte legitimada al proceso constitucional, como acertadamente lo señala Couture no es un proceso cualquiera. El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio y garantía de los derechos amparados por la Constitución Política. Es un proceso jurisdiccional que responde al concepto del debido proceso que se concibe como un conjunto de actos procesales unidos por la relación procesal y que normados por un procedimiento, tiene por objeto la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica - en la especie constitucionales -, con efecto de cosa juzgada.

En mérito de tal definición los presupuestos del proceso constitucional son los siguientes:

1) La existencia de un conflicto constitucional, entendiéndose por tal aquel que surge con motivo de la infracción, incumplimiento o interpretación de la Constitución.

2) La concurrencia interrelacionada de un conjunto de hechos y actos procesales, que integran el proceso y que pueden emanar del tribunal, de los sujetos del proceso y eventualmente de terceros autorizados.

3) El proceso es una relación jurídico procesal compleja que, limitando en su competencia específica, sirve para que las partes hagan valer sus derechos procesales en tiempo y forma y para que el Tribunal pueda, agotada la fase del conocimiento resolver mediante la sentencia definitiva el conflicto sometido a su decisión.

4) Todo proceso en su desarrollo debe ajustarse a una norma de procedimiento que debe serle preestablecida. Con ello se garantiza la igualdad de los derechos procesales de las partes, dándose así cumplimiento efectivo a lo previsto por el artículo 19 N° 3° de la Constitución Política que expresa en sus partes pertinentes que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado" y "que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento".

En la especie es la ley orgánica Constitucional del Tribunal N° 17.997 la que lo establece.

El proceso constitucional que señala la propia Carta se perfila así como el instrumento adecuado e idóneo para el cumplimiento de la función jurisdiccional del Estado en esta importante área de conflictos.

5.- Debido proceso. El citado artículo 19 N° 3 exige que el proceso jurisdiccional "sea debido" o sea, eficaz para el cumplimiento de su función de resolver los conflictos de intereses entre partes y mantener la vigencia del estado de derecho. La disposición señala "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento".

Las finalidades del proceso constitucional son las mismas que las de todo proceso, más en este caso su segundo objetivo resulta mucho más relevante.

En efecto, el proceso tiene como primera misión la de resolver el conflicto sometido al tribunal y la segunda, en el caso de la justicia constitucional es la de preservar y garantizar la supremacía constitucional.

Como decía uno de nuestros grandes jueces constitucionales, Israel Bórquez, no basta "con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistiría la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes instituidos sobrepasen las disposiciones de la Carta Fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la supremacía constitucional resulta, pues, insuficiente.

Surge así la necesidad de existencia de mecanismos, sistemas o procedimientos destinados a preservar en el orden de la realidad, esa supremacía constitucional establecida en el orden de las normas.

Teniendo presente que el peligro más grande que puede concebirse para la integridad del orden constitucional está constituido por la eventual vigencia de leyes inconstitucionales, dado que éstas, por el carácter general que

normalmente tienen, entrañan la posibilidad permanente de continuas violaciones de la Ley Fundamental cada vez que sean aplicadas; nosotros podemos, siguiendo a la doctrina, agrupar las formas de control de la supremacía constitucional en políticas y jurisdiccionales, según sea la naturaleza de los órganos encargados de cumplir con dicha función a las cuales podemos agregar las formas mixtas o eclécticas, en las que el control de la constitucionalidad se encuentra compartido entre órganos que ejercen función legislativa y órganos que ejercen función jurisdiccional".

Una Constitución Política no puede regular de un modo exhaustivo todas las materias comprendidas en su texto. Es el legislador quién debe complementar y detallar las instituciones que la Carta Fundamental sólo perfila en sus líneas más gruesas.

En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamenta. El Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar que la ley efectivamente no vulnera los límites constitucionales.

Tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el legislador excede su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido.

El principio que se ha descrito constituye un criterio interpretativo adoptado explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo.

De esta manera, el Consejo Constitucional francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito.

En efecto, con ocasión de un requerimiento que impugnaba un proyecto de ley que creaba y aumentaba penas, el Consejo galo señaló: "... *la Constitución no le confiere al Consejo constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución*".

En el caso jurisprudencial descrito, los requirentes fundamentaban la impugnación de la ley sobre penas en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 según el cual: "... *la ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias...". En su resolución, el Consejo Constitucional francés afirmó: "Dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos...*".

El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha señalado: "*La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos*

amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en Ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad".

Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido: "*Como ya dijimos en una de nuestras primeras sentencias (STC 11/1981.FJ7) "la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferentes signo"*. El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional".

En el caso de Italia, por último, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las funciones del Tribunal Constitucional. En tal sentido, el artículo 28 de la ley 87 del 11 de marzo de 1953 veda al Tribunal "cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento.

VII. CONCLUSIONES

1°) El conflicto constitucional existe y debe resolverse por medio del proceso, única forma de evitar la autotutela y de lograr la vigencia real y efectiva de la norma constitucional

2°) Para ello la propia Constitución como una forma de autoprotección de sus normas, debe contemplar la existencia de tribunales con jurisdicción suficiente y adecuada para resolver los conflictos constitucionales y los mecanismos procesales para impulsarla.

3°) En chile existe Justicia Constitucional toda vez que la propia Carta Fundamental establece el Tribunal Constitucional y otorga competencia a los demás tribunales ya comentados para la solución de conflictos constitucionales.

El artículo 81 contempla la existencia y composición del Tribunal Constitucional; el artículo 82 su competencia y materias procesales y el artículo 83 la cosa juzgada y otros efectos derivados de la sentencia que dicte.

4°) No obstante el sistema puede mejorarse y le corresponderá al constituyente impulsar esa tarea.

ANEXOS

1. Normas de la Constitución Política de la República de 1980.

CAPITULO VII

Tribunal Constitucional

Artículo 81.- Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados en la siguiente forma:

a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas;

b) Un abogado designado por el Presidente de la República;

c) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional;

d) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

Las personas referidas en las letras b), c) y d) deberán tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidas a las normas de los artículos 55 y 56, y sus cargos serán incompatibles con el de diputado o senador, así como también con la calidad de ministro del Tribunal Calificador de Elecciones.

LEY 19541 Art. único N° 6 D.O. 22.12.1997

Los miembros del Tribunal durarán ocho años en sus cargos, se renovarán por parcialidades cada cuatro años y serán inamovibles.

Les serán aplicables las disposiciones de los artículos 77, inciso segundo, en lo relativo a edad y el artículo 78.

Las personas a que se refiere la letra a) cesarán también en sus cargos si dejaren de ser ministros de la Corte Suprema por cualquier causa.

En caso de que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda de acuerdo con el inciso primero de este artículo y por el tiempo que falte al reemplazado para completar su período.

El quórum para sesionar será de cinco miembros. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría y fallará con arreglo a derecho.

Una ley orgánica constitucional determinará la planta, remuneraciones y estatuto del personal del Tribunal Constitucional, así como su organización y funcionamiento.

Artículo 82.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1°.- Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;

2°.- Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

3°.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

4°.- Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

5°.- Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

6°.- Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;

7°.- Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del número 15° del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

LEY 18825 Art. único N° 40 D.O. 17.08.1989

8°.- DEROGADO

LEY 18825 Art. único Nº 41 D.O. 17.08.1989

9°.- Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 N°. 7 de esta Constitución;

10°.- Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

11°.- Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, y

12°.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.

El Tribunal Constitucional podrá apreciar en conciencia los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los números 7°., 9°. y 10°., como, asimismo, cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario.

LEY 18825 Art. único Nº 42 D.O. 17.08.1989

En el caso del número 1°., la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.

En el caso del número 2°., el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una

cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley.

El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

En el caso del número 3°., la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un Decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contados desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

En el caso del número 4°., la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contado desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria.

El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuere procedente.

Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaren menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo.

En los casos del número 5°., la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiere el reclamo promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

En el caso del número 9°., el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de la Cámara de Diputados o de la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 7°. y 10°. de este artículo.

LEY 18825 Art. único N° 42 D.O. 17.08.1989

Sin embargo, si en el caso del número 7°. la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

En el caso del número 11°., el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio.

En el caso del número 12°., el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado.

Artículo 83.- Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. En los casos de los números 5°. y 12°. del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedara sin efecto de pleno derecho, con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo.

Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.

2. Normas de la Ley N° 17.779, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

CAPITULO II (ARTS. 26-73)

Del Procedimiento del Tribunal Constitucional

TITULO I (ARTS. 26-33)

Normas Generales de Procedimiento

Artículo 26°. A las disposiciones de este capítulo se someterá la tramitación de las causas y asuntos que se sustancien en el Tribunal.

Artículo 27°. El procedimiento ante el Tribunal será escrito y los requerimientos que se presenten y las actuaciones que se realicen se harán en papel simple.

Excepcionalmente, el Tribunal, si lo estima necesario, podrá disponer que se oigan alegatos en la forma y condiciones que determine.

Artículo 28°. El Tribunal podrá disponer la acumulación de aquellos asuntos o causas con otros conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión.

Artículo 29°. El Tribunal deberá resolver los asuntos sometidos a su conocimiento guardando el orden de su antigüedad, salvo cuando motivos justificados exijan que dicho orden se altere.

Cuando el Tribunal decida hacer uso de la prórroga de plazo a que se refiere el inciso quinto del artículo 82 de la Constitución Política o ampliar plazos prorrogables fijados por esta ley o por el Tribunal, deberá expresarlo en resolución fundada que se pronunciará antes del vencimiento de los plazos referidos.

Artículo 30°. El Tribunal podrá decretar las medidas que estime del caso tendientes a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto que conozca.

Podrá requerir, asimismo, de cualquier poder, órgano público o autoridad; organización y movimiento o partido político, según corresponda, los antecedentes que estime convenientes y éstos estarán obligados a proporcionárselos oportunamente.

Artículo 31°. Las sentencias del Tribunal deberán cumplir, en lo pertinente, con los requisitos indicados en los números 1° a 6°, inclusive, del artículo 170 de Código del Procedimiento Civil.

Los Ministros que discrepen de la opinión mayoritaria del Tribunal deberán hacer constar en el fallo su disidencia.

Artículo 32°. Contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno. El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá modificar sus resoluciones sólo si se hubiere incurrido en algún error de hecho que así lo exija.

La modificación a petición de parte deberá solicitarse dentro de siete días contados desde la notificación de la respectiva resolución. El Tribunal se pronunciará de plano sobre esta solicitud.

Artículo 33°. Los plazos de días establecidos en la presente ley será de días corridos y no se suspenderán durante los feriados.

La fecha de la notificación por carta certificada y de las comunicaciones a que se refiere el Título II será, para todos los efectos legales, la del día siguiente a la de su expedición.

Las comunicaciones se efectuarán mediante oficio.

TITULO II (ARTS. 34-73)

Normas Especiales de Procedimiento

Párrafo 1 (ARTS. 34-37)

Control Obligatorio de Constitucionalidad

Artículo 34°. En el caso del número 1 del artículo 82 de la Constitución Política, corresponderá al Presidente de la Cámara de origen enviar al Tribunal los proyectos de leyes orgánicas constitucionales y de leyes que interpreten algún precepto de la Constitución.

El plazo de cinco días a que se refiere el inciso tercero del artículo 82 de la Constitución, se contará desde que quede totalmente tramitado por el Congreso el proyecto respectivo, lo que certificará el Secretario de la Cámara de origen.

Si durante la discusión del proyecto se hubiere suscitado, cuestión de constitucionalidad de uno o más de sus preceptos, deberán enviarse al Tribunal, además, las actas de las sesiones, de sala o comisión, o el oficio del Presidente de la República, en su caso, donde conste la cuestión de constitucionalidad debatida o representada.

Artículo 35.- Una vez recibida la comunicación por el Tribunal, el Presidente ordenará traer los autos en relación y el asunto quedará en estado de tabla.

Oída la relación, el Tribunal resolverá sobre la constitucionalidad del proyecto.

Resuelto por el Tribunal que el proyecto respectivo es constitucional, y no habiéndose producido en la etapa de discusión de dicho proyecto la situación prevista en el inciso final del artículo anterior, el Tribunal así lo declarará y su Presidente lo comunicará a la Cámara de origen.

En todo caso la resolución deberá ser fundada si se tratare de una ley interpretativa de la Constitución.

Si el Tribunal encontrare que el proyecto es constitucional y se hubiere producido la situación prevista en el inciso final del artículo anterior, el Tribunal deberá declarar la constitucionalidad del proyecto fundándola respecto de los preceptos que, durante su tramitación, hubieren sido cuestionados.

Si el Tribunal resolviere que uno o más preceptos del proyecto son inconstitucionales deberá declararlo así mediante resolución fundada, cuyo texto íntegro se remitirá a la Cámara de origen.

Artículo 36°. Ejercido el control de constitucionalidad por el Tribunal, la Cámara de origen enviará el proyecto al Presidente de la República para su promulgación, con exclusión de aquellos preceptos que hubieren sido declarados inconstitucionales por el Tribunal.

Artículo 37°. Habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de un proyecto ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política, en los términos señalados en los artículos anteriores, no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos.

Párrafo 2 (ARTS. 38-50)

Conflictos de Constitucionalidad

Artículo 38°. En el caso del número 2 del artículo 82 de la Constitución Política, los requerimientos deberán ser formulados al Tribunal de la manera que se señala en los incisos siguientes.

El requerimiento del Presidente de la República deberá llevar, también, la firma del Ministro de Estado correspondiente.

Cuando el requirente fuera alguna de las Cámaras, la comunicación deberá ser firmada por el respectivo Presidente y autorizada por el Secretario.

Si el requerimiento emanare de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de una de las Cámaras, podrá formularse por conducto del Secretario de la respectiva Corporación o directamente ante el Tribunal. En uno y otro caso, deberán firmar los parlamentarios ocurrentes y autorizarse su firma por el Secretario señalado o por el del Tribunal Constitucional. Siempre deberá acreditarse que los firmantes constituyen a lo menos el número de parlamentarios exigidos por la Constitución. En el respectivo requerimiento deberá designarse a uno de los parlamentarios firmantes como representante de los requirentes en la tramitación de su reclamación.

Artículo 39°. El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas.

Al requerimiento deberán acompañarse, en su caso, copias íntegras de las actas de sesiones de sala o comisión en las que se hubiere tratado el problema y de los instrumentos, escritos y demás antecedentes invocados.

En todo caso se acompañará el proyecto de ley, de reforma constitucional o tratado, con indicación precisa de la parte impugnada.

Artículo 40°. Recibido el requerimiento por el Tribunal, se comunicará al Presidente de la República la existencia de la reclamación para que se abstenga de promulgar la parte impugnada del respectivo proyecto, salvas las excepciones señaladas en el inciso sexto del artículo 82 de la Constitución Política.

Artículo 41.- Si el requerimiento no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 39 de la presente ley, el Tribunal podrá, por resolución fundada, no admitirlo a tramitación. La resolución se comunicará a quien hubiere recurrido.

Los interesados, dentro de tres días contados desde la fecha de la comunicación, podrán subsanar los defectos de su requerimiento o completar los antecedentes que hubieren omitido. Si así no lo hicieren, el requerimiento se tendrá por no presentado para todos los efectos legales.

Si transcurrido el plazo señalado en el inciso anterior no se hubieren subsanado los defectos del requerimiento o no se hubieren completado los antecedentes, el Tribunal comunicará este hecho al Presidente de la República para que proceda a la promulgación de la parte del proyecto que fue materia de la impugnación.

Artículo 42°. Admitido a tramitación un requerimiento, deberá ponerse en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, enviándoles copia de él, quienes dispondrán de cinco días, contados desde la fecha de la comunicación, para hacer llegar al Tribunal las observaciones y los antecedentes que estimen necesarios. Transcurrido dicho plazo, el Tribunal procederá con la respuesta o sin ella.

Artículo 43°. Una vez evacuados los trámites o diligencias anteriores, el Presidente ordenará traer los autos en relación y el asunto quedará en estado de tabla.

Oída la relación y producido, el acuerdo, se designará Ministro redactor.

Artículo 44°. El Tribunal podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad, respecto de las normas cuestionadas, en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el requerimiento.

Artículo 45°. Las sentencias se comunicarán al requirente y, en su caso, al Presidente de la República, al Senado, a la Cámara de Diputados y a la Contraloría General de la República, para los fines a que hubiere lugar.

También dichas sentencias se comunicarán, en cuanto corresponda, a la Corte Suprema, para el efecto establecido en el inciso final del artículo 83 de la Constitución Política.

Artículo 46°. En el caso del número 3 del artículo 82 de la Constitución Política, se aplicarán en lo pertinente las normas anteriores de este párrafo y las que se contienen en los incisos siguientes.

Cuando el requerimiento provenga del Presidente de la República, el plazo a que se refiere el inciso séptimo del artículo 82 de la Constitución se contará desde que se reciba en el Ministerio de origen el oficio de representación del Contralor General de la República.

El Tribunal deberá resolver dentro de 30 días contados desde que reciba el requerimiento o, si éste fuere defectuoso o incompleto, desde que se subsanen las deficiencias o se completen los antecedentes, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de esta ley. El Tribunal podrá prorrogar este plazo hasta por quince días si existieren motivos graves y calificados, mediante resolución fundada.

La sentencia que acoja el reclamo presentado por el Presidente de la República será comunicada al Contralor General para que proceda, de inmediato, a tomar razón del decreto con fuerza de ley respectivo.

La sentencia que acoja un reclamo respecto de todo o parte de un decreto con fuerza de ley del cual la Contraloría General hubiere tomado razón, se publicará en el Diario Oficial dentro de tres días contados desde la fecha de la dictación de la sentencia y la norma respectiva quedará sin efecto de pleno derecho.

Artículo 47°. En el caso del número 4 del artículo 82 de la Constitución Política, se aplicarán en lo pertinente las normas de los artículos 38 a 45, inclusive, de esta ley y las que se expresan en los incisos siguientes.

El requerimiento deberá indicar, además, si la cuestión se refiere a la procedencia de la consulta plebiscitaria, a su oportunidad o a los términos de la misma, precisando los aspectos específicos de la impugnación y su fundamento.

El Tribunal deberá resolver dentro del plazo indicado en el inciso tercero del artículo anterior.

Si la sentencia resolviere que el plebiscito es procedente, deberá fijar en la misma resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, manteniendo la forma dispuesta en el decreto de convocatoria o modificándola, en su caso.

La sentencia deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de tres días contados desde la fecha de su dictación.

Artículo 48°. En el caso del número 5 del artículo 82 de la Constitución Política, se aplicarán en lo pertinente las normas de los artículos 38 a 45, inclusive, de esta ley y las que se expresan en los incisos siguientes.

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 42 de esta ley, admitido a tramitación el requerimiento, deberá ponerse en conocimiento del Contralor General de la República.

La sentencia del Tribunal que, al acoger el reclamo, promulgue la ley, rectifique la promulgación incorrecta o declare la inconstitucionalidad de un decreto, se remitirá a la Contraloría General para el solo efecto de su registro. Cumplido dicho trámite, ésta ordenará de inmediato su publicación el Diario Oficial, la que se efectuará dentro de los cinco días siguientes.

Esta nueva publicación, su caso, no afectará la vigencia de la parte no rectificada por el fallo.

Artículo 49° En el caso del número 6 del artículo 82° de la Constitución Política, se aplicarán en lo pertinente las normas de los artículos 38° a 45°, inclusive de esta ley y las que se expresen en los incisos siguientes.

El plazo de diez días a que se refiere el inciso tercero del artículo 88 de la Constitución, se contará desde que se reciba en el Ministerio de origen el oficio de representación del Contralor General de la República.

La sentencia que acoja el reclamo presentado por el Presidente de la República será comunicada al Contralor General para que proceda, de inmediato, a tomar razón del decreto o resolución inmpugnado.

Artículo 50° En el caso del número 12 del artículo 82° de la Constitución Política se aplicarán, en lo pertinente, las normas de los artículos 38° a 45°, inclusive, de esta ley y las que se contienen en los incisos siguientes.

El Tribunal deberá resolver dentro de treinta días contados desde que reciba el requerimiento o desde que se subsanen las deficiencias o se completen los antecedentes, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41° de esta ley. El Tribunal podrá prorrogar este plazo hasta por quince días si existieren motivos graves y calificados, mediante resolución fundada.

La sentencia que acoja el reclamo deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de tres días contados desde la fecha de su dictación.

Párrafo 3 (ARTS. 51-62)

Inhabilidades e Incompatibilidades de los Ministros de Estado y Parlamentarios.

Artículo 51° La tramitación de las causas a que se refieren los números 10 y 11 del artículo 82° de la Constitución Política, se someterá a las normas establecidas en este párrafo.

Artículo 52°. El requerimiento formulado por el Presidente de la República, el Senado, la Cámara de Diputados o diez o más parlamentarios en ejercicio, se arreglará a lo dispuesto en el artículo 38 de esta ley, en cuanto corresponda.

Las personas naturales o jurídicas que no sean órganos constitucionales y que deduzcan la acción pública a que se refiere el inciso décimo tercero del artículo 82 de la Constitución Política, estarán obligadas a afianzar las resueltas de su acción a satisfacción del Tribunal, para los efectos de lo dispuesto en lo artículos 62 y 71 de esta ley.

Artículo 53°. El requerimiento deberá contener:

1. La individualización de quien deduzca la acción, si se trata de las personas a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior;

2. El nombre del Ministro de Estado o parlamentario a quien afecte el requerimiento, con indicación precisa de la causal de inhabilidad, incompatibilidad o cesación en el cargo que se invoca y de la norma constitucional o legal que la establece;

3. La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya;

4. La enunciación precisa, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del Tribunal; y

5. La indicación de todas las diligencias probatorias con que se pretenda acreditar los hechos que se invocan, bajo sanción de no admitirse dichas diligencias si así no se hiciere.

En todo caso, la prueba instrumental deberá acompañarse al requerimiento bajo sanción de no admitirse con posterioridad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 30 de esta ley.

Artículo 54°. Si el requerimiento no cumple con las exigencias establecidas en los números 1 a 4, inclusive, del artículo anterior, el Tribunal podrá no admitirlo a tramitación por resolución fundada que se notificará al recurrente, quien dentro de tres días contados desde la respectiva notificación deberá subsanar sus defectos, bajo sanción de tenerse por no presentado.

RECTIFICADO DO 13 -AGO-1981

ARTICULO 55° Admitido a tramitación, el requerimiento se notificará al Ministro o parlamentario afectado, quien dispondrá de diez días para su contestación, la que deberá cumplir con los requisitos exigidos en los números 3°, 4° y 5° del artículo 53° de esta ley.

RECTIFICADO DO 13-AGO-1981

ARTICULO 56° Con la contestación, o sin ella si no se hubiere presentado en tiempo, el Tribunal resolverá sobre si es necesario recibir la causa a prueba.

ARTICULO 57° Si el Tribunal estima que es necesario recibir la causa a prueba, dictará una resolución fijando los hechos sobre los cuales debe recaer. Dentro del término probatorio, que será de 15 días, las partes deberán rendir todas las pruebas que hubieren ofrecido en el requerimiento o en su contestación. La lista de testigos deberá presentarse dentro de los tres primeros días del probatorio.

Cuando haya de rendirse prueba ante el Tribunal, las diligencias probatorias podrán practicarse ante al Ministro que el Tribunal comisione al efecto.

ARTICULO 58° Una vez evacuados los trámites o diligencias anteriores, se estará a lo dispuesto en el artículo 43° de la presente ley.

ARTICULO 59° Las sentencias se notificarán a quienes figuren como partes en la causa y se comunicarán a los órganos constitucionales interesados para los fines a que hubiere lugar.

ARTICULO 60° Todas las resoluciones que dicte el Tribunal se notificarán por carta certificada, dirigida al domicilio que el requirente deberá señalar en su primera presentación.

Con todo, la resolución a que se refiere el artículo 55° de esta ley se notificará personalmente al Ministro o parlamentario afectado haciéndole entrega de copia íntegra del requerimiento y de la resolución que en éste haya recaído. La notificación será practicada por el Ministro de Fe que designe el Tribunal. De la misma manera se notificará la sentencia a que se refiere el artículo precedente.

En caso que la notificación no pudiera practicarse personalmente, el Tribunal dispondrá la forma de efectuarla.

Artículo 61°. Serán aplicables, además, en cuanto corresponda, las normas contenidas en los Títulos II, V y VII del libro I del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean contrarias a esta ley.

Artículo 62°. En las causas a que se refieren los números 10 y 11 del artículo 82 de la Constitución Política, el Tribunal impondrá las costas a quien haya requerido su intervención si dicho requerimiento fuere rechazado en la sentencia final. Con todo, el Tribunal podrá eximirlo de ellas cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para formular el requerimiento, sobre lo cual hará declaración expresa en su resolución. La regulación de tales costas se hará discrecionalmente por el propio Tribunal.

La ejecución de la sentencia, en lo relativo a las costas, se efectuará conforme al procedimiento establecido en el Título I del libro III del Código de Procedimiento Civil y conocerá de ella el tribunal ordinario de justicia que corresponda.

Párrafo 4 (ARTS. 63-72)

Atentados contra el ordenamiento institucional

Artículo 63°. El proceso para que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de las organizaciones, movimientos o partidos políticos, como asimismo, la responsabilidad de las personas naturales que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración a que se refiere el número 7° del artículo 82 de la Constitución Política, se iniciará por requerimiento de quien ejerza la correspondiente acción pública. Será aplicable a estos casos lo dispuesto en el artículo 52 de la presente ley.

LEY 18930 Art. único, 1.-

ARTICULO 64° El requerimiento deberá contener:

1.- La individualización del requirente;

2.- La individualización del partido político, organización, movimiento, y de su representante legal, cuando corresponda, o persona afectada;

LEY 18930 Art. único,

2.-

3.- La relación de los objetivos, actos o conductas que se consideren inconstitucionales de acuerdo a lo previsto en los incisos sexto y séptimo del número 15° del artículo 19 de la Constitución Política, que se imputen a los partidos políticos, organizaciones, movimientos o personas afectadas, y

LEY 18930 Art. único, 2.-

4.- La indicación de todas las diligencias probatorias con que se pretende acreditar los hechos que se invocan.

Respecto de la prueba instrumental se estará a lo dispuesto en el inciso final del artículo 53° de la presente ley.

ARTICULO 65° El Tribunal examinará si el requerimiento reúne los requisitos establecidos en el artículo anterior. Si no los reuniere, o si los objetivos, actos o conductas imputados no correspondieren a alguno de los previstos en los incisos sexto o séptimo del número 15° del artículo 19 de la Constitución Política, el Tribunal no le dará curso, mediante resolución fundada. En caso contrario, dispondrá que se notifique al afectado en la forma dispuesta en el inciso segundo del artículo 60 y en el artículo 72 de esta Ley.

LEY 18930 Art. único, 3.-

Si el afectado no fuere habido por cualquier causa, el Tribunal dispondrá que la notificación se practique en la forma que estime adecuada, mediante resolución fundada.

ARTICULO 66° Practicada la notificación, el afectado dispondrá de diez días para contestar el requerimiento. En la contestación, el afectado señalará domicilio dentro del radio urbano donde funciona el Tribunal, y deberá cumplir con los requisitos indicados en los números 3°, 4° y 5° del artículo 53°.

Artículo 67° Con la contestación del requerimiento, o sin ella si no se hubiere evacuado en tiempo, el Tribunal dispondrá que se practiquen aquellas diligencias propuestas en el requerimiento y en la contestación, siempre que las estime pertinentes.

ARTICULO 68° El término para recibir las pruebas ofrecidas por las partes será de quince días, renovable por una sola vez mediante resolución fundada del Tribunal.

Para la recepción de la prueba se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 57° de esta ley.

Artículo 69°. Vencido el término a que se refiere el artículo anterior, el Secretario certificará el hecho en el expediente. Dentro de cinco días contados desde la referida certificación, el Tribunal, si creyere necesario esclarecer algún punto dudoso, mandará practicar las diligencias conducentes.

Una vez evacuados los trámites o diligencias anteriores, se estará a lo dispuesto en el artículo 43° de la presente ley.

Artículo 70°. El Tribunal fallará dentro de treinta días contados desde que el proceso se encuentre en estado de sentencia. En el mismo fallo que declare la

inconstitucionalidad de una organización, movimiento o partido político podrá declararse también la responsabilidad de personas naturales que hubieren tenido participación en los hechos que motiven aquella declaración, sin perjuicio de que la participación de otras personas naturales pueda determinarse en procesos posteriores. En todo caso, la persona natural deberá ser debidamente emplazada como tal.

LEY 18930 Art. único, 4.-

El fallo se notificará personalmente o, si el afectado no fuere habido por cualquier causa, en la forma que el Tribunal lo determine mediante resolución fundada. Tratándose de organizaciones, movimientos o partidos políticos, se estará a lo dispuesto en el artículo 72.

LEY 18930 Art. único, 4.-

En caso que se condenare al afectado, la sentencia se comunicará, además, al Servicio de Registro Civil e Identificación, a la Contraloría General de la República y al órgano electoral correspondiente. En todo caso el fallo se publicará en extracto en el Diario Oficial.

Tratándose de las causas de este párrafo, se aplicará el artículo 61 de esta ley.

Artículo 71°. En materia de costas se estará a lo dispuesto en el artículo 62 de esta ley.

Artículo 72°. En el caso de partidos políticos, organizaciones y movimientos que cuenten con personalidad jurídica, la notificación se practicará en la forma establecida en los incisos segundo y tercero del artículo 60 de esta ley a su representante legal, quien deberá estar debidamente individualizado en el requerimiento. En los demás casos la notificación se practicará en la forma que el Tribunal lo disponga mediante resolución fundada.

LEY 18930 Art. único, 5.-

Párrafo 5 (ART. 73)

De los Informes

Artículo 73.- En el caso del número 9 del artículo 82 de la Constitución Política, la petición de informe se arreglará a lo dispuesto en el artículo 38 de esta ley.

Dicha petición deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la causal de inhabilidad que se aduce o, en su caso, los motivos que originan la dimisión.

Deberá acompañarse copia íntegra de las actas de sesiones en las que se hubiere tratado el problema y de todos los instrumentos, escritos y demás antecedentes que se hubieren presentado o invocado durante la discusión del asunto.

El Tribunal deberá informar dentro del plazo improrrogable de quince días contado desde que reciba la petición de informe.

3. Sentencias del Tribunal Constitucional.

UNA SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVA A LA ACCIÓN

Rol Nº 23 (26/9/84)

1°: Que de lo relacionado en la parte expositiva se desprenden dos hechos que es necesario señalar para la debida ponderación y resolución de las consultas que, en definitiva, se han formulado al Tribunal. Ellos son:

a) Que en cuanto al problema que originarían las llamadas "leyes penales en blanco", no se ha planteado una cuestión de constitucionalidad con respecto a un proyecto de precepto legal determinado, sino que se ha preferido formular dos consultas, en términos genéricos y abstractos, en relación a dicha materia a la luz de lo dispuesto en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política, y

b) Que ni en el requerimiento ni en los antecedentes acompañados se ha señalado el vicio o vicios de inconstitucionalidad que podrían afectar al artículo 1° del proyecto sustitutivo, considerado éste por sí solo, con prescindencia de lo dispuesto en el artículo 25 del mismo proyecto;

2° Que las consultas formuladas hacen necesario determinar con precisión: 1) las condiciones esenciales que deben concurrir para que el Tribunal pueda ejercer la atribución que se le confiere por el artículo 82, N° 2°, de la Constitución Política; 2) los requisitos que debe reunir el requerimiento, y 3) la naturaleza de la función que en tal evento ejerce el Tribunal Constitucional. Los puntos primero y tercero se relacionan íntimamente, ya que la determinación de los elementos que presupone el ejercicio de la atribución conlleva, en buena medida, a resolver sobre la naturaleza de ella;

3°: Que el artículo 82, N° 2°, de la Carta Fundamental establece que es atribución del Tribunal Constitucional: "Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso". En seguida, el inciso 6° del mismo precepto determina los efectos que produce la interposición del requerimiento, al disponer que él "no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo" que tiene el Tribunal para resolver, "salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República".

Acto seguido, los incisos 2° y 3° del artículo 83 señalan los efectos que produce la sentencia que dicte el Tribunal. El inciso 2° prescribe que las disposiciones del proyecto que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley. Por su parte, el inciso 3°, regulando los efectos de la hipótesis inversa, expresa "que resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia";

4°: Que, en consecuencia, de conformidad con los preceptos transcritos en el considerando anterior, las condiciones esenciales que deben concurrir copulativamente para que el Tribunal pueda ejercer la atribución que se le confiere, son las siguientes:

a) Que se suscite una cuestión de constitucionalidad, esto es, un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores. Tal discrepancia puede surgir entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo o en el seno mismo del segundo. El artículo 82 inciso 4° y la disposición vigésima segunda transitoria señalan, taxativamente, quiénes están legitimados para formular el requerimiento;

b) Que la desigual interpretación de las normas constitucionales, en el caso en estudio, se produzca en relación a un proyecto de ley o a una o más de sus disposiciones;

c) Que la discrepancia que se suscite sobre la preceptiva constitucional en relación a las normas de un proyecto de ley sea precisa y concreta. Esta condición delimita la competencia del Tribunal para resolver el asunto sometido a su consideración y adquiere especial relevancia, si se recuerda que la acción sólo puede ser deducida por titulares nominativamente señalados por la Carta Fundamental y que el Tribunal no puede actuar de oficio, debiendo ajustar su resolución estrictamente al "objeto pedido" en el requerimiento, y

d) Que la cuestión de constitucionalidad se suscite "durante la tramitación del proyecto de ley". En consecuencia, el período en que puede formularse el requerimiento, durante el proceso de formación de la ley, se extiende desde el momento en que el proyecto respectivo ha iniciado su tramitación legislativa y hasta aquel en que se ha "producido la sanción expresa, tácita o forzada de la ley, es decir,

ya aprobada por el Presidente o transcurrido el plazo para observarla o comunicado por la Cámara de origen el resultado de las observaciones que se hubieren formulado" (Silva B. Alejandro, El Tribunal Constitucional, Estudio contenido en la obra "La Reforma Constitucional de 1970", pág. 249);

5°: Que, por su parte, el artículo 39 de la Ley N° 17.997, de 19 de mayo de 1981, desarrollando el artículo 82, N° 2°, de la Carta Fundamental, determina los requisitos concretos que debe reunir el requerimiento para ser admitido a tramitación, como, asimismo, los antecedentes que debe acompañar el requirente.

El inciso 1° de dicho artículo dispone: "el requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas". Por su parte, el inciso 3° agrega: "En todo caso, se acompañará el proyecto de ley, de reforma constitucional o tratado, con indicación precisa de la parte impugnada".

Del precepto transcrito se desprende la necesidad de que el requerimiento señale con rigor en qué consiste la cuestión de constitucionalidad suscitada, precisando la desarmonía que se teme o sustenta entre un determinado texto de un proyecto de ley y una o más normas concretas de la Carta Fundamental;

6°: Que de lo expuesto en los considerandos 3° a 5° fluye, con nitidez, que el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la facultad que el confiere el artículo 82, N° 2°, de la Constitución, es un órgano jurisdiccional a quien la Carta Fundamental le ha confiado la misión de resolver cuestiones de constitucionalidad concretas que se susciten entre los órganos colegisladores, "durante la tramitación de

los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso", hoy de la Junta de Gobierno.

El Tribunal Constitucional, pues, no es un órgano de consulta sobre el sentido y alcance de la preceptiva constitucional que pueda incidir en futuros proyectos de ley, ni tampoco está autorizado para emitir dictámenes durante la tramitación de dichos proyectos, sobre materias jurídico- constitucionales abstractas o generales;

7°: Que abonan y confirman plenamente la conclusión del considerando precedente los objetivos primordiales que se tuvieron en vista por el constituyente al instaurar el Tribunal Constitucional, cuales son, la existencia de un órgano encargado de velar por el principio de la "supremacía constitucional" y, además, de dirimir los conflictos que se suscitaren entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por la desigual interpretación de las normas constitucionales, de manera tal de evitar la paralización de la labor legislativa por falta de un órgano que resuelva la contienda.

Este segundo propósito a que obedece su establecimiento queda manifiesto en el Informe de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución con que se envió el anteproyecto al Presidente de la República. En éste se expresa: "Casi todas las Constituciones, puede decirse, dictadas en los últimos treinta años contemplan la existencia de un Tribunal Constitucional llamado a velar por el principio de la supremacía de la Carta Fundamental y a resolver los conflictos de carácter jurídico-constitucional que surjan entre los diversos órganos del Estado y, especialmente, entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo".

Y luego agrega: "la Comisión, concordante con estos principios, propone en el anteproyecto la creación de un Tribunal Constitucional..." (Informe citado, pág. 245).

El mismo propósito se advierte, también, en el Mensaje con que el Presidente de la República envió al Parlamento, en el año 1969, el proyecto de reforma constitucional por el cual se incorporó en definitiva a nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional. Se dice en dicho Mensaje: "Una de las causas que resta eficacia a la acción de los Poderes Públicos es la discrepancia que suele surgir entre el Ejecutivo y el Congreso. No necesito traer aquí el recuerdo de tantos hechos que corroboran esta afirmación, acerca de la cual, por lo demás, existe consenso.

"De los conflictos entre esos dos Poderes del Estado, muchos son superados por acuerdos políticos, logrados dentro del libre juego de nuestras instituciones. Pero el problema se presenta cuando esos acuerdos no se obtienen, porque nuestro sistema no prevé el medio para zanjar la disputa.

"Una reforma constitucional ha de llenar este vacío. Con este fin, el proyecto en trámite consulta la creación del Tribunal Constitucional encargado de dirimir los conflictos cuya raíz consista en una encontrada interpretación de la Carta Fundamental". (Cámara de Diputados, Acta de la sesión N° 21, de 18 de marzo de 1969, pág. 2.200);

8° Que en el punto 4 del requerimiento se formulan al Tribunal las siguientes consultas sobre la aplicación del artículo 19, N° 3°, de la Constitución: "a) Si, en general, el referido precepto constitucional impide en absoluto la remisión a un reglamento para describir una conducta delictual; y b) Si, en el supuesto de que procede la remisión al reglamento, bastaría consignar en la ley el verbo rector del tipo penal (núcleo esencial de la conducta) y una descripción genérica del objeto sobre el cual recae su acción, para entender cumplido el principio de reserva legal establecido en la posición constitucional tantas veces citada".

Que analizadas estas consultas a la luz de lo expuesto en los considerandos precedentes. fuerza es concluir que el requerimiento respecto de ellas resulta improcedente, por cuanto dichas consultas son genéricas y abstractas y no se refieren a un proyecto de ley determinado, circunstancias que impiden que se configure una cuestión de constitucionalidad, en los términos exigidos por la Carta Fundamental y por el artículo 39 inciso 1° de la Ley N° 17.997, de 19 de mayo de 1981;

9°: Que corresponde, ahora, analizar la consulta que se formula en la letra c) del punto 4 del requerimiento, en relación al artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política. Dicha consulta se concreta en los siguientes términos: "Si la conducta descrita en el artículo 1° del proyecto de ley que se adjunta, basta por sí sola para dar por cumplido el principio de la legalidad, o si, por el contrario, resulta necesaria la enumeración de sustancias o drogas estupefacientes productoras de dependencia síquica o física contenida en el artículo 25 del mismo proyecto";

10°: Que, como se expresó en el considerando cuarto de esta sentencia, la cuestión de constitucionalidad a que se refiere el artículo 82, N° 2°, de la Carta Fundamental sólo se configura por el desacuerdo o discrepancia que se suscite entre un determinado precepto constitucional y un proyecto de ley determinado, o una o más de sus disposiciones.

Si bien en la primera oración del punto 4 de la consulta se hace referencia al artículo 19, N° 3°, de la Constitución -referencia que se reitera en la letra a) de dicho punto-, en la letra c) se contrapone el artículo 1° del proyecto con un principio doctrinario como es el de la legalidad, sin mayor explicitación. En consecuencia, también resulta improcedente el requerimiento, en cuanto se solicita se declare si la conducta a que se refiere el artículo 1° del proyecto acompañado basta por sí sola "para dar por cumplido el principio de la legalidad". Una eventual resolución que

acogiera tal petición no sólo sería improcedente por las razones ya expuestas, sino que, también, tendría una amplitud que no se aviene con la naturaleza propia de una cuestión de constitucionalidad, dado el contenido complejo y plural del principio de la legalidad.

Rol N°165 (19/1/93)

1°. Que la jurisdicción se define generalmente como el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir;

2°. Que en uso de la facultad que ella otorga de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado, los tribunales establecidos en conformidad al artículo 74 de la Constitución Política tienen jurisdicción y competencia para conocer de los conflictos de intereses de carácter jurídico que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la República;

3°. Que los conflictos de intereses pueden producirse entre particulares, entre éstos y el Estado y entre los poderes públicos. Estos últimos escapan del control jurisdiccional de los tribunales ordinarios de acuerdo al principio de competencia establecido en el artículo 7° de la Carta Fundamental;

4°. Que la Constitución vigente ha sometido determinados conflictos entre poderes públicos al conocimiento de tribunales de rango constitucional que por tal circunstancia pasan a tener jurisdicción y competencia para resolverlos.

Entre los tribunales con estas facultades la Constitución contempla los siguientes:

a) El Tribunal Constitucional, que tiene jurisdicción y competencia para pronunciarse sobre las materias contempladas en el artículo 82 de la Constitución

Política. Entre ellas, el N° 11° establece que el Tribunal está facultado para "Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios".

En relación con esta facultad pueden precisarse los siguientes aspectos:

1. El proceso debe iniciarse por acción entablada por el Presidente de la República o por 10 parlamentarios en ejercicio a lo menos, y

2. El Tribunal Constitucional debe apreciar la prueba en conciencia cuando se trate de las causales de cesación del cargo de parlamentario y en derecho en los demás casos. Sin embargo, para resolver debe estarse a lo previsto en el artículo 31 de la Ley N° 17.997.

b) El Senado, órgano constitucional, ejerce excepcionalmente, en lo que interesa, jurisdicción para resolver de la acusación constitucional de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49, N° 1°, de la Constitución Política.

Esta atribución presenta las siguientes características, que son de importancia en este caso:

1. Tiene acción para impulsar la acusación constitucional ante el Senado, la Cámara de Diputados cuando declare que ha lugar a la formación de causa en conformidad al artículo 48, N° 2° -en la especie letra c)- de la Carta Fundamental.

2. La jurisdicción del Senado sólo lo autoriza para resolver si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa, precluyendo allí su función judicial.

3. En el caso de los magistrados de los tribunales superiores de justicia sólo puede hacerse efectiva su responsabilidad por la causal de notable abandono de sus deberes.

4. Llamado a intervenir el Senado, éste debe resolver como jurado si los acusados son o no culpables del delito, infracción o abuso de poder que se les imputa.

Esta facultad de actuar como jurado, sistema jurisdiccional que no tiene aplicación en nuestro país, se ha interpretado como la atribución del Senado para ponderar las pruebas en conciencia y aplicar la llamada jurisdicción de equidad en la sentencia.

Esto significa que el órgano resolutor cuenta con amplias atribuciones jurisdiccionales dentro de la limitación de su competencia;

5°. Que las inhabilidades parlamentarias pueden ser de carácter absoluto o relativo. Las primeras se conciben como aquéllas que afectan a las personas que carecen de algún requisito constitucional de acceso a la función. Las segundas concurren respecto de las personas que han cumplido con dichos requisitos, pero no pueden ocupar el cargo en razón de la situación o función particular en que eventualmente se encuentran;

6°. Que las inhabilidades pueden ser también de carácter sobreviniente, es decir, ocurrir mientras los parlamentarios están en ejercicio de sus cargos. Respecto de estas inhabilidades le corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse, y de acuerdo al mecanismo constitucional la inhabilidad sobreviniente de un parlamentario lo hace cesar en su cargo;

7°. Que de lo expuesto se desprende que este Tribunal Constitucional tiene facultades para pronunciarse sobre las inhabilidades sobrevinientes que puedan afectar a los parlamentarios y no sobre las causales de implicancia o recusación establecidas en el Código Orgánico de Tribunales;

8°. Que además, de todo lo anterior, se infiere que la declaración de inhabilidad que haga el Tribunal Constitucional, en un caso como éste, se refiere

solamente al ejercicio del cargo y jamás puede entenderse que aquélla diga relación con la forma en que el parlamentario desempeñaría sus funciones, situación que está prevista en el Reglamento del Senado;

9°. Que como este Tribunal lo ha sostenido en Rol N° 19, de fecha 27 de octubre de 1983, las normas jurídicas que establecen inhabilidades "son prohibitivas, excepcionales y restrictivas y, por ende, conforme a los principios más elementales de hermenéutica jurídica, al intérprete le está vedado crearlas por la vía de la analogía.";

10. Que la pretensión concreta que contiene la acción de los diputados que suscriben el requerimiento consiste en solicitar al Tribunal Constitucional "Tener por interpuesta esta presentación, admitirla a tramitación y en definitiva, acogerla, declarando que los Senadores designados Ricardo Martin Díaz, Carlos Letelier Bobadilla, Olga Feliú Segovia, están inhabilitados para conocer y pronunciarse en el Senado como Jurado en la Acusación Constitucional, y que esta inhabilidad está fundamentada en que le afectan causales de implicancia y recusación, que comprometen la imparcialidad e independencia de éstos para conocer como Jurados de esta acusación y votar por tanto en conciencia, la que deriva a su vez de su calidad de Senadores designados en representación de la Corte Suprema.";

11. Que, en mérito de las consideraciones antes expuestas, este Tribunal carece de jurisdicción, y por lo tanto de competencia, para pronunciarse sobre la específica inhabilidad de los senadores mencionados en este requerimiento;

12. Que la Constitución Política en su artículo 73, inciso segundo y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N° 17.997, en su artículo 3°, consagran la denominada regla de inexcusabilidad que expresa, reclamada la intervención de un tribunal y en negocios de su competencia no podrán excusarse de ejercer su autoridad.

En la especie, este Tribunal carece de competencia por falta de jurisdicción para declarar que los Senadores Ricardo Martin Díaz, Carlos Letelier Bobadilla y Olga Feliú Segovia están inhabilitados para actuar en la acusación constitucional de que se trata, ya que la Constitución sólo lo autoriza para pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de parlamentarios,

Y VISTO lo prescrito en los artículos 7°, 48, 49, 54, 57, 73, 74 y 82 de la Constitución Política de la República y demás disposiciones citadas en el cuerpo de esta resolución,

SE DECLARA: Que este Tribunal carece de jurisdicción y, por ende, de competencia para resolver sobre la inhabilidad materia de este requerimiento.

Redactaron la sentencia la Ministro señora Luz Bulnes Aldunate y el Abogado integrante señor Juan Colombo Campbell.

Rol N° 188 (8/4/94)

Don Mariano Ruíz-Esquide Jara, senador de la República, en uso del derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 de la Constitución, expone que es autor de la moción parlamentaria que contiene el proyecto de ley sobre maltrato de menores. Dice que tal proyecto fue votado como ley común por la Cámara de Diputados y como orgánico constitucional por el Senado de la República, y que, pese a esta divergencia esencial entre las corporaciones y no obstante existir mecanismos reglamentarios destinados a zanjar diferencias entre las Cámaras, se remitió al Tribunal Constitucional el proyecto, con lo que se violó el inciso segundo del artículo 34 de la ley 17.997, pues erróneamente se informa al Tribunal de haber quedado totalmente tramitado por el Congreso el proyecto mencionado.

Agrega que en ese entendido inexistente, el Tribunal Constitucional, en uso de sus atribuciones, dicta la sentencia de 2 de marzo de 1994 (Rol N° 187) y ordena eliminar de su texto los N°s. 1° y 2° del artículo 2° del proyecto. Señala que en virtud del artículo 32 de la ley 17.997 el Tribunal puede, de oficio o a petición de parte modificar sus resoluciones si se hubiere incurrido en algún error de hecho que así lo exija.

Agrega además que no estando definido en la ley quien es "parte" debe considerarse como tal también a los parlamentarios autores de una moción, pues tienen un legítimo interés en formular peticiones al Tribunal a fin de no ver acabado un proyecto de su autoría por no haberse agotado las posibilidades internas de alcanzar pleno acuerdo entre las Cámaras.

Que por lo dicho solicita al Tribunal Constitucional se sirva hacer uso de la facultad modificatoria prevista en el artículo 32 de su ley orgánica constitucional y disponga que lo dispuesto en el punto 1 de lo declarativo de su sentencia del 2 de marzo de 1994 es sin perjuicio de las atribuciones del Congreso Nacional para zanjar las diferencias entre las Cámaras y lograr las adecuadas votaciones de las Salas, conforme a la naturaleza de ley orgánica constitucional del precepto mencionado, con el fin de dar cumplimiento a lo decidido en este fallo.

Y CONSIDERANDO:

1°) Que la competencia del Tribunal Constitucional se encuentra fijada por el artículo 82 de la Constitución Política que contiene doce numerales que señalan taxativamente las materias de su jurisdicción.

La misma disposición se encarga además de precisar quiénes son los titulares de la acción contemplada por la propia Carta Fundamental para promover un proceso donde se resuelvan las cuestiones que se encuentren dentro de las esferas de las atribuciones del Tribunal Constitucional.

En lo que interesa a esta resolución, sólo da acción pública para requerir al Tribunal respecto de las situaciones a que se refieren los N°s. 7 y 10 del artículo 82 que tratan respectivamente a la declaración de inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos y de las inhabilidades constitucionales o legales que afecta a una persona para ser Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones.

Entre los legitimados procesalmente para recurrir ante el Tribunal Constitucional según la norma constitucional en análisis no se encuentra un senador de la República razón por la cual la petición formulada por el senador Mariano Ruíz-Esquide debe ser desestimada.

2°) Que reafirma lo precedentemente señalado lo dispuesto por el artículo 3° de la ley 17.997, orgánica de este Tribunal que expresa "el Tribunal sólo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de los órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública, en los términos señalados en el artículo 82 de la Constitución Política".

3°) Que además de lo anteriormente expuesto sirve también de fundamento para desestimar lo solicitado, el hecho que, el Tribunal Constitucional ha dictado la sentencia cuya modificación se solicita, sobre un proyecto de ley totalmente terminado en su tramitación en el Congreso Nacional y cuyo texto se encontraba fijado desde que el Presidente de la República le comunicó a la Cámara de origen que no haría uso del derecho a veto que le reconoce el artículo 70 de la Carta Fundamental, o sea, conforme al artículo 69 de la misma Carta sólo procedía disponer "su promulgación como ley".

Pero, como el proyecto de ley en referencia versaba sobre materias propias de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 74 de la Constitución, debió, en conformidad al artículo 82 N° 1 de ella, "antes de su promulgación" ser controlada su constitucionalidad por este Tribunal.

4°) Que el control de constitucionalidad que ejerce este Tribunal lo cumple a cabalidad velando por que la normativa legal controlada esté de acuerdo tanto en la forma como en el fondo con los preceptos de la Carta Fundamental.

La sentencia cuya modificación hoy se solicita por un senador de la República constató la existencia de vicios formales que afectaban a los preceptos del proyecto que se señalan y declaró su inconstitucionalidad.

La aplicación de dicha sanción ha sido notificada legalmente a los órganos constitucionales correspondientes, únicas partes en el proceso de control de

constitucionalidad que ejerce este Tribunal, produciéndose su desasimiento que le impide volver a revisar su decisión sobre un asunto sentenciado.

Rol N° 207 (10/2/95)

PRIMERO.- Que más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la H. Cámara de Diputados ha requerido a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el número 2° del artículo 82 de la Constitución Política de la República, que resuelva la cuestión que se ha suscitado sobre constitucionalidad de un proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10° de la Ley N° 18.401, de 26 de enero de 1985;

SEGUNDO.- Que dicho requerimiento ha sido formulado el día 22 de enero de 1995, mediante presentación entregada al Secretario de este Tribunal, esto es, con anterioridad a que el día 23 de enero, el Presidente de la República, luego de recibir el Oficio de la H. Cámara de Diputados por el que le informara de la aprobación del referido proyecto de ley, procediera a suscribir el respectivo Decreto Supremo de promulgación y a solicitar la correspondiente toma de razón por la Contraloría General de la República;

TERCERO.- Que los hechos señalados en el considerando anterior se encuentran acreditados en autos por la certificación estampada por el Secretario del Tribunal a fs. 1, y por las propias aseveraciones hechas constar por el Presidente de la República en su solicitud de fs. 113;

CUARTO.- Que en virtud de lo así establecido, este Tribunal se encuentra requerido oportunamente para resolver la cuestión de constitucionalidad sometida a su conocimiento, dado que el requerimiento ha sido "formulado antes de

la promulgación de la ley", como lo exige el inciso cuarto del artículo 82 de la Constitución Política;

QUINTO.- Que el hecho de haber sido "formulado" debe entenderse en la propia acepción de este término, siguiendo lo que al respecto señala el Diccionario de la Real Academia Española, al otorgarle a este vocablo la significación de "expresar" o "manifestar" o "reducir a términos claros y precisos un mandato, una proposición ...", lo que ha quedado suficientemente establecido en el texto del requerimiento de autos;

SEXTO.- Que corrobora lo anterior la propia disposición del artículo 40 de la Ley N° 17.997, Orgánica del Tribunal Constitucional, cuando señala que "Recibido el requerimiento por el Tribunal, se comunicará al Presidente de la República la existencia de la reclamación ...", términos éstos que reproducen con exactitud lo que ya contemplaba la antigua disposición aplicable al Tribunal creado en 1970. Al reconocer la Constitución de 1925 y la legislación actual la existencia de la reclamación por el solo hecho de ser recibida, reitera la significación y los efectos derivados de su sola formulación;

SEPTIMO.- Que una vez formulado el requerimiento al Tribunal Constitucional para los efectos indicados en el numeral 2° del artículo 82 de la Carta Fundamental, se radica en él el conocimiento del asunto y no le es dable luego inhibirse del examen del requerimiento, tanto porque no existe norma en la Carta Fundamental que le autorice para excusarse de ejercer su jurisdicción y competencia para ese efecto, cuanto porque tampoco existe disposición que haga posible que el ejercicio de la atribución otorgada por la Constitución a las Cámaras o a una cuarta parte de sus miembros, pueda ser enervado por resolución del Tribunal Constitucional;

OCTAVO.- Que es de la esencia de los ordenamientos constitucionales en que se consagra la existencia de Tribunales de esta naturaleza, que, una vez que los sujetos de una acción la deducen debidamente, tengan el deber inexcusable de resolver la cuestión que se les ha sometido a su conocimiento. No hacerlo, implicaría negar su propia existencia y no asumir la responsabilidad que se les ha entregado de dar justo término a aquella cuestión o conflicto. No puede serle ajeno al Tribunal Constitucional, dentro de una coherente interpretación de la Carta Fundamental, el principio consagrado en su artículo 73 que dispone: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.";

NOVENO.- Que en el caso de autos se ha hecho presente al Tribunal la peculiar situación suscitada por la circunstancia de que el Presidente de la República suscribió un Decreto Supremo disponiendo la promulgación del referido proyecto de ley el día 23 de enero de 1995; esto es, con posterioridad a que el requerimiento fuera formulado, pero unas horas antes de que el Tribunal Constitucional dictara la resolución en virtud de la cual acogió el requerimiento a tramitación y pusiera este hecho en conocimiento del Jefe del Estado, mediante comunicación que le fue entregada ese mismo día 23 de enero. A lo anterior, se ha agregado el hecho de que el Presidente de la República, inmediatamente después de suscribir el antedicho Decreto, lo hiciera llegar a la Contraloría General de la República para su toma de razón y, obtenida ésta, se dispusiera su publicación en el Diario Oficial del día 24 de enero de 1995;

DECIMO.- Que la descrita situación constituye una causa sobreviniente que, de acuerdo a los principios procesales orgánicos constitucionales,

no altera la competencia del Tribunal ni puede ser constitutiva de una causal de enervamiento de la atribución y responsabilidad del Tribunal Constitucional de conocer de un requerimiento oportuna y correctamente formulado y de resolver la cuestión de constitucionalidad que, en aplicación de las normas de la Carta Fundamental, se entrega a su jurisdicción y competencia;

UNDECIMO.- Que la indicada atribución y responsabilidad tiene su fundamento en la facultad constitucionalmente otorgada a las Cámaras o a una cuarta parte de sus miembros en ejercicio para requerir al Tribunal Constitucional que resuelva una cuestión de constitucionalidad que compromete, a juicio de los requirentes, el respeto a las disposiciones de la Carta Fundamental, facultad que la misma Carta consagra perentoriamente y para cuyo ejercicio, en cuanto a su oportunidad, les exige tan sólo que sea formulada "antes de la promulgación de la ley";

DECIMOSEGUNDO.- Que en la argumentación desarrollada en la presentación hecha a este Tribunal por el Presidente de la República y que rola a fs. 113 de estos autos, se señala que, al darse validez a un requerimiento por el solo hecho de su formulación, el Jefe del Estado necesitaría estar atento a la eventual presentación de todo posible requerimiento, ya que ello lo inhabilitaría para promulgar una ley aún cuando él careciera de conocimiento de tal presentación. Argumenta, por esta consideración, que su inhabilidad para promulgar sólo surgiría cuando el Tribunal le informara oficialmente del hecho que se ha deducido un requerimiento y que éste ha sido acogido a tramitación;

DECIMOTERCERO.- Que, independientemente de los efectos de la antedicha interpretación para el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de las obligaciones del Presidente de la República en esta específica materia, no resulta

posible de ser acogida, tanto por la expresa norma constitucional aplicable, como también por las consecuencias que tendría tal interpretación, ya que con ella se estaría supeditando el derecho de las Cámaras o de una cuarta parte de sus respectivos miembros en ejercicio, a que se celebrara una sesión del Tribunal Constitucional y a que en ella se tratara y se acogiera a tramitación el requerimiento formulado, configurándose de esta manera una condición que la Carta Fundamental no contempla para el ejercicio del referido derecho constitucional, con la agravante de que tal procedimiento daría origen a la posibilidad de una pérdida de su derecho a requerir por causas del todo ajenas a su voluntad;

DECIMOCUARTO.- Que, si este Tribunal aceptare la improcedencia de un requerimiento por no haberse notificado al Presidente de la República su acogida a tramitación por el Tribunal Constitucional no obstante haberse formulado con anterioridad al Decreto promulgatorio, se estaría ante una irremediable e irreversible privación de la atribución que expresamente concede la Carta Fundamental a las Cámaras o a una determinada parte de sus miembros en ejercicio;

DECIMOQUINTO.- Que, en adición a lo anterior, debe tenerse presente que, para que pueda surgir una cuestión de constitucionalidad que fundamente un posterior requerimiento al Tribunal Constitucional, se hace indispensable que tal cuestión se haya suscitado "durante la tramitación" de un proyecto de ley, como lo exige claramente el N° 2 del artículo 82 de la Constitución Política. Será necesario, de esta manera, que, cuando un requerimiento provenga de las Cámaras o de una parte de sus miembros, haya quedado de manifiesto en las deliberaciones, sesiones y actas respectivas, que ha surgido, que se ha suscitado, una cuestión por la que se pone en duda la constitucionalidad de una norma o disposición de un proyecto de ley. Si tal hecho no se ha producido, habrá la certeza de que

cuestión de constitucionalidad no se ha presentado y que, consiguientemente, no habrá base alguna para que exista un requerimiento al Tribunal Constitucional. No es de esta manera, un evento sorpresivo el que un requerimiento sea formulado, ya que necesariamente, debe contar con un antecedente preciso de cuestión de constitucionalidad, puesto públicamente de manifiesto;

DECIMOSEXTO.- Que, por otra parte, se ha hecho valer también en esta materia, que la presentación de un requerimiento podría asimilarse a la de una demanda, la cual no entraría a producir efecto alguno sino cuando el Tribunal tomara conocimiento de ella, dictare una providencia o resolución a su respecto y la notificara válidamente a la o a las partes eventualmente afectadas. Por esta pretendida asimilación y ahondándose en la línea argumental antes aludida a este respecto, el hecho de que un requerimiento fuere formulado no produciría efecto alguno por su sola formulación, siendo necesario que el Tribunal Constitucional lo conociera y dictara la resolución que lo acoge a tramitación. Adicionalmente, para que el Presidente de la República quedare inhibido de suscribir un decreto promulgatorio de esa ley, sería necesario que aquella resolución del Tribunal le fuere oficialmente notificada;

DECIMOSEPTIMO.- Que, con respecto a la consideración anterior, este Tribunal debe poner de manifiesto que un requerimiento formulado sobre cuestión de constitucionalidad, es una acción constitucional especialmente regulada en sus formalidades, que se rige por sus propias normas, las que prevalecen por sobre las generales. La facultad de formular un requerimiento es una atribución constitucional concedida para impetrar del Tribunal Constitucional un esclarecimiento a través de una decisión jurisdiccional que impida que un proyecto de ley llegue a consagrar normas que se aparten de los preceptos constitucionales.

Ejercido ese derecho por la formulación del requerimiento, surge necesariamente la competencia del Tribunal Constitucional para resolverlo:

DECIMOCTAVO.- Que resulta conveniente a este último respecto, tener en consideración lo que escribiera el Profesor don Alejandro Silva Bascuñán, quién, al tratar del Tribunal Constitucional creado por medio de la reforma constitucional de 1970, base del actual y cuyas características son en este sentido del todo similares, puntualizara en su obra "El Tribunal Constitucional", que el Tribunal Constitucional "Es un tribunal de derecho, que debe fallar estrictamente dentro del ordenamiento jurídico y conforme a él", y que "Su jurisdicción es estrictamente de carácter jurídico y orgánico, ajeno a la decisión de conflictos de intereses o al pronunciamiento sobre acciones interpuestas en ejercicio de derechos que correspondan a titulares que puedan invocarlos y no supone un proceso contradictorio, que requiera la confrontación de hechos y su establecimiento por los medios de prueba legal", salvando sólo el caso de las inhabilidades cuya calificación se entrega a su competencia;

DECIMONONO.- Que el mismo Profesor Silva Bascuñán, al hacer referencia específicamente al requerimiento que antes, al igual que ahora, podían deducir los parlamentarios sobre cuestiones de constitucionalidad, señala claramente que no se da en tal caso la configuración de un proceso contradictorio, puntualizando: "Un proceso contradictorio desnaturalizaría la índole de la jurisdicción, ya que no es una contienda de intereses, sino que persigue el de mantener la supremacía constitucional. La imposibilidad de desarrollar una contienda procesal se pone de relieve al considerar el angustioso plazo concedido para la resolución, el cual no se presta para traslados, alegatos, probanzas, inspecciones o actuaciones de variada

índole, y al pensar que dentro de tan breves plazos debe comprenderse el estudio concienzudo de los jueces y las ineludibles deliberaciones previas.";

VIGESIMO.- Que, de conformidad con estas consideraciones, debe concluirse que un requerimiento constitucional de la especie del que en estos autos se trata, está revestido de las particulares características de procedimiento que emanan de su profundo fundamento, el cual no es otro que brindar a quienes tienen la responsabilidad de legislar la oportunidad de prevenir y evitar que una norma legal se ponga en contradicción con la Carta Fundamental, velando de esta manera porque se mantenga incólume el principio de la supremacía constitucional, base elemental e insustituible de un orden jurídico y de un Estado de Derecho;

VIGESIMOPRIMERO.- Que, por lo mismo, no pueden tener cabida otros o distintos obstáculos al ejercicio de la atribución que para estos efectos la Constitución Política confiere a los propios legisladores, que no sean los requisitos que de las propias normas constitucionales emanan, debiendo así desecharse interpretaciones que conlleven la configuración de condicionantes ajenos a la propia Ley Fundamental;

VIGESIMOSEGUNDO.- Que, en indispensable armonía con estos razonamientos, deben entenderse y aplicarse las disposiciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en especial las de su artículo 42, las cuales han tenido por fundamental objeto señalar el camino que debe seguirse para los efectos de que los órganos constitucionales interesados hagan valer sus observaciones sobre el requerimiento deducido, con el fin de ofrecer la mejor posibilidad de enriquecimiento de las deliberaciones atinentes a la materia y que cada cual pueda agregar sus respectivos puntos de vista. Conviene recordar que, como antes se ha expresado, la cuestión de constitucionalidad ha debido suscitarse durante la tramitación de la ley,

de manera que necesariamente ha debido constatarse una discrepancia acerca de la eventual violación de la Carta Fundamental en que estaría incurriéndose con el proyecto de ley y, por lo mismo, una diversidad de pareceres que el Tribunal Constitucional considerará al conocer y resolver una cuestión de constitucionalidad así surgida. Este es el sentido que tiene comunicar el hecho de haberse formulado un requerimiento: tal como las Cámaras o miembros de ellas interesados en dilucidar una cuestión de constitucionalidad han planteado sus argumentos, los órganos copartícipes del proceso legislativo pueden también hacer valer sus razones y consideraciones;

VIGESIMOTERCERO.- Que, dentro de este mismo contexto, debe entenderse la comunicación que en conformidad al artículo 40 de su Ley Orgánica, el Tribunal envía al Presidente de la República para que se abstenga de promulgar la parte impugnada del proyecto de ley que ha originado la formulación de un requerimiento por cuestión o vicio de constitucionalidad. Tal comunicación, como se ha señalado en el considerando sexto, sirve para poner en conocimiento del Jefe del Estado la existencia de un requerimiento con el fin de que se abstenga de promulgar lo impugnado, y es independiente de que sea acogido o no a tramitación, ya que, atendiendo al artículo 41 de su Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional podrá observar que no cumple con las exigencias necesarias, lo cual dará a los interesados un plazo para subsanar los defectos de su presentación, lo que, de no suceder, hará que el Tribunal envíe una nueva comunicación al Presidente de la República para que proceda a la promulgación del proyecto de ley cuya impugnación, en definitiva, fue desestimada. Todo ello es reiterativo de los efectos del solo hecho de la formulación de un requerimiento;

VIGESIMOCUARTO.- Que, como antes se ha señalado, ni la comunicación al Presidente de la República ni las que se dirijan a los órganos constitucionales interesados, pueden entenderse bajo respecto alguno como trámites de un proceso común, en que se notifica al demandado para que conteste una demanda ni pueden atribuírseles otros efectos adicionales. La circunstancia de que las comunicaciones a los respectivos órganos constitucionales sean o no oportunamente atendidas, no puede alterar de modo alguno la prosecución de la tramitación del requerimiento ante el Tribunal Constitucional. Tanto es así que, con o sin sus respuestas, el Tribunal deberá fallar el requerimiento formulado en el plazo establecido por la propia Constitución, resolviendo si las normas cuestionadas vulneran o no las de la Carta Fundamental;

VIGESIMOQUINTO.- Que, en atención a las consideraciones precedentemente expuestas, este Tribunal debe desestimar la solicitud de fs. 113 por no haber incurrido en un error de hecho como en dicha presentación se manifiesta, correspondiéndole consiguientemente avocarse al conocimiento del requerimiento por cuestión de constitucionalidad que se le ha formulado;

VIGESIMOSEXTO.- Que, asimismo, este Tribunal ha concluido que no pueden empecerle los hechos ocurridos con posterioridad a la formulación del requerimiento, ni menos aquéllos impedirle cumplir con su deber constitucional de resolver una cuestión de constitucionalidad oportuna y correctamente formulada;

Rol N° 215 (30/5/95)

Que, en mérito de los antecedentes reunidos, no habiéndose acreditado que se suscitó cuestión de constitucionalidad durante la tramitación del proyecto en que incide el requerimiento, y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, N° 2°, de la Constitución Política de la República y en los artículos 39 y 41 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal, se le declara inadmisible.

Rol N° 228 (15/12/95)

I. En cuanto a la admisibilidad del requerimiento.

1°. Que S. E. el Presidente de la República al formular sus observaciones ha planteado que éste es inadmisible, por las razones expuestas en la parte expositiva de esta sentencia y ha solicitado que este Tribunal Constitucional así lo declare fundamentalmente porque "en el estado actual de tramitación no existe el texto impugnado, pues la Cámara rechazó el procepto aprobado por el Senado. Y como la Comisión Mixta está facultada para establecer un texto consensuado, puede darse el caso que proponga a ambas Cámaras un texto totalmente distinto al que aprobó la Cámara de Diputados o el Senado".

Señala, en apoyo de su planteamiento, que este Tribunal en sentencia recaída en causa Rol N° 217 y 218 declaró que debe existir una vinculación entre la cuestión de constitucionalidad y la movilidad que experimentan las normas de un proyecto en el trámite legislativo. Agrega que en esa oportunidad resolvió que no podía pronunciarse sobre un texto que no existe al momento en que debe emitirse el fallo y, por lo tanto, que el requerimiento debía quedar limitado a los aspectos que aun se mantuvieran vigentes;

2°. Que, para una acertada resolución de esta situación procesal previa deben tenerse en cuenta los antecedentes que fluyen de la parte expositiva de esta sentencia:

a) Que existe un proyecto de ley en tramitación que reemplaza los artículos 99 y 115 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades,

b) Que durante su tramitación se hizo cuestión de constitucionalidad, hecho no controvertido.

c) Que un número suficiente de Senadores requirieron a este Tribunal para que declare inconstitucional su texto, y

d) Que este Tribunal lo sometió a tramitación declarándolo admisible;

3°. Que, en relación al proyecto en análisis, este Tribunal fue constitucional y legalmente requerido para pronunciarse sobre el presente requerimiento y por considerarlo así, lo declaró admisible, abrió proceso y lo sometió a tramitación. Por lo tanto, a partir de la resolución que aceptó el ejercicio de la acción de los requirentes, radicó el conocimiento de la causa adquiriendo competencia específica para resolver las materias de inconstitucionalidad del artículo 1°, N°s. 4 y 8, de dicho proyecto;

4°. Que el artículo 73, inciso segundo, de la Constitución Política, aplicable en la especie, dispone que reclamada la intervención de un tribunal de la República "en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá(n) excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión".

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, en su artículo 3°, inciso segundo, reitera la regla al establecer: "Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión".

Para que opere la inexcusabilidad deben cumplirse dos requisitos: que el Tribunal sea competente y que sea requerido en forma legal, o sea, de acuerdo a la ley de procedimiento.

Ambos presupuestos concurren en la especie. En efecto, para conocer de este proceso el Tribunal tiene competencia en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 de la Carta Fundamental que expresa que son atribuciones del Tribunal Constitucional: "2°. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso". Por otra parte su intervención fue reclamada en forma legal, toda vez que se dió cumplimiento a lo dispuesto en el mismo artículo 82, inciso cuarto, que al respecto expresa: "En el caso del N° 2°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley".

En tal sentido debe destacarse que el requerimiento fue declarado admisible como ya se dijo porque cumplió con las normas procesales contenidas en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal.

El efecto preciso de la regla de la inexcusabilidad es el de obligar a conocer y resolver las materias sometidas a su jurisdicción.

Que sobre este punto debe reiterarse, como lo ha dicho este órgano constitucional, que la jurisdicción es un "poder deber", lo que significa que el Tribunal impulsado de acuerdo a la Constitución y la ley no puede excusarse de conocer y resolver de las materias contempladas en el artículo 82;

5°. Que, eventuales modificaciones al texto de normas requeridas constituirían causas sobrevinientes en relación a las materias sometidas a su decisión, lo que no podría alterar la competencia del Tribunal y menos la radicación de la causa que se produjo cuando éste lo declaró admisible y lo sometió a proceso constitucional.

Debe recordarse a este propósito lo previsto en el artículo 109, del Código Orgánico de Tribunales, que señala: "Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente";

6°. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que es elemento fundante de la acción constitucional que se hace efectiva a través del requerimiento, la existencia de una cuestión de constitucionalidad que constituye su presupuesto de admisibilidad. En la especie la cuestión fue planteada oportunamente como consta de autos, y es, por tal motivo, que los HH. Senadores formularon la petición de inconstitucionalidad del artículo 1°, N°s. 4 y 8, del proyecto contenido en el Boletín N° 1674-06;

7°. Que, en mérito de las consideraciones precedentes, este Tribunal Constitucional debe resolver el requerimiento sometido a su decisión cualquiera que sea el estado del trámite legislativo en que se encuentre el proyecto, y, para resolver, debe tomarse en consideración el texto requerido que fijó su competencia específica determinando el mérito del proceso, que le permite examinar todo el proyecto que fue objeto del requerimiento, dentro de los límites de las peticiones que en éste se hacen. Ello para dar cumplimiento efectivo a su deber como juez constitucional;

8°. Que, finalmente, debe tomarse en consideración que de aceptarse la tesis de la inadmisibilidad ello significaría que sólo podría requerirse respecto a proyectos de ley totalmente tramitados, lo que no se compadece con el precepto constitucional que dispone que ello podrá hacerse "durante la tramitación de los proyectos de ley".

Lo anterior se encuentra avalado, además, por la distinción que la propia Constitución hace cuando le otorga competencia a este Tribunal para controlar la

constitucionalidad de un proyecto de ley orgánica, en conformidad con lo dispuesto en su artículo 82. En el caso del N° 1° exige que el proyecto esté totalmente tramitado. En cambio, en el N° 2°, puede hacerlo, a petición de parte, durante toda la tramitación del proyecto y hasta antes de la promulgación de la ley;

9°. Que, sin perjuicio de lo anterior, el artículo 18 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal, dispone "En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia del Tribunal. Sólo éste, de oficio, podrá conocer y resolver su falta de jurisdicción o competencia";

10°. Que, a su vez, el artículo 39 del mismo cuerpo legal exige que se plantee con toda precisión "la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas". Según se ha demostrado en esta sentencia los requirentes dieron cumplimiento a esta disposición como consta de su libelo de fojas 1;

11°. Que, en mérito de las consideraciones expresadas este Tribunal Constitucional procederá a pronunciarse sobre el requerimiento mismo;

ROL N° 234 (8/5/96)

1°. Que, según consta del requerimiento de fojas uno, éste ha sido interpuesto en conformidad con lo dispuesto en el artículo 82, N° 12°, de la Constitución Política de la República, el cual dispone que es atribución de este Tribunal "Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60";

2°. Que, el mismo artículo 82 establece en su inciso final: "En el caso del número 12°., el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado";

3°. Que, del examen tanto del texto de la presentación en análisis como del certificado extendido por el Secretario de la Cámara de Diputados al pie de la misma, se observa que ésta ha sido suscrita solo por treinta señores Diputados en ejercicio quienes, de acuerdo con lo mencionado en el considerando anterior, carecen de titularidad para formular el requerimiento que en ella se contiene;

4°. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que del contenido de dicha presentación se desprende, en forma inequívoca, que tiene su fundamento en el N° 12 del artículo 82 de la Carta Fundamental, puesto que en lo sustancial se afirma en ella que el Decreto Supremo que se considera inconstitucional versa sobre "materias reservadas a la ley";

5°. Que, por otra parte, la alegación del apoderado de los requirentes contenida en el escrito de fojas siete de fecha 3 de mayo, por la cual se pretende reemplazar la invocación del N° 12 del artículo 82 de la Constitución Política por otra al N° 5, no constituye un error de cita, como en él se sostiene, sino que significa un nuevo requerimiento que ha sido deducido fuera del plazo de treinta días contado desde la publicación del decreto supremo impugnado que establece el artículo 82, inciso decimoprimero, de la Constitución Política de la República.

Y, TENIENDO PRESENTE, el artículo 82, N°s. 5 y 12, de la Constitución Política de la República, y los artículos 38 a 45 y 50 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE DECLARA inadmisible el requerimiento de autos de primero de mayo de mil novecientos noventa y seis que rola a fojas uno.

ROL Nº 259 (26/9/97)

1°. Que, el artículo 82, Nº 2º, de la Constitución dispone que es atribución de este Tribunal, "resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso". Por su parte, y en lo pertinente al caso sub-lite, el artículo 39 de Ley Nº 17.997 expresa que en el caso previsto en la norma constitucional antes señalada, "el requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas";

2°. Que, desde luego, en el presente caso se ha producido una cuestión de constitucionalidad, esto es, según lo ha resuelto este Tribunal, "un desacuerdo, una discrepancia sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores", pues como se deriva del Acta de la Sesión 29ª Ordinaria del Senado, de 2 de septiembre de 1997, que se acompaña al requerimiento, como de los términos mismos de éste, el Senado de la República ha estimado que el Título II del proyecto de ley que modifica la Ley General de Bancos y otros cuerpos legales, adolece de diversos vicios de inconstitucionalidad, tanto en cuanto a la forma de su tramitación, como en lo relativo al fondo mismo de sus disposiciones;

3°. Que, por su parte, el requerimiento cumple con las exigencias legales para ser debidamente resuelto, ya que señala en forma precisa los hechos y

fundamentos de derecho en que se apoya, como asimismo los vicios de inconstitucionalidad de que, a juicio de sus autores, adolece el Título II del proyecto objetado. En efecto, en cuanto a los vicios de forma, expresa que se habrían infringido los artículos 66, inciso segundo, 67 y 68 de la Carta Fundamental, relativos, respectivamente, a las adiciones o correcciones de que puede ser objeto un proyecto de ley durante su tramitación y a la competencia de la Comisión Mixta destinada a resolver las dificultades que se suscitaren entre ambas Cámaras Legislativas. En cuanto al fondo, se indica en forma concreta que las disposiciones del Título II cuestionado vulneran los artículos 19 N°s 2 y 22; 19 N°s 4° y 5°; 19 N° 24; 19 N° 21; 19 N° 3 y 61 de la Constitución Política de la República. Respecto a las razones que, a juicio de la Corporación requirente, justifican o demuestran las inconstitucionalidades señaladas, si bien es efectivo que se sintetizan en extremo en el texto mismo del requerimiento; no es menos cierto que en él se expresa que ellas están, además, contenidas en las exposiciones que realizaron diversos senadores en la Sesión Ordinaria N° 29ª, antes mencionada, las que según se expresa textualmente, "cabe dar aquí por reproducidas". En consecuencia, debe entenderse lógicamente, que el requerimiento está constituido, tanto por su texto mismo, como, así también, por el contenido del Acta antes mencionada;

4°. Que, sin duda, la fórmula escogida por el señor Presidente del Senado, aplicada a otro tipo de requerimientos no resulta aconsejable, pues en una interpretación rigurosa de las normas legales pertinentes puede ser, en tales casos, desestimada. Sin embargo, en el caso concreto presentado no sólo resulta irreprochable sino, además, prudente y respetuosa de la opinión de los miembros de la Corporación que propiciaron el requerimiento, ya que se prefirió sacrificar las "fórmulas sacramentales", en beneficio de una más genuina y transparente forma de

expresar las diversas razones por las cuales los distintos senadores que conformaron la mayoría, estimaron que el Título II del proyecto en estudio era inconstitucional. Tal forma de proceder no merece, por tanto, reparo formal, no obstante que es efectivo que demandó un mayor trabajo, tanto a este Tribunal como a los órganos constitucionales interesados, en la debida y completa comprensión del requerimiento formulado. Pero ello, en modo alguno, este Tribunal lo considera como una falta de deferencia del señor Presidente del Senado hacia esta Magistratura, razón por la cual no deja de llamar la atención la afirmación del Señor Presidente de la República al sostener en su escrito de observaciones al requerimiento que "en este sentido constituye una falta de deferencia hacia el Ejecutivo..." el haber acogido a tramitación el requerimiento en la forma propuesta, máxime cuando ha sido una constante, en la actuación del Tribunal, una especial deferencia hacia ese Poder del Estado como lo demuestra el considerar sus macizas y extensas observaciones a distintos requerimientos, especialmente los dos últimos, no obstante el haberse excedido en los plazos legales para hacerlas;

5°. Que, por otra parte, las observaciones formuladas, en orden a que el Senado carecería de legitimación activa para promover este requerimiento, porque en este caso sólo podría obrar como Corporación en el evento de una disputa con la Cámara de Diputados lo que en la especie no habría ocurrido, deben ser desestimadas, en atención a que ellas no se avienen ni con la letra del artículo 82 de la Carta Fundamental ni con su espíritu. En efecto, el inciso cuarto del mencionado precepto en parte alguna restringe la atribución del Senado para obrar legítimamente sólo cuando se ha producido una divergencia entre dicha Corporación y la Cámara de Diputados; por el contrario, tal precepto se limita a señalar que ambas Cámaras Legislativas pueden requerir en el caso del N° 2 del mismo artículo. Además, tal

interpretación restrictiva no se concilia con el espíritu de la Carta Fundamental, cual es permitir que los órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita a la Justicia Constitucional a fin de que ésta vele por el principio de "supremacía constitucional";

6°. Que, por último, la circunstancia que el Senado haya aprobado el proyecto de ley en estudio propuesto por la Comisión Mixta, no lo inhabilita para plantear un requerimiento a fin de que se declare la inconstitucionalidad del Título II del mismo, ya que tal aprobación no tiene la virtud de convalidar un vicio de inconstitucionalidad que pudiera afectar al proyecto aprobado. Sostener lo contrario, significa que un acuerdo de una Cámara Legislativa prevalece sobre la preceptiva constitucional, lo cual resulta definitivamente inadmisible. Lo anterior, es aún más claro, habida consideración de que el Senado, conjuntamente con aprobar el proyecto de ley, acordó recurrir a este Tribunal a fin de que se pronunciara sobre la constitucionalidad de su Título II.

A mayor abundamiento, cabe señalar que las normas de la Constitución deben interpretarse de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, y ninguna interpretación de la Carta Fundamental puede conducir a dejar sin aplicación un determinado precepto de ella. En consecuencia, para dar debido cumplimiento a tales normas elementales de hermenéutica jurídica, los artículos 67 y 68 de la Constitución complementados por el artículo 31 de la Ley N° 18.918, en cuanto obligan a las Cámaras Legislativas a pronunciarse sobre la totalidad del proyecto propuesto por la Comisión Mixta, deben entenderse sin perjuicio de la facultad de los titulares legitimados en el artículo 82, inciso cuarto, de la Constitución, para promover una cuestión de constitucionalidad, conforme al número 2° de dicho precepto, aún en relación a aquellos artículos del proyecto respecto de los cuales hubieren tenido que consentir, por la aplicación de las rígidas normas a que

deben someterse en la aprobación o rechazo de las proposiciones de la Comisión Mixta respectiva.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal desestima las observaciones formuladas por el Presidente de la República y por la Cámara de Diputados respecto de la admisibilidad del requerimiento.

TIPOS DE SENTENCIAS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES: LA EXPERIENCIA COLOMBIANA[1]

En el ejercicio del control constitucional de las leyes, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido diversos tipos de sentencias, ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión (las llamadas sentencias condicionadas, sean éstas interpretativas, integradoras o sustitutivas), ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales (inconstitucionalidades retroactivas, diferidas o inmediatas). Esta práctica, que la propia Corte ha denominado la "modulación de los efectos de la sentencia"[2], ha provocado muchas polémicas, pues algunos críticos consideran que esa experiencia genera no sólo inseguridad jurídica sino que implica un desbordamiento del tribunal constitucional, que estaría invadiendo las esferas del órgano legislativo. Estas polémicas no son exclusivas de Colombia sino que se han presentado en casi todos los países, durante los primeros años de desarrollo de la jurisdicción constitucional. Así, un analista francés, Thierry Di Manno, destaca la fuerte discusión que en Francia han generado las sentencias interpretativas del Consejo Constitucional, tanto en los políticos, que sienten que el Consejo legisla, como en los jueces, que consideran que el juez constitucional invade su esfera interpretativa. Y agrega ese estudioso que ese disgusto proviene, en general, de un mal conocimiento de esas técnicas y de las razones que la justifican[3].

---

[1] Conferencia Dictada por el Presidente de la Corte Constitucional Colombiana, Alejandro Martínez Caballero, en la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal.

[2] Ver sentencia C-109 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero

[3] Thierry DI MANNO. Le juge constitutionnel et la technique des decisiones "interpretatives" en France et en Italie. Paris: Economica, 1997, pp 12 y ss

Nosotros compartimos la idea de este estudioso francés; creemos que las polémicas que generan este tipo de sentencias provienen, en gran medida, de un mal conocimiento de sus fundamentos. En tales condiciones, la finalidad de esta presentación es mostrar que esta modulación de los efectos de los fallos no ha sido un capricho de la Corte Constitucional colombiana, o de otros tribunales constitucionales, sino una necesidad, que deriva de su función de garantizar, sin traumatismos innecesarios, la integridad y supremacía de la Constitución en una sociedad democrática. Para lo anterior, comenzaremos por presentar brevemente el modelo teórico e institucional clásico, de tipo kelseniano, conforme al cual deberían, según algunos analistas, funcionar los tribunales constitucionales como simples "legisladores negativos" (I), para luego mostrar, en la propia práctica de la Corte Constitucional colombiana, las insuficiencias de ese modelo (II). Posteriormente, un ejercicio de jurisprudencia constitucional comparada, mostrará que esa experiencia, lejos de ser una particularidad, o una singularidad estrambótica del tribunal colombiano, constituye una tendencia compartida, con obvias diferencias nacionales, por los principales sistemas de control constitucional (III). El texto termina entonces con una reflexión teórica y metodológica. Así, intentaremos clasificar los distintos tipos de sentencias adelantados por la Corte Constitucional colombiana (IV), para luego sistematizar las razones que explican la necesidad de la modulación de los efectos de los fallos de los tribunales constitucionales (V).

I- El modelo kelseniano de "Legislador negativo".

Hans Kelsen defendió la existencia de un tribunal constitucional, cuyas decisiones

tuvieran efectos generales, como un mecanismo necesario para asegurar la supremacía de la Constitución y la regularidad de la producción del ordenamiento normativo[4]. Sólo la existencia de un tribunal constitucional, con esas características, asegura la vinculación del Legislador a la Constitución pues, como dice el jurista vienés, "no es, pues, con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución", por lo cual hay que concluir que "una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico"[5].

Kelsen propone que el mejor diseño para la labor de ese tribunal es concebirlo como un "legislador negativo", esto es, que el Parlamento ejercería la función de dictar las leyes ("legislador positivo") y el juez constitucional la de anular aquellas que fueran contrarias a la Constitución y fueran acusadas en debida forma por quienes tienen la titularidad de la acción. Esto implica que la decisión, en principio, sólo debe tener efectos hacia el futuro, pues no es la declaración de nulidad de la ley sino su anulación, por quien tiene la facultad para hacerlo y, por razones de seguridad jurídica, es más adecuado el efecto estrictamente "pro futuro" a partir de la publicación de la sentencia. Y, de otro lado, el tribunal debe limitarse a anular la ley sobre la cual ha recaído la acusación, sin crear normas positivas, pues de no ser así, el juez constitucional estaría invadiendo la competencia del Legislador positivo o parlamento.

---

[4] Nos basamos esencialmente en los dos siguientres trabajos de Kelsen. **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Tecnos, 1995 y "La garantía jurisdicciona de la constitución" en **Escritos sobre democracia y socialismo**. Madrid, 1988.

Esta es la esencia del modelo kelseniano de control concentrado y con efectos *erga omnes*: una función meramente anuladora del tribunal, y no creadora de derecho, y efectos hacia el futuro de la anulación, esto es, a partir de la publicación del fallo. Ahora bien, el propio Kelsen introduce matizaciones en este modelo, que muchas veces son ignoradas por sus epígonos, y que conviene destacar, pues son indicadores de que este diseño difícilmente puede ser aplicado de manera rígida. En primer término, en cuanto a los efectos en el tiempo, Kelsen admite que en ciertos casos convendría permitir que el tribunal pudiera mantener un cierto período la vigencia de la ley anulada, "aunque sólo fuera para dar al Parlamento la posibilidad de sustituir la ley inconstitucional por una ley conforme a la Constitución, sin que la materia regulada por la ley anulada permanezca sin regulación durante un período relativamente largo de tiempo"[6].E igualmente admite que, en eventos excepcionales, o para cierta categoría de casos, podría admitirse un cierto efecto retroactivo a la decisión de anulación[7]. Y en cuanto a la función meramente anulatoria o de "legislador negativo" del tribunal, Kelsen señala que es ingenuo pensar que el tribunal no crea derecho, en el sentido de que no modifica el ordenamiento, puesto que al retirar del sistema jurídico la ley acusada, es obvio que modifica el sistema. En sus palabras, "anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto una función legislativa"[8]. Precisamente, debido a esos efectos creadores de la función anulatoria del tribunal

---

[5] Hans Kelsen. **La garantía...Loc-cit**, p 129 y p 150
[6] **Ibidem**, p149
[7] **Ibidem**, p 125 y 126

constitucional, es que Kelsen propone que se le confiera a esa corporación la facultad de diferir los efectos de su decisión de inconstitucionalidad, o que se le permita restablecer y determinar cuál es la normativad en vigor que reemplaza a la ley anulada. Sin embargo, a pesar de esa importante precisión, Kelsen distingue entre la "elaboración de la ley", que corresponde al Parlamento, y su "simple anulación", que es la labor del tribunal constitucional, puesto que la primera es una libre creación del Parlamento mientras que "la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución.[9]"

Las propias matizaciones de Kelsen empiezan a mostrar las dificultades de establecer un único tipo de fallo para el control constitucional de las leyes. La experiencia colombiana, y no sólo ella sino también la de otros países como Italia, Alemania o España, muestra que es la propia práctica la que obliga a los tribunales constitucionales a establecer, con mayor o menor fortuna, una modulación de los efectos de sus decisiones.

II- La necesidad práctica de modular los efectos de los fallos: algunos ejemplos de la jurisprudencia colombiana.

Para comprender la necesidad de este tipo de sentencias basta pensar en una disposición legal que haya sido acusada y que admita varias interpretaciones razonables, de las cuáles algunas son constitucionales pero otras no lo son. En tal

---

[8] **Ibidem,** p 130

caso, ¿podría la Corte cumplir adecuadamente su función si sólo pudiera efectuar una decisión de exequibilidad o de inexequibilidad del texto demandado[10]? Es claro que no, pues si la Corte mantiene la disposición en el ordenamiento sin efectuar ninguna aclaración (declaración de constitucionalidad pura), entonces la Corporación está admitiendo la permanencia en el ordenamiento legal de unas normas -ciertas interpretaciones de la ley- que son contrarias a la Carta, con lo cual se afecta la supremacía y la integridad de la Constitución. En cambio, si la Corte retira en su integridad la disposición acusada (sentencia de inexequibilidad), entonces la Corporación está apartando del ordenamiento ciertas interpretaciones de la ley que son conformes a la Carta, con lo cual la Corte se estaría extralimitando en sus funciones, pues estaría expulsando del ordenamiento normas que no vulneran la Carta. La única alternativa razonable es entonces mantener en el ordenamiento jurídico la disposición legal acusada, pero condicionando su permanencia a que sólo son válidas unas interpretaciones de la misma, mientras que las otras son inexequibles. Y esto es lo que en algunos otros países denominan una sentencia interpretativa y que en Colombia suele denominarse una sentencia condicionada.

Algunos ejemplos de algunas de las primeras sentencias condicionales de la Corte

---

[9] **Ibidem**, p 131

[10] En Colombia, la expresión "inexequibilidad", que significa literalmente inejecutabilidad, exquivale a una anulación de la disposición demandada, según la cual, ésta es expulsada del ordenamiento a partir de la notificación del fallo. Esta expresión proviene de la reforma constitucional de 1910, que introdujo el control constitucional concentrado en Colombia, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, y utilizó esa palabra. La Constitución de 1991 conserva esa expresión en ciertos artículos pero habla igualmente en otros de que la Corte decide sobre la constitucionalidad de las leyes Por ello, en términos generales, en Colombia se utilizan entonces indistintamente dos expresiones ("inexequibilidad" e "inconstitucionalidad") para hacer referencia a esa anulación de la ley sometida a control del tribunal constitucional.

permiten comprender mejor su necesidad para un adecuado control de constitucionalidad.

{PRIVADO }Así, unos ciudadanos demandaron los artículos 8° y 16 de la Ley 38 de 1989, que consagran la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación. Según los actores, estas normas desconocían los preceptos constitucionales que garantizan el pago oportuno de las pensiones y prohiben a la Ley menoscabar los derechos de los trabajadores. La Corte acogió los argumentos de los demandantes, pues consideró que "los trabajadores se encuentran desamparados para cobrar sus acreencias dinerarias a causa de la inembargabilidad de las rentas del Presupuesto General de la Nación, lo cual, de contera puede producir violación o comprometer la efectividad de otros derechos fundamentales relacionados[11]". Es pues inconstitucional que el presupuesto sea inembargable frente a los créditos laborales. Sin embargo, la Corte también consideró que la inembargabilidad del presupuesto frente a créditos diversos a los laborales tenía un sólido fundamento constitucional, pues está fundada en la protección del bien público y del interés general, al amparar los recursos económicos del Estado. "El principio de la inembargabilidad presupuestal es una garantía que es necesario preservar y defender, ya que ella permite proteger los recursos financieros del Estado, destinados por definición, en un Estado social de derecho, a satisfacer los requerimientos indispensables para la realización de la

[11] Ver sentencia C-545/92. MP Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero

dignidad humana.[12]"{TC \l 1 "Así, unos ciudadanos demandaron los artículos 8° y 16 de la Ley 38 de 1989, que consagran la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación. Según los actores, estas normas desconocían los preceptos constitucionales que garantizan el pago oportuno de las pensiones y prohiben a la Ley menoscabar los derechos de los trabajadores. La Corte acogió los argumentos de los demandantes, pues consideró que \"los trabajadores se encuentran desamparados para cobrar sus acreencias dinerarias a causa de la inembargabilidad de las rentas del Presupuesto General de la Nación, lo cual, de contera puede producir violación o comprometer la efectividad de otros derechos fundamentales relacionados\"[13]. Es pues inconstitucional que el presupuesto sea inembargable frente a los créditos laborales. Sin embargo, la Corte también consideró que la inembargabilidad del presupuesto frente a créditos diversos a los laborales tenía un sólido fundamento constitucional, pues está fundada en la protección del bien público y del interés general, al amparar los recursos económicos del Estado. \"El principio de la inembargabilidad presupuestal es una garantía que es necesario preservar y defender, ya que ella permite proteger los recursos financieros del Estado, destinados por definición, en un Estado social de derecho, a satisfacer los requerimientos indispensables para la realización de la dignidad humana.[14]\""}

No podía entonces la Corte declarar la constitucionalidad sin matiz de la disposición que consagraba la inembargabilidad del presupuesto, por cuanto estaría desconociendo los derechos fundamentales de los asalariados. Pero no podía tampoco declarar inexequible esa disposición legal, porque desprotegería los

---

[12] Ibidem

recursos financieros del Estado. La única decisión razonable era entonces, y así la adoptó la Corte en la sentencia C-545/92, declarar constitucional la regla de la inembargabilidad presupuestal, salvo en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, sólo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, caso en el cual éste será embargable.

En otro caso, un ciudadano demandó parcialmente los artículos 430 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual está prohibida la huelga en los servicios públicos, y el 450 del mismo estatuto, que establece que es ilegal toda suspensión colectiva de trabajo en los servicios públicos. Ahora bien, la Constitución garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el Legislador (CP art. 56). Esto significa que la prohibición y la ilegalidad de la huelga en los servicios públicos no esenciales son inconstitucionales, mientras que tal prohibición y tal ilegalidad son exequibles cuando se trata de servicios públicos esenciales. En este caso, la única decisión razonable, como lo hizo la Corte en la sentencia C-473/94, es declarar constitucional los artículos acusados, "siempre que se trate, conforme al artículo 56 de la Constitución Política, de servicios públicos esenciales definidos por el Legislador." En efecto, una constitucionalidad simple mantendría en el ordenamiento la prohibición de la huelga en los servicios públicos no esenciales, la cual vulnera el artículo 56 de la Carta y desconoce el núcleo esencial del derecho de huelga de los trabajadores. En cambio, la declaratoria de inexequibilidad de los artículos acusados retiraría dos normas que son conformes con la Carta, a saber, la prohibición y la declaratoria de ilegalidad de la huelga en

los servicios públicos esenciales, con lo cual, además, la Corte hubiera desprotegido los derechos fundamentales de los usuarios de estos servicios.

Como se puede ver, las sentencias de constitucionalidad condicionada nacen del profundo respeto de la Corte Constitucional por las normas emanadas del poder legislativo, puesto que la Corte busca conservar en el ordenamiento jurídico las leyes. En efecto, sólo cuando una norma legal no admite ninguna interpretación razonable que sea conforme con la Carta, procede esta Corporación a retirarla del ordenamiento legal. En cambio, cuando son posibles tales interpretaciones conformes a la Constitución, esta Corporación siempre ha mantenido las normas dentro del ordenamiento, puesto que es natural que la Corte siempre busque conservar las disposiciones emanadas del Legislador. Por ello esta Corporación ha dicho que si una "disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimas constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento. (C-496/94)"

Esto explica entonces que la Corte haya recurrido en ciertos casos a constitucionalidades condicionadas e interpretaciones conforme a la Constitución de

ciertas normas legales[15] con el fin de poder mantenerlas dentro del ordenamiento jurídico, respetando al mismo tiempo la supremacía e integridad de la Carta.

Fuera de esas sentencias condicionales o interpretativas, esta Corporación también se ha visto obligada, en otros casos, a recurrir a otras modalidades de decisión, con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, y conservar, en la medida de lo posible, las normas emanadas del Legislador. Así, en otros eventos, la Corte ha limitado los efectos de la cosa juzgada constitucional a determinados cargos, o ha mantenido en el ordenamiento leyes acusadas por razones de procedimiento mientras se corregían los vicios formales de naturaleza subsanable[16]. En ciertas sentencias de inexequibilidad, la Corte ha dado efectos retroactivos a su decisión[17], mientras que en otras oportunidades, por el contrario, ha precisado que el fallo sólo comienza a tener efectos cuando se haya realizado la notificación a las otras autoridades constituidas[18]. En la revisión de las leyes estatutarias, la Corte ha determinado que a ella corresponde, luego de la revisión constitucional, fijar, en la parte motiva de la sentencia, el texto definitivo que debe ser sancionado por el Ejecutivo[19]. También esta Corporación ha adoptado exhortos constitucionales al Congreso con el fin de que adecue a la Carta ciertas regulaciones legales[20]. Finalmente, en casos excepcionales, esta Corporación ha considerado necesario

---

[15]Entre muchas otras, ver por ejemplo las sentencias C-503/93 M.P Antonio Barrera Carbonell; C-542/93. M.P Jorge Arango Mejía; C-110/94 M.P José Gregorio Hernández Galindo; C-145/94 M.P Vladmiro Naranjo Mesa. C-180/94. M.P Hernando Herrera Vergara.

[16]Entre otras, ver las sentencias C-527/94 y C-055/94.

[17]Ver, por ejemplo, entre otras, las sentencias C-023/94 MP. Vladimiro Naranjo Mesa y C-037/94. MP Antonio Barrera Carbonell.

[18]Ver, por ejemplo, sentencia C-300/94. MP Eduardo Cifuentes Muñoz

[19]Ver, entre otras, sentencias C-011/94, C-088/94 y C-089/94.

efectuar sentencias integradoras, esto es proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal.[21]

3- Los tipos de sentencias en el derecho constitucional comparado y en el constitucionalismo colombiano.

La modulación de los efectos de la sentencia no es en manera alguna una arbitraria invención de la Corte Constitucional colombiana, sino que es una consecuencia de la función de la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta. Además, la necesidad de esa modulación de las sentencias resulta de las tensiones valorativas implícitas en todo texto constitucional y de la dinámica misma del control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Por esta razón no es sorprendente que la mayoría de los tribunales constitucionales del mundo hayan desarrollado diversos tipos de fallos con el fin de cumplir, en forma razonable, su función de control constitucional, como se puede constatar con una breve revisión del derecho constitucional comparado en este campo.

Como es obvio, y debido a ser el país que goza de mayor trayectoria de control constitucional, es necesario tomar en cuenta el constitucionalismo estadounidense, a pesar de que su sistema de control es distinto al colombiano. Y es claro que la Corte

---

[20]Ver sentencia C-473/94

[21]Ver sentencia C-109/95, en donde se desarrollan los fundamentos de este tipo de decisiones; ver igualmente, C-149/93, C-011/94; C-012/94 y C-069/94.

Suprema de ese país recurre a distintos tipos de fallos, lo cual se ve facilitado por el hecho de que el control que ejerce el tribunal no es abstracto sino concreto, en la medida en que deriva del examen de controversias específicas y no de la acusación contra el contenido abstracto de una ley. Así, eso permite a ese tribunal recurrir permanentemente a sentencias interpretativas, en donde fija el sentido constitucional de una ley, con el fin de evitar declarar su inconstitucionalidad. Igualmente, la Corte Suprema ha modulado los efectos temporales de sus decisiones pues si bien, conforme a la doctrina de ese país, éstas tienen en general efectos retroactivos, pues la inconstitucionalidad se asimila a una nulidad, sin embargo, el tribunal ha conferido a muchas de sus decisiones efectos meramente prospectivos, con el fin de evitar los traumas normativos y prácticos que podría provocar una decisión totalmente retroactiva. El caso clásico es la sentencia Linkletter de 1965, en donde la Corte Suprema expresamente señaló que la Constitución no prohibe, pero tampoco exige, efectos retroactivos, por lo cual corresponde a la propia Corte determinar si debe conferirse un efecto retroactivo o prospectivo a la decisión.

Sin embargo, algunos podrían argumentar que esa modulación es propia del sistema estadounidense, debido a la flexibilidad que confiere un sistema de control concreto e incidental, pero que no es procedente cuanto se trata de verificar la constitucionalidad de un norma legal que fue acusada en abstracto, por medio de una demanda de inconstitucionalidad. Pero eso no es así, porque también en Europa, los tribunales constitucionales han recurrido a distintas técnicas de modulación de los efectos de sus decisiones.

Así, el primer juez constitucional europeo, el Tribunal Constitucional Austríaco[22] ha establecido diversos tipos de decisiones, en particular en relación con el efecto temporal de sus sentencias de inconstitucionalidad, puesto que en ellas puede fijar la fecha en que dejaron de estar en vigor las normas legales revisadas, o aplazar la entrada en vigor de otras disposiciones. También puede el Tribunal austríaco establecer constitucionalidades temporales, esto es, ordenar que la ley declarada contraria a la Carta Fundamental continúe en vigor por un período de tiempo no superior a un año, a fin de permitir al Congreso su modificación. Finalmente, en aquellos casos en los que declara inexequible una disposición legal, el Tribunal puede acordar, con el fin de evitar vacíos legales, cuáles son las disposiciones derogadas por la norma inconstitucional que pueden volver a entrar a regir.

El Tribunal Constitucional alemán, el segundo en entrar a funcionar en Europa, también ha recurrido a múltiples variantes de sentencias[23]. Así, en determinadas ocasiones, el Tribunal declara la "incompatibilidad" de una ley con la constitución o "inconstitucionalidad simple" pero no la "anula", esto es, no la expulsa inmediatamente del ordenamiento, sino que encomienda al Legislador una nueva redacción conforme a la Carta. En tales casos, el Tribunal Constitucional le encarga al legislativo, a veces con plazo determinado, a veces sin plazo, que modifique la

---

[22]Ver Felix Ermacora. "El Tribunal Constitucional Austriaco" en Varios Autores. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp 274, 282 y 287.

[23]Para el caso alemán ver, entre otras, las siguientes obras: Hans Peter Schneider. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp 62 y 218 y ss. Klaus Schlaich. "El Tribunal Constitucional Federal Alemán" en Varios Autores. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp 192 y ss. Donald P Kommers. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**.

ley para adaptarla a la Constitución. En otros eventos, el tribunal considera que una ley es "todavía constitucional", pero que en el futuro podría volverse inconstitucional; dicta entonces una "resolución de aviso", que es un llamado al Legislador para que propicie una situación plenamente constitucional, a fin de evitar la posterior declaratoria de inexequibilidad de la ley. En tercer término, y con el fin de evitar vacíos normativos, el Tribunal ha formulado regulaciones transitorias destinadas a regir mientras el Legislador expide una nueva ley conforme a la Carta. Así, hasta 1980, unas 160 leyes habían sido declaradas, total o parcialmente, inexequibles o incompatibles con la Constitución, mientras que más o menos un centenar de sentencias contienen interpretaciones de leyes conforme a la Constitución.[24]

Por su parte, el Tribunal Constitucional Italiano, el tercero en entrar en funcionamiento en Europa, ha modulado de tantas formas sus decisiones[25] que la doctrina de ese país no ha logrado establecer una clasificación aceptada de las distintas modalidades de sentencia. Pero por lo menos podrían distinguirse tres tipos de decisiones distintas a las de exequibilidad o inexequibilidad sin matiz. Todas ellas caben dentro del gran grupo de las llamadas "sentencias manipuladoras", por cuanto en ellas el tribunal "manipula" diversas disposiciones o textos normativos para extraer de allí distintas normas. Así, en ciertos casos, el Tribunal separa dos

---

Durham: Duke University Press, 1989, pp 60 y ss.

[24] Klaus Schlaich. Op-cit, p 202.

[25] Para el caso italiano, ver Alessandro Pizzorusso. "El tribunal constitucional italiano" en Varios Autores. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp 252 y ss. Ver igualmente Aljs Vignudelli. **La Corte delle leggi.** Dogana: Rimini, 1988, capítulo segundo. Ver igualmente Thierry Di Manno. **Op-cit**.

interpretaciones o normas del mismo texto, con el fin de expulsar una de ellas del ordenamiento y mantener la otra en él. Son las típicas sentencias interpretativas. En otros casos, el Tribunal ha señalado cuáles son las reglas que deben sustituir los vacíos generados por una declaración de inconstitucionalidad; son las llamadas sentencias "sustitutivas" y "aditivas". Finalmente, en un tercer tipo de decisiones, el Tribunal no se ha limitado a declarar inconstitucional una ley acusada sino que ha establecido los principios que deben orientar una nueva regulación en la materia, para que ésta sea conforme con la Constitución. La doctrina ha denominado esas decisiones "sentencias de delegación", por su analogía con el equivalente italiano a nuestras leyes de delegación facultades extraordinarias.

En Francia, el Consejo Constitucional también ha recurrido a formas de sentencias interpretativas, llamadas en ese país decisiones de "conformidad constitucional bajo reserva"[26]. En estos casos, el Consejo, en lugar de estimar conformes o no a la Constitución las disposiciones recurridas, adopta una solución intermedia consistente en declarar conformes dichas disposiciones pero bajo ciertas reservas, que la doctrina ha clasificado en cuatro variantes. La primera equivale a las sentencias condicionales en Colombia, esto es, el Consejo Constitucional, en lugar de declarar inconstitucional una disposición, condiciona su constitucionalidad a que ella sea interpretada de determinada forma. Por ejemplo, una ley establecía sanciones de prisión y multa para quienes interrumpieran el tráfico de vehículos en la vía pública colocando objetos. El Consejo, en la decisión 127 del 19 y 20 de enero de 1981, señaló que esa disposición era constitucional siempre y cuando se

[26]Javier Pardo Falcón. **El consejo constitucional francés.** Madrid: Centro de Estudios

entendiera que no se podía aplicar a quienes estuviesen ejerciendo legítimamente el derecho de huelga. La segunda variante se asemeja a las sentencias integradoras italianas y colombianas, puesto que en ellas, el Consejo Constitucional, con base en principios constitucionales, completa una ley que presenta vacíos a fin de poder declararla exequible y mantenerla en el ordenamiento jurídico. Así, nuevamente en la sentencia 127 del 19 y 20 de enero de 1981, el Consejo admitió que el magistrado competente podía prolongar la detención preventiva 24 horas, tal y como lo establecía la ley recurrida, pero agregó que en tal caso "habrá debido necesariamente haber examinado el expediente", cuando esa precisión no estaba contenida en el texto revisado. En otros casos, el Consejo establece directivas sobre la manera como debe aplicarse una ley, para que ella pueda ser considerada exequible. Y, finalmente, en otras ocasiones, el Consejo neutraliza los efectos de una ley, esto es le resta parte de su eficacia jurídica, para poder declararla constitucional.

Finalmente, el Tribunal Constitucional Español también ha recurrido a diversas modalidades de decisión[27]. En primer término, no son raras las sentencias interpretativas o condicionales, por medio de las cuales el tribunal mantiene dentro del ordenamiento una norma acusada, pero siempre y cuando sea interpretada en el sentido conforme a la Constitución. Así, durante 1992 y 1993, el Tribunal dictó 88 sentencias en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, de las cuales 10 contenían un mandato de interpretación conforme. En segundo término, aun cuando

---

Constitucionales, 1990, pp 201 y ss. Ver igualmente Thierry Di Manno. **Op-cit**.

[27] Ver, entre otros, Javier Jiménez Campo. **Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español**. Madrid: mimeo, 1994, pp 21 y ss.

de manera más excepcional, el tribunal español también ha efectuado, en forma similar al tribunal alemán, pronunciamientos de mera incompatibilidad con la Constitución. Esto es, el tribunal constata que la regulación acusada es contraria a la Carta, pero no la anula, por cuanto la inconstitucionalidad deriva de una omisión que el tribunal considera que debe ser corregida por el Legislador[28]. Finalmente, en otras ocasiones, el tribunal ha señalado en qué medida su sentencia de inexequibilidad afecta o no situaciones jurídicas anteriores al fallo.[29]

Pero lo más interesante es que la modulación de los efectos de los fallos y las sentencias interpretativas son una práctica arraigada en el derecho constitucional colombiano, tal y como lo Corte Constitucional lo reconoció en la sentencia C-109 de 1995, en el cual rescató la brillante tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia colombiana en este campo, la cual, mucho antes de que entraran en funcionamiento los tribunales constitucionales europeos, y cuando ejercía el papel de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución de 1886, efectuó sentencias condicionales o interpretativas. Así, en 1912, la Corte Suprema, en la parte resolutiva de uno de sus primeros fallos como tribunal constitucional, señaló que se declaraban "inexequibles los artículos 2° de la Ley 40 de 1905, primera parte del 5° de la Ley 21 de 1907 y 6° de la misma Ley, en cuanto comprendan a los propietarios de minas de esmeraldas que hayan redimido legalmente a perpetuidad la propiedad de sus minas, antes de la vigencia del Decreto número 48 de 1905; en todo lo demás son exequibles

[28] Ver en particular las sentencias 45 de 1989 y 222 de 1992.
[29] Ver no sólo la citada sentencia 45 de 1989 sino también las sentencias 128, 146 y 195 de 1994.

dichos artículos"[30] (subrayas no originales). En las siguientes décadas la Corte Suprema de Justicia profirió numerosas sentencias condicionales. Así, en 1924, entre muchas otras sentencias interpretativas, la Corte Suprema declaró "inexequible el artículo 3° de la Ley 109 de 1923, en cuanto dice relación a las personas que han adquirido exención de derechos de aduana en virtud de contrato celebrado con el Estado (subrayas no originales)"[31]. Posteriormente, en 1936, la Corte declaró que el inciso 1 del artículo 31 del decreto No 1365 de 1935 era inexequible "pero únicamente en cuanto implica de un modo general la facultad de prohibir la radiodifusión en los casos allí previstos y no en cuanto implica la prohibición de hacer uso de ella para actos vedados por las leyes, ni en cuanto contiene la facultad de impedir en casos concretos que se utilice la radiodifusión para actos de esta clase (subrayas no originales)"[32]. En los años cuarenta, la Corte declaró inexequible el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) pero "únicamente en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del 1 de julio de 1938, fecha de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que la reglas respectivas de la legislación anterior (subrayas no originales)"[33]. En 1965, la Corte Suprema declaró inexequibles varias disposiciones acusadas de la ley 27 de 1963 y del Decreto 528 de 1964

---

[30]Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de agosto de 1912. MP Alberto Suárez Murillo en Gaceta Judicial. Tomo XXII, p 5.

[31]Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de julio de 1924. MP Luis R Rosales en Gaceta Judicial. Tomo XXXI, p 53.

[32]Corte Suprema de Justicia sentencia del 7 de octubre de 1936. MP Eduardo Zuleta Angel. Gaceta Judicial. Tomo XLIV p 8.

[33]Sentencia del 13 de mayo de 1941. M.P Absalón Fernandez de Soto. Gaceta Judicial. Tomo LI, p 31.

"en cuanto suprimen la categoría constitucional de Juez del Circuito. Y son exequibles en cuanto se refieren a los Jueces Municipales en materia laboral"[34].

Esta tradición se mantuvo en el constitucionalismo colombiano, de suerte que en los años setenta se encuentran sentencias interpretativas. Así, en 1976, la Corte Suprema de Justicia, al estudiar una demanda contra los artículos 97 del Decreto-Ley 250 de 1970 y 7° de la Ley 20 de 1972 señaló, en la parte resolutiva de la sentencia, que esas normas eran exequibles en determinadas hipótesis e inexequibles en otras[35]. Finalmente, y durante los últimos años de vigencia de la Constitución de 1886, la Corte Suprema de Justicia profirió otras sentencias interpretativas. Así, en 1988, la Corte estudió una demanda contra el literal c) del artículo 5° de la Ley 78 de 1986, el cual establecía que no podía ser elegido alcalde quien "haya sido llamado a juicio o condenado a pena privativa de libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos". La Corte declaró exequible tal norma pero precisó que ella sólo debe predicarse de "aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales, y no extinguidas"[36].

Como se puede constatar, la modulación de los efectos de las sentencias es una tradición propia del constitucionalismo colombiano[37]. Así, la Corte Suprema,

---

[34]Sentencia del 28 de junio de 1965. Gaceta Judicial. Tomo CXI. MP Luis Alberto Bravo.
[35]Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de octubre de 1976. MP Julio Salgado Vásquez. **Gaceta Judicial**, No 152-153, p 548.
[36]Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de junio de 1988. MP Fabio Morón Díaz.
[37]Además de las anteriores, ver, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia: 23 de junio de 1913, 22 de agosto de 1913, 3 de noviembre de 1915, 22 de marzo de 1919, 21 de noviembre de 1919, 18 de noviembre de 1924, 18 de noviembre de 1926, 9 de noviembre de 1929, 28

durante la vigencia de la anterior Constitución, había señalado que, en virtud de su autonomía como tribunal constitucional, nada podía hacer el Legislador "o el ejecutivo en cuanto Legislador para limitar, ampliar, dirigir o guiar, inspirar o canalizar" sus fallos[38]. Igualmente, en 1989, al efectuar una sentencia interpretativa, la Corte Suprema de Justicia aclaró:

> *"La decisión de exequibilidad de normas legales condicionada a una determinada interpretación o alcance de las mismas, no es novedosa, encuentra claros antecedentes jurisprudenciales plasmados en las sentencias de mayo 14 de 1970 sobre los Decretos Legislativos 590 y 595 de 1970, febrero 6 de 1989 sobre el numeral 2° del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil y agosto 31 de 1989 sobre los literales a) y b) del artículo 153 del Decreto 095 de 1989" (subrayas no originales)*[39]*."*

Las sentencias integradoras tienen también un múltiple y sólido fundamento constitucional, lo cual explica que esta modalidad de decisión no sea tampoco nueva en la jurisprudencia constitucional colombiana. Así, la Corte Suprema de Justicia, mientras ejerció el control constitucional, durante la vigencia de la Constitución de 1886, recurrió también, en algunas ocasiones, a este tipo de decisiones.[40].

4- Una clasificación de los tipos de sentencias.

---

de febrero de 1935, 6 de septiembre de 1943, el 10 de abril de 1947, 1 de marzo de 1966, etc.

[38] Corte Suprema de Justicia. sentencia No 76 del 3 de octubre de 1989.

[39] Corte Suprema de Justicia. Sentencia No 71 del 3 de octubre de 1989.

[40] Sentencia del 2 de noviembre de 1944 MP Ricardo Jordán Jiménez. Gaceta Judicial, Tomo LVIII p 7. Igualmente, ver sentencia del 24 de julio de 1961. MP José Hernández Arbeláez. Gaceta Judicial. Tomo XCVI, p 8

Una vez mostrada la diversidad de tipos de sentencias, intentaremos poner orden en esa técnica de modulación, a fin de clasificar la labor de la Corte Constitucional en este campo, para lo cual nos basaremos en las distinciones propuestas por la doctrina en derecho comparado[41]. Y a nuestro parecer, pueden distinguirse dos aspectos esenciales: (i) modulaciones que afectan el contenido y (ii) modulaciones relativas al efecto temporal.

4.1. Modulaciones sobre el contenido.

Las primeras tienen que ver con el contenido de lo acusado, y en ellas la Corte, en vez de retirar del ordenamiento la disposición acusada (inconstitucionalidad) o mantenerla sin modificaciones (constitucionalidad), emite un fallo que altera parcialmente ese contenido. Y, a nuestro parecer, esos fallos son de tres grandes tipos.

En el primer tipo de decisiones, el tribunal restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación (no se aplica en tales casos), ya sea limitandos sus efectos (no se aplica tal o cual consecuencia). Estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa a la misma. Es de lejos, la técnica más usual, y corresponde a muchos de los ejemplos presentados anteriormente en este texto.

---

[41] Las clasificaciones son múltiples; nos basamos, en lo esencial, en las clasificaciones propuestas por la

Un segundo tipo de decisiones corresponde a aquellos eventos en donde el tribunal no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Son las sentencias "aditivas", conforme a la terminología italiana, o "integradoras", según la denominación que les ha dado la Corte Constitucional colombiana[42]. En estos casos, el tribunal constitucional constata, en el fondo, una omisión legislativa, puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordena sino debido a que su regulación es insuficiente, al no haber previsto determinados aspectos, que eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución. Eso sucede muy usualmente en casos de igualdad, en donde, por ejemplo, se acusa a una disposición que concede un beneficio, por no haber tenido en cuenta a todos los que lo ameritaban, por lo cual, el tribunal, dando una aplicación directa del mandato constitucional sobre igualdad, extiende ese provecho a los que fueron caprichosamente excluidos. Pero estas sentencias integradoras no son exclusivas de casos de igualdad pues la inconstitucionalidad puede provenir de otras omisiones, por ejemplo, cuando la ley, al regular un procedimiento o crear una sanción, no incluye ciertos aspectos, cuya omisión genera una regulación inconstitucional. Así, en la sentencia C-690 de 1996, la Corte debió estudiar unas disposiciones del estatuto tributario que imponían duras sanciones económicas a quien no presentara la declaración de renta, en los lugares y momentos previstos por la administración tributaria. La demandante consideraba que la norma imponía una responsabilidad objetiva pues no permitía al contribuyente demostrar que la omisión de ese deber tributario provenía de un caso

---

doctrina italiana, y retomadas en otros países. Ver Thierry Di Manno. Op-cit, y Aljs Vignudelli. Op-cit.)

fortuito o una fuerza mayor. La Corte acogió el criterio de la demandante, pues consideró que era contrario a la Constitución, y en especial a los principios de responsabilidad subjetiva, equidad tributaria e igualdad, que se sancionara a una persona que materialmente se encontraba imposibilitado para presentar la declaración de renta. La Corte declaró entonces la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, pero en el entendido de 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 su voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor".

Un último tipo de sentencias, que podemos llamar "sustitutivas", siguiendo la terminología italiana, hace referencia a aquellos eventos en donde la Corte expulsa del ordenamiento una disposición acusada, y sustituye el vacío normativo por una regulación específica, que tiene raigambre constitucional directa. En cierta medida, estas sentencias sustitutivas son una combinación de sentencia de inconstitucionaldad y sentencia integradora, pues se anula el precepto acusado (inexequibilidad), con lo cual se genera un vació de regulación, que es llenado por medio de un nuevo mandato que la sentencia adiciona o integra al ordenamiento.

Un caso típico en Colombia, y muy importante en relación con los alcances de la presente discusión, es la sentencia C-113 de 1993, en donde la Corte estudió un artículo del estatuto que regula los juicios ante la Corte, el cual precisaba

---

[42] Ver, en particular, la sentencia C-109 de 1995

taxativamente los casos en donde la Corte podía conferir efectos retroactivos a su decisión. La Corte declaró la inconstitucionalidad de ese artículo, pues consideró que la ley no podía regular los efectos de los fallos del tribunal constitucional, pues esa competencia era propia de la Constitución o, en su defecto, del tribunal constitucional. Por ende, anuló ese contenido normativo; pero no se limitó a hacer eso, sino que estableció un contenido sustituto, puesto que señaló que, conforme a la Constitución, correspondía exclusivamente a la propia Corte Constitucional fijar libremente los efectos de sus fallo.

4.2. Modulaciones temporales.

En otros eventos, la modulación hace referencia esencialmente al efecto temporal de la decisión. Así, en el constitucionalismo colombiano, y siguiendo un poco el modelo kelseniano, las decisiones de inexequibilidad tienen efectos *pro futuro*, e implican que apenas es notificada la sentencia, la disposición sale del ordenamiento pero no modifica las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada.

Sin embargo, esa regla general sufre excepciones, ya que la Corte puede modular los efectos temporales de su decisión. Así, en ciertos casos, bastante excepcionales, la Corte ha dado a sus sentencias efectos retroactivos. Un ejemplo es el relativo a un impuesto, que había sido inconstitucionalmente decretado. La Corte anuló el impuesto pero consideró que era necesario conferir efectos retroactivas a su decisión, a fin de evitar que se vieran perjudicados los contribuyentes más

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Ecuador



EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR. *

- **Dr. Hernán Rivadeneira Játiva.** **

INTRODUCCIÓN.-

A partir de 1996, la presencia del Tribunal Constitucional se hace notoria no sólo por la reforma introducida en la Carta Política que lo constituyó, sino también porque se trata de una entidad del más alto rango en el país, pues, sus resoluciones son de última y definitiva instancia, causan ejecutoria y las mismas no se consultan o de ellas no se recurre ante ninguna otra instancia administrativa o jurisdiccional.

Desde entonces, sus competencias y atributos, tienen el carácter de supremos y la sociedad cuenta con un organismo para precautelar la vigencia constitucional en la expedición de leyes, reglamentos, ordenanzas y resoluciones de la administración pública; así como, establecer las violaciones constitucionales en la expedición de otros actos administrativos; y las demás, en cuanto a los recursos de apelación o de segunda o definitiva instancia en los casos de Habas Corpus, Habas Data y Amparo; así como aquellas otras funciones contempladas en la propia Constitución y las leyes especiales.

En un mundo globalizado y convulsionado como el actual, en donde la institucionalidad está desmejorada, su papel es fundamental para rescatar la confianza ciudadana en la vigencia constitucional así como para facilitar la

---

* Ponencia presentada en la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal. Ciudad de Guatemala, 22-28 noviembre 1999.

** Vocal - Magistrado del Tribunal Constitucional de la República del Ecuador, Presidente de la Tercera Sala.

participación democrática en la prevención y la rectificación de las violaciones constitucionales por parte de las autoridades públicas y de los particulares en determinados casos.

La insatisfacción de las necesidades de subsistencia y seguridad de los ciudadanos, los atentados a los derechos y las garantías individuales y colectivas, el desconocimiento de los derechos humanos, convierte a la sociedad en injusta e inequitativa.

El deber del Tribunal Constitucional se orienta a la remediación urgente de aquellas violaciones, previa la impugnación por parte de los perjudicados y los interesados.

Por la noble misión que debe cumplir este organismo nos convierte en los entes sociales de mayor responsabilidad y prestancia. Por ello nuestro empeño en participar en un evento como este, luego del cual estaremos en condiciones de responder de mejor manera a los retos del nuevo milenio, a favor de la vigencia constitucional y democrática.

A continuación, seguimos el esquema sugerido para presentar esta ponencia:

1. RESPECTO DE QUIENES TIENEN CAPACIDAD PARA DEMANDAR LA INCONSTITUCIONALIDAD.-

El **Art. 276** de la Constitución Política de la República del Ecuador establece las siguientes competencias del Tribunal Constitucional:

> "1.- Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

2.- Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.

3.- Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo.

4.- Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes.

5.- Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional.

6.- Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

7.- Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes.

Las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional".

A su vez, el **Art. 277**, determina quiénes pueden presentar las demandas de inconstitucionalidad, aquellas establecidas en el Art. 276, a saber.

"1. El Presidente de la República, en los casos previstos en el número 1 del Art. 276.

2. El Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros, en los casos previstos en los números 1 y 2 del mismo artículo.

3. La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno, en los casos descritos en los número 1 y 2 del mismo artículo.

4. Los consejos provinciales o los concejos municipales en los casos señalados en el número dos del mismo artículo.

5. Mil ciudadanos en goce de derechos políticos o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia, en los casos de los números 1 y 2 del mismo artículo.

El presidente de la República pedirá el dictamen establecido en los números 4 y 5 del mismo artículo.

La dirimencia prevista en el número 6 del mismo artículo, podrá ser solicitada por el Presidente de la República, por el Congreso Nacional, por la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales o los concejos municipales.

La atribución a que se refiere el número 3 del mismo artículo, será ejercida a solicitud de las partes o del Defensor del Pueblo.

En el caso ecuatoriano si bien no existe expresamente la figura de acción popular para este tipo de demandas, se permite que mil ciudadanos puedan acudir ante el Tribunal Constitucional para tal objeto, sin perjuicio de que una colectividad o una sola persona pueda presentar su planteamiento al Defensor del Pueblo, con lo cual se evitaría recoger las firmas respectivas.

El Defensor del Pueblo procesa (revisa) la demanda y si la encuentra aceptable la envía al Tribunal Constitucional para su admisión y trámite.

2. LOS DIVERSOS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL TRAMITE.-

De acuerdo con las competencias y atribuciones del Tribunal Constitucional, conforme señala el Art. 276 de la Carta Política, los sujetos intervinientes en el trámite de las diversas acciones y causas son los siguientes:

2.1.- En las demandas de inconstitucionalidad, de fondo y forma, sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, pueden presentarlas:

- El Presidente de la República en contra del Congreso Nacional;

- El Presidente del Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros, en contra del Presidente de la República;

- El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en pleno; en contra del Congreso Nacional y Presidente de la República;

- Por lo menos mil ciudadanos, en goce de sus derechos políticos, quienes deben suscribir la demanda, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo; en contra del Congreso Nacional y el Presidente de la República.

2.2. En las demandas de inconstitucionalidad de otros actos administrativos de toda autoridad pública:

- El Presidente del Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros;

- El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, igualmente en representación del organismo;

- Un Alcalde o un Prefecto Provincial; y,

- Mil ciudadanos en goce de los derechos políticos, o cualquier persona previo el informe favorable del Defensor del Pueblo.

En cada uno de estos casos, el o los demandados, o la contraparte, serían los funcionarios o autoridades públicas que han emitido los actos administrativos correspondientes.

2.3. En los casos de resoluciones que denieguen los recursos de HABEAS CORPUS, HABEAS DATA y la acción de AMPARO CONSTITUCIONAL:

2.3.1. En el recurso de Hábeas Corpus: Plantea el recurso de apelación el detenido o en su representación un abogado o un tercero allegado; en contra del Juez o autoridad que ordenó su detención;

2.3.2. En el recurso de Hábeas Data: La persona que desea tener acceso a documentos, banco de datos e informes sobre si mismo o sobre sus bienes.

2.3.3. En el amparo constitucional; A quien se le denegó su demanda por parte del Juez de instancia.

2.4. En los casos de apelación previstos en la acción de amparo constitucional: El recurrente o quien, sufriere la violación de sus derechos o un ciudadano en el caso de los derechos difusos o colectivos.

2.5. En las objeciones de inconstitucionalidad en el proceso de formación de las leyes, sólo el Presidente de la República puede pedir el dictamen. El contradictor será el Congreso Nacional. (Art. 277, inciso antepenúltimo).

2.6. En los casos de dictámenes previos a la aprobación por parte del Congreso Nacional de tratados o convenios internacionales: el Presidente de la República.

2.7. Para dirimir los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución: Por parte del Presidente de la República, por el Congreso Nacional, por la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales y los concejos municipales.

2.8. Otras atribuciones: (Apelación de resoluciones de organismos seccionales sobres destitución de autoridades).

Las leyes de Régimen Municipal y de Régimen Provincial, en su caso, determinan los procedimientos para la apelación ante el Tribunal Constitucional. Existe, sin embargo, una interpretación discordante en cuanto a las capacidades entregadas también a los concejales municipales o consejeros provinciales, por un lado, y a los alcaldes o prefectos, por otra, pues, la Ley de Régimen Municipal, por ejemplo, en el literal c). del Art. 80, establece la posibilidad de apelación de la Resolución del Consejo Municipal sólo para el alcalde; no obstante, en una última decisión del Pleno del Tribunal Constitucional, por mayoría de votos, se estableció que uno o más concejales municipales podrían presentar tal recurso.

El caso es de la destitución de un alcalde, cuya categoría creo yo es superior a la de un concejal; por tanto, el legislador determinó quizá un diverso tratamiento para el caso de una destitución al primer personero municipal, en una especie de discriminación positiva a su favor.

Se entiende también que en las causas que se siguen a las autoridades del Estado y a sus organismos, en determinados casos, interviene en defensa de aquellos intereses la Procuraduría General del Estado.

Puede darse la participación de terceros perjudicados, a los cuales se les ha atendido incluso en audiencias o comisiones generales en cada una de las salas o en el Pleno del Tribunal. En muchas ocasiones, estos terceros perjudicados hacen valer sus derechos a la petición y a ser oídos en sus pretensiones para evitar un perjuicio a sus intereses. Si bien no son parte en el proceso, pueden sin embargo aportar en la mejor comprensión del caso y, naturalmente, en el logro de una resolución adecuada.

3. CUESTIONES FORMALES DE ACCESO AL PROCESO.-

3.1. Principales requisitos formales para el planteamientos de la inconstitucionalidad.-

a) Personalidad.-

El tema de la personalidad tiene mucha importancia, pues, la comparecencia ilegítima puede ocasionar la nulidad de la causa.

En los casos de las autoridades públicas, incluyendo el Procurador del Estado, generalmente se utiliza el mecanismo de la procuración; esto es, se autoriza legalmente la representación en las diversas causas; sin embargo, si se trata de la presentación de una demanda, por lo menos en el escrito inicial debería constar la comparecencia personal de la autoridad pública, aunque

más adelante, se encargue a un abogado o procurador la continuación del trámite y la comparecencia a las diferentes diligencias.

Si se trata de un conjunto de ciudadanos, por lo menos mil, como indica la Carta Política, ellos deberán designar un procurador común, quien les representará en el trámite.

Los trámites de las demandas de inconstitucionalidad no tienen las características de un trámite jurisdiccional común pues, se ha impuesto un trámite más bien, administrativo.

b) Patrocinio profesional.-

En todos los casos, el patrocinio profesional es obligatorio, pues, así se dispone en una ley supletoria, la de Federación de Abogados. Es también necesario el patrocinio de un abogado, pues, debe señalarse domicilio para las notificaciones y, sólo tal profesional tiene la posibilidad de señalarlo.

c) Motivación o justificación de la acción.-

La fundamentación o motivación es necesaria e imprescindible, no sólo para exponer jurídicamente la acción, impugnación o recurso, sino también para establecer la relación de los hechos con lo cual se esclarece el motivo u objeto de la acción.

Una exposición clara y precisa de los fundamentos de hecho y de derecho será definitiva para el éxito en el proceso.

3.2. Medios para subsanar deficiencias de forma en la presentación de la demanda de inconstitucionalidad.-

En el Tribunal Constitucional del Ecuador existe una Comisión de Recepción y Calificación de las demandas de inconstitucionalidad integrada por el Presidente, el Vicepresidente y un vocal designado por el Pleno.

Esta Comisión no analiza el tema de la competencia sino precisamente aspectos formales de la demanda en cuanto a los requisitos para presentar la demanda, que se hallan puntualizados en la propia Constitución, en la Ley de Control Constitucional y en otros cuerpos legales.

La Comisión puede subsanar deficiencias de forma, solicita al demandante que complete el libelo con aquellos requisitos omitidos y le concede un término para cumplir con este requerimiento.

Existe por otra parte un principio legal que debe tenerse presente incluso en este tipo de causas: La omisión de formalidades legales no afecta al proceso o también la invocación respecto de la obligación de los jueces de enmendar los errores de forma y aplicar aquellas disposiciones legales que correspondan. (Art. 273 de la Constitución Política del Estado).

4. SISTEMAS O VIAS DE PROMOCION DEL PROCESO.-

4.1. Planteamiento mediante acción, excepción o incidente.-

La Ley de Control Constitucional (Art. 59), expresamente, prohibe la presentación de incidentes en la tramitación de las causas ante el Tribunal y de los recursos para las garantías Constitucionales, los mismos que deben despacharse con agilidad, pues, se trata de precautelar la vigencia de aquellos derechos, el ejercicio de los mismos, de manera eficiente y oportuna.

Por otra parte, corresponde tanto a la acción de los demandantes como al Tribunal la promoción del proceso, esto es, el impulso de la causa.

4.2. La suspensión de los efectos de los cuerpos legales, de la norma o del acto impugnado.-

El efecto suspensivo de los cuerpos legales, de las normas y de los actos administrativos impugnados a través de la acción de amparo constitucional permite a los accionantes conseguir sus propósitos y enmendar aquellas causas de violación constitucional, no solo para que en los casos de amparo cesen los efectos gravosos, sino también, como en el caso de las demandas de inconstitucionalidad, para que en el futuro no rijan más aquellas normas y actos administrativos.

No obstante, cabe aquí también identificar la figura del efecto de las resoluciones de los jueces o tribunales de instancia, que pueden ser de efecto suspensivo o devolutivo, en su caso. Estas situaciones, en el trámite administrativo - constitucional, deben distinguirse de la siguiente manera:

a) En la acción de amparo sólo cabe el efecto suspensivo de los cuerpos legales, normas o del acto impugnado, pues, las resoluciones del juez o tribunal de instancia debe cumplirse en forma inmediata, sin perjuicio del recurso de apelación para ante el Tribunal Constitucional; es decir, la resolución se cumple y, por tanto, se suspende el objeto de la demanda, hasta su confirmación o ratificación por el órgano de última y definitiva instancia que es el Tribunal Constitucional.

b) No cabe, por tanto, el efecto devolutivo, que sí existe en los trámites de la justicia ordinaria.

c) Por otra parte, en los casos de competencia de las salas (recursos de habeas corpus, habeas data, acciones de amparo, apelaciones del régimen seccional, etc); si no existe unanimidad; esto es si se da una resolución de mayoría (2 votos) y 1 voto salvado, de acuerdo al Art. 62 de la Ley de Control Constitucional, el caso va en consulta al Pleno del Tribunal Constitucional, para su ratificación o rectificación. Mientras no se resuelva en el Pleno, el asunto no está en firme.

4.3. El Tribunal Constitucional y los jueces y tribunales constitucionales de instancia (que por delegación pueden ser generalmente los jueces de lo civil), no tienen competencia para conocer o resolver sobre los trámites o providencias de la Función Judicial, esto es, de la justicia ordinaria.

Esta limitación que consta en la Carta Política Ecuatoriana vulnera el principio de la supremacía constitucional y de la calidad del Tribunal Constitucional, como órgano supremo, de última y definitiva instancia de control de la constitucionalidad.

Conforme avance la práctica del control constitucional en nuestro país, se irán perfeccionando y corrigiendo determinadas normas, como la que hemos enunciado, limitantes del ejercicio de la justicia constitucional.

5. DEBATE O DISCUSIÓN PROCESAL.-

En la tramitación de primera instancia en los casos de amparo, habeas corpus, habeas data y resoluciones de los organismos seccionales, se busca el pronto despacho, la agilidad procesal, por ello se establecen términos urgentes y expeditos, e incluso, una audiencia para que las partes concurran a exponer oralmente sus alegatos o fundamentaciones en Derecho. El Juez o tribunal de instancia deberá tomar en cuenta estas determinaciones para evitar una dilatación del trámite.

Aquella audiencia permite al juzgador apreciar de manera directa y viva las consideraciones de los proponentes y de quienes representan a la administración pública o particulares delegatarios o concesionarios.

En segunda instancia, en los recursos de apelación; o en la tramitación ante el Tribunal Constitucional, a través de las demandas de inconstitucionalidad, las partes pueden solicitar ser escuchados en audiencia pública, o de oficio, el Tribunal en Pleno o una de las Salas, puede plantear la comparecencia de una autoridad pública para que contribuya en la discusión de los temas expuestos en una demanda.

La experiencia de las audiencias públicas en el Pleno o en las Salas demuestra que el conocimiento de los elementos procesales está garantizado, e incluso, puede resolverse el caso en forma inmediata.

Cada parte tiene un tiempo máximo de 30 minutos para exponer sus argumentos legales.

Podrían también los vocales del Tribunal interrogar a los expositores sobre algún aspecto o elemento que pueda esclarecer mejor sobre los fundamentos de la demanda o de la contestación u oposición a la misma.

Pese a que el Reglamento distingue a las audiencias públicas y las comisiones generales, en la práctica, las dos pueden atenderse con el tiempo previsto y los requisitos formales enunciados.

El procedimiento oral en estos casos se hace indispensable y, por tanto, podrían lograrse mejores resultados con una enmienda a las normas constitucionales y legales respectivas que atienden la parte adjetiva del control constitucional.

6. ORGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.-

6.1. Naturaleza y composición.-

En el Ecuador se ha superado la fase de la existencia de un organismo de control constitucional cuyas resoluciones debían consultarse antes al Congreso Nacional y, más tarde, a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia.

En enero de 1996, cuando se crea el Tribunal Constitucional, se lo convierte en un tribunal de última y definitiva instancia, cuyos fallos o

resoluciones no los puede revisar ningún otro órgano judicial o administrativo.

Para resolver las acciones de amparo constitucional, la Constitución y la ley establecen como jueces y tribunales constitucionales de instancia (primer nivel) a los jueces de lo civil, con jurisdicción provincial o, en su falta, a los jueces penales. También pueden recurrirse ante los tribunales regionales de lo Contencioso Administrativo. (Art. 95 de la Constitución Política del Estado).

En el caso del habeas corpus, los jueces naturales son los alcaldes municipales, de cuyas resoluciones negativas se puede apelar para ante el Tribunal Constitucional, el cual resuelve el caso en definitiva instancia. (Art. 93 de la Constitución Política del Estado).

Para los trámites de habeas data también se ha facultado a los jueces civiles, de cuyas resoluciones negativas se puede apelar para ante el Tribunal Constitucional. (Art. 94 de la Constitución Política del Estado).

7. NORMAS INPUGNABLES.-

7.1. En el Habas Corpus.-

Conforme señala el Art. 93 de la Carta Constitucional, el "habeas corpus" precautelar la garantía de libertad personal, por lo cual, el alcalde deberá ordenar que se exhiba la orden de privación de la libertad y también se presente personalmente al detenido.

El alcalde dispondrá la libertad inmediata en caso de no presentarse al detenido, si no se exhibe la orden de privación de la libertad, si dicha orden no cumple los requisitos legales o se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención.

Esta institución histórica busca precautelar un bien insustituible, como es el de la libertad, defender el invalorable ejercicio del desenvolvimiento de las actividades sociales a plenitud, sin cortapisas o menoscabo alguno.

Con este recurso se impugna el procedimiento de la administración de justicia y de la policía al detener a una persona, se limita el abuso de las prisiones preventivas, recurso utilizado en forma apresurada, muchas veces sin la fundamentación o motivación señalada en la normativa adjetiva penal, es por ello, incluso, que en el texto constitucional consta una norma limitante a la prisión preventiva.

El Tribunal Constitucional conoce este recurso en segunda instancia, sólo por apelación de quien se halla privado de su libertad, es decir, del recurrente.

7.2. En el habeas data.-

El Art. 94 de la Constitución establece que "Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privada, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito".
"Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren legítimamente sus derechos".

De la misma manera que el recurso anterior, el Tribunal Constitucional conoce de esta causa por apelación de quien no ha obtenido una resolución favorable del juez de instancia.

7.3. En el amparo constitucional.-

El derecho o acción de amparo busca demostrar violaciones constitucionales, de los derechos y garantías individuales o colectivos, así como de los tratados o convenios internacionales vigentes, relativos a estos derechos, provocados por un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

También puede presentarse acción de amparo contra un delegatario o concesionario de la prestación de un servicio público en iguales supuestos que el caso anterior; así como contra un particular, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Esta reforma introducida en la Carta Constitucional es interesante: Protege los intereses comunitarios o colectivos, por ejemplo, de una parroquia, un recinto, un barrio, una comunidad indígena, un pueblo, una comuna; a quienes les afecta el deterioro del medio ambiente, el despojo de algún bien o servicio, etc. Un derecho difuso es aquel derecho general o amplio, que no es de un individuo en particular sino de todos; que no se puede particularizar sino que tiene características de amparo genérico.

7.4. En los casos de cuerpos legales y resoluciones administrativas.-

Se impugnan las violaciones constitucionales de fondo y forma que se presenten sobre las leyes, decretos - leyes, decretos, ordenanzas de los organismos del régimen seccional, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por los órganos de las instituciones del Estado.

7.5. Sobre los actos administrativos.-

Se impugnan, así mismo, las violaciones constitucionales de los actos administrativos de toda autoridad pública.

8. DE LAS RESOLUCIONES.-

8.1. Clases de resoluciones.-

Existen las siguientes clases de resoluciones, entre otras:

a) De suspensión definitiva de una norma o un acto administrativo;

b) De suspensión provisional, en los casos de amparo, por parte de los jueces de instancia;

c) Dictámenes sobre las objeciones de inconstitucionalidad en el proceso de formación de las leyes, y sobre los tratados y convenciones internacionales previos a su aprobación por parte del Congreso Nacional;

d) De inconstitucionalidad por el fondo, por la forma; total o parcial; de las normas o los actos administrativos;

e) Resoluciones de las salas y del Pleno del Tribunal, de acuerdo a sus competencias.

8.2. Contenido de la resoluciones.-

Conforme al Reglamento Orgánico Funcional del Tribunal (Art. 19), las resoluciones del pleno o de las salas contendrán lo siguiente:

- Relación circunstanciada de los hechos (o los antecedentes);
- Los fundamentos de derecho; y,
- La parte resolutiva propiamente dicha.

Igual contenido observarán los votos salvados.

En las resoluciones adoptadas por las salas pueden presentarse las siguientes situaciones:

a) Que las causas de competencia de las salas sean resueltas por unanimidad, esto es, con el voto conforme de los tres vocales; en cuyo caso, se la emite con notificación a las partes, sin que haya lugar a revocatoria, excepto a las peticiones de aclaración y / o ampliación, despachado lo cual, se ejecutorían; o,

b) Que exista una resolución de mayoría, es decir, de dos vocales de la sala, con un voto salvado. En este caso, la causa sube en consulta al Pleno del Tribunal para su confirmación o rectificación.

8.3. Publicidad de las resoluciones.-

Las resoluciones emanadas de la sala no se publicitan, pues, se las considera como informes para el pleno;

-En cuanto a las resoluciones del pleno, una vez adoptadas se ejecutorían de inmediato, deben notificarse a las partes y publicarse obligatoriamente en el Registro Oficial.

-Se prevé la posibilidad de editar una Gaceta del Tribunal para publicar todas las resoluciones de la misma, aunque, debe utilizarse el Registro Oficial que, actualmente, se halla bajo la dependencia del propio organismo del control constitucional.

8.4. El efecto de las resoluciones.-

Conforme al propio texto constitucional vigente, las resoluciones adoptadas y que se hallan en firme tienen efecto inmediato, es decir, deben cumplirse en forma inmediata. Incluso las resoluciones de primera instancia de los jueces delegados para atender las causas previstas en la Constitución y la Ley, son de efecto también inmediato, para el caso de las acciones de amparo; sin perjuicio de que suban en apelación para ante el Tribunal Constitucional, en donde se confirmen o rectifiquen.

En los casos de inconstitucionalidad de leyes, decretos, etc. y de los otros actos administrativos, si existe incumplimiento por parte de las personas o entidades de la administración pública, podrá proponerse el desacato.

En el caso de los incumplimientos de las resoluciones de amparo constitucional, los jueces y tribunales de instancia, deberán tomar en cuenta el pago de daños y perjuicios.

CONCLUSIONES.-

El control de la constitucionalidad en el Ecuador está en desarrollo, en perfeccionamiento contínuo y seguro. Existen aún deficiencias y limitaciones superables; no obstante, es importante el impulso dado por la última Asamblea Nacional Constituyente a este órgano de última y definitiva instancia, asugurándole amplias competencias y dotándole de autonomía administrativa, así como de independencia frente a las Funciones del Estado y a los órganos jurisdiccionales.

Es evidente que un órgano de control de la Constitucionalidad no debería tener limitaciones en su accionar; sin embargo, ante las necesidades políticas y administrativas, existen aún normas que impiden tratar, por ejemplo, las decisiones judiciales adoptadas en un proceso a través de una acción de amparo constitucional; o, en general, según consta en el art. 276 de

la Constitución Política, las providencias de la Función Judicial no son susceptibles de Control por parte del Tribunal Constitucional.

Una serie de intereses han frustrado por ahora la capacidad que debió entregársela al Tribunal Constitucional.

En el caso ecuatoriano, entonces, valdría la pena plantear la participación ciudadanía para ampliar y perfeccionar la justicia constitucional.

Mientras tanto será indispensable cumplir a cabalidad el mandato recibido, para asegurar la vigencia constitucional y, de manera especial, los derechos y garantías individuales y colectivas.

Confiemos en que los esfuerzos legislativos y prácticos, permitan una mejor cobertura en cuanto a la seguridad jurídica indispensable para la organización de un Estado democrático y equitativo.

Las diversas experiencias de los países, que se debaten en esta Conferencia, servirán también para enriquecer nuestros conocimientos y nuestra actitud de contralores de la constitucionalidad, una elevada y difícil misión, de responsabilidad y ponderación.

Propongo un compromiso colectivo hacia la institucionalización de este tipo de conferencias, con la designación de una Secretaria Permanente, que centralice la información, los documentos fundamentales, los debates, el seguimiento de las resoluciones y las iniciativas organizativas.

El intercambio de experiencias, el perfeccionamiento de la administración de la justicia constitucional, la tutela y amparo de las garantías y derechos humanos (individuales y colectivos), la vigencia de las normas constituciones frente a los abusos de la autoridad pública, la defensa del régimen constitucional y democrático, han sido y serán, como siempre, nuestras preocupaciones y exigencias.

Señoras y señores.

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de España



LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN ESPAÑA.*

III Conferencia de Justicia Constitucional

de Iberoamérica, España y Portugal.

Guatemala, Noviembre de 1999.

Índice: I. Introducción. Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de la Ley en España.- II. El órgano de control de la inconstitucionalidad: el Tribunal Constitucional.- III. Las normas objeto de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad.- IV. El canon del control de constitucionalidad: la Constitución y el *bloque de la constitucionalidad*.- V. El control abstracto de constitucionalidad: el recurso de inconstitucionalidad.- 1. Sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad.- 2. La tramitación del recurso de inconstitucionalidad.- VI. El control concreto de constitucionalidad: la cuestión de inconstitucionalidad.- 1. Órganos legitimados para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad .- 2. Requisitos formales del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad .- 3. La tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.- VII. La Sentencia en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad.- 1. Sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad.- 2. Sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.- 3. Tipos especiales de Sentencias.- 4. Efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional.- VIII. Alguna consideración para el futuro.-

I. INTRODUCCIÓN. LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN ESPAÑA.-

Tras la aprobación de la Constitución de 1978 (en adelante C.E.) coexisten en España, como en otros Estados europeos, los dos modelos conocidos en el Derecho

---

* **NOTA:** El presente Informe ha sido preparado por el Letrado del Tribunal Constitucional don Javier Pardo Falcón bajo la supervisión de la Secretaría General.

constitucional comparado de control de la constitucionalidad de la ley: el control *abstracto* o *recurso de inconstitucionalidad* [art. 161. a) C.E.] y el control *concreto* o *cuestión de inconstitucionalidad* (art. 163 C.E.). No obstante, ambos tipos de control presentan en nuestro ordenamiento, como sucede en todos los países, una serie de peculiaridades respecto del contenido arquetípico que suele atribuirse de manera general a cada uno de ellos. Así, el recurso de inconstitucionalidad, junto con su función tradicional de instrumento de contraste material entre la Constitución y las normas legales impugnadas a instancia de órganos de naturaleza política, posee también una vertiente *conflictual*, consecuencia de la estructura territorial del Estado configurada por la C.E. de 1978, que articula éste en Comunidades Autónomas, provincias y municipios (art. 137 C.E.). Como veremos, dicha circunstancia ha propiciado la utilización, tanto por parte del Estado como de las Comunidades Autónomas, del recurso de inconstitucionalidad como instrumento para hacer frente a la eventual invasión de las respectivas competencias territoriales cuando dicha invasión tiene lugar a través de normas de rango legal[1].

Del mismo modo, la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el constituyente español sólo puede ser calificada, como se ha hecho entre nuestra doctrina, de control concreto *impropio*[2]. Ello es así, en efecto, desde el momento en que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de control concreto iniciado a principios del siglo pasado en Estados Unidos e incorporado mayoritariamente por los países iberoamericanos, en España la intervención de los órganos judiciales en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes se limita al planteamiento de la cuestión inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, correspondiendo la resolución de la misma exclusivamente a este último. Así lo vino a destacar también desde un primer momento el propio Tribunal Constitucional,

---

[1] Cuando dicha invasión se produce a través de normas de naturaleza reglamentaria, el procedimiento que ha de utilizarse es el denominado *conflicto de competencias*, previsto por la propia C.E. [art. 161.1 c)] y del que conoce igualmente el Tribunal Constitucional.

[2] Véase P. CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-*

al afirmar que la cuestión de inconstitucionalidad no es "sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución".[3]

Aunque tanto el recurso como la cuestión de inconstitucionalidad tienen en común el ser instrumentos de control directo de la conformidad de la ley a la Constitución, cabe contrastar las características de *abstracción*, *parcialidad* y *temporalidad* del primero de ellos con las de *concreción*, *objetividad* y *permanencia* del segundo[4]. No es, sin embargo, la dicotomía parcialidad/objetividad, derivada de la naturaleza del órgano que promueve uno u otro procedimiento (política o jurisdiccional), ni tampoco la disyuntiva temporalidad/permanencia, consecuencia de un sometimiento a plazo del recurso, inexistente en la cuestión, las que han planteado mayores problemas a la hora de apreciar las diferentes señas de identidad de uno y otro procedimiento. Más bien al contrario, es la contraposición que tradicionalmente ha venido dando carta de naturaleza a ambos (abstracción/concreción) la que necesariamente se presta a mayores matices. En realidad, dicha contraposición sólo es cierta por lo que ser refiere al modo de iniciación del procedimiento, que en el recurso de inconstitucionalidad se produce por vía directa, con independencia de una aplicación previa de la norma que difícilmente ha podido tener lugar, mientras que la cuestión se conecta necesariamente con un proceso ordinario del que el proceso constitucional constituye un verdadero incidente. Por el contrario, las diferencias se diluyen ya en la tramitación de los dos procedimientos, pues las partes que intervienen en ellos son exclusivamente órganos de naturaleza constitucional sin que los particulares -ni siquiera las partes del proceso *a quo* en el caso en el caso de la cuestión- tengan

---

1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 43.

[3] STC 17/1981, fundamento jurídico 1.º.

[4] Al respecto, J. JIMÉNEZ CAMPO: "Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español", en *La Jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 71 a 112, en especial, págs.74 a 86.

participación alguna. Finalmente, el tipo de enjuiciamiento que efectúa el órgano que conoce tanto del recurso como de la cuestión de inconstitucionalidad –el Tribunal Constitucional- es el mismo: esto es, un control *abstracto* donde éste contrasta la conformidad a la Constitución de la norma legal objeto de impugnación. Así lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional, al afirmar, a propósito de la cuestión de inconstitucionalidad, que "en este proceso constitucional se enjuicia, estrictamente, la conformidad a la Constitución de uno o varios enunciados legales, sin tomar en consideración, salvo en lo relativo a la viabilidad de la cuestión, las concretas circunstancias del supuesto planteado en el proceso del que aquélla deriva, sobre las que nada podemos decir y que en nada, tampoco, han de condicionar nuestro enjuiciamiento".[5]

Digamos para concluir estas primeras líneas introductorias que, en cualquier caso, control abstracto y control concreto –recurso y cuestión- actúan como instrumentos complementarios a la hora de acometer esa función nomofiláctica consustancial a los sistemas de control de constitucionalidad. En efecto, si el recurso de inconstitucionalidad constituye un instrumento eficaz para reaccionar desde un primer momento contra la presunta inconstitucionalidad de la ley, la cuestión de inconstitucionalidad favorece la depuración continua del ordenamiento, ya que, como ha concluido también el Tribunal Constitucional, "sólo por ésta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas".[6]

Vamos a proceder ya sin más dilación a destacar en el presente Informe los rasgos más sobresalientes de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de la ley en España desde una perspectiva esencialmente práctica, para lo cual se seguirá muy de

[5] STC 238/1992, fundamento jurídico 1.° b.
[6] STC 17/1981, fundamento jurídico 1.°.

cerca el análisis que de los mismos se contiene en el trabajo *Jurisdicción y Procesos Constitucionales* (Mc Graw-Hill, Madrid, 1997), elaborado por Letrados y ex Letrados del Tribunal Constitucional[7]; todo ello, lógicamente, sin perjuicio de las actualizaciones que procedan.

II. EL ÓRGANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

Al configurar la C.E. de 1978 un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, los dos procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, -recurso y cuestión- se substancian ante un mismo órgano, no incardinado en el Poder Judicial: el Tribunal Constitucional (en adelante TC). El TC se encuentra regulado en el Título IX de la C.E., desarrollado a su vez, conforme a lo dispuesto en su art. 165, en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC). Asimismo, en virtud de la potestad reglamentaria sobre su propio funcionamiento que el art. 2.2 LOTC concede al Pleno de la institución, éste también ha aprobado un Reglamento de Organización y Personal[8], así como otros Acuerdos específicos sobre diversas cuestiones procedimentales y de personal, todos ellos publicados en el *Boletín Oficial del Estado*. El TC dispone de autonomía presupuestaria, figurando su Presupuesto como una sección dentro de los Presupuestos Generales del Estado[9]. Además del conocimiento del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, el art. 161.1 C.E. atribuye al TC la resolución de los recursos de amparo, de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí, así como de las demás materias que le atribuyan la Constitución o

---

[7] En concreto, son autores del mismo Francisco Caamaño Domínguez, Ángel J. Gómez Montoro, Manuel Medina Guerrero y Juan Luis Requejo Pagés.

[8] De fecha 5 de julio de 1990, modificado por Acuerdos del Pleno de 5 de octubre de 1994 y 8 de septiembre de 1999.

las leyes orgánicas (art. 161.1 C.E.). En virtud de esta última cláusula la LOTC ha atribuido también competencia al TC para el enjuiciamiento de los conflictos constitucionales entre órganos constitucionales del Estado[10] y, muy recientemente, para las conflictos en defensa de la autonomía local que planteen los municipios y provincias frente al Estado o una Comunidad Autónoma[11].

En la designación de los Magistrados del TC –nombrados formalmente por el Rey- participan diversos poderes del Estado, aunque no en la misma medida (art. 159.1 C.E.). Así, cuatro son designados por el Congreso, por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro por el Senado, por idéntica mayoría; dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial[12], por un mandato de nueve años no prorrogable inmediatamente. La capacitación técnica de los Magistrados se encuentra objetivamente garantizada con los requisitos que deben satisfacer los mismos. Así, han de ser Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional (art. 159.2 C.E.). A lo largo de los veinte años de existencia del TC han predominado los Magistrados procedentes de la Universidad, seguidos por los de la Judicatura. En la práctica, ningún problema suele plantear la renovación cuando ésta corre a cargo del Gobierno o del Consejo General del Poder Judicial. Distinto ha sido, sin embargo, el caso de la renovación a cargo de los órganos parlamentarios, sobre todo en los últimos años. Así, la última renovación parlamentaria que debía efectuar el Senado en febrero de 1998 no tuvo lugar hasta diciembre de ese año, con la consiguiente incidencia en el funcionamiento de la institución, aunque los Magistrados salientes permanezcan en funciones hasta la toma de posesión de los nuevos. Tanto el Presidente como el Vicepresidente del TC son elegidos por el Pleno en

---

[9] Disposición adicional segunda, apartado primero, de la LOTC.
[10] Capítulo III del Título IV LOTC.
[11] Capítulo IV del mismo Título. Reforma introducida por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril.
[12] En este caso, también por mayoría de tres quintos de un Pleno de veintiún miembros, conforme a lo

votación secreta y separada por un período de tres años[13]. El art. 9.3 LOTC dispone que el Presidente puede ser reelegido por idéntico período una sola vez (posibilidad que, aunque nada diga dicho precepto, debe considerarse extensible al Vicepresidente). No obstante, hasta el momento la reelección del Presidente sólo se ha producido una vez[14].

El art. 97 LOTC prevé que el TC se encuentre asistido por un Cuerpo de Letrados, constituido por medio de concurso-oposición (que se ajustará a las normas que establezca reglamentariamente el Tribunal), si bien la Ley Orgánica no excluye otros procedimientos para el nombramiento de Letrados. Por ello, en la actualidad, debido a la posibilidad establecida en el Reglamento de Organización, la mayoría de los Letrados son objeto de nombramiento de libre designación por el Pleno a propuesta de uno de los Magistrados por un plazo máximo de nueve años. Buena parte de ellos proceden de la Universidad y de la Carrera Judicial (Magistrados y Fiscales). Cada Magistrado puede contar con la colaboración de un Letrado adscrito y el Presidente dispone, además, de la asistencia de un Gabinete Técnico, cuyo Jefe designa libremente.

La garantía de la independencia de los Magistrados del TC se encuentra asentada desde una triple perspectiva: A) un rígido sistema de incompatibilidades, B) la inamovilidad en el ejercicio de su mandato y C) un fuero jurisdiccional específico.

A) Por lo que a las incompatibilidades se refiere, ya el art. 159.4 C.E. establece la incompatibilidad de la condición de miembro del TC con todo mandato representativo; con

---

dispuesto en el art. 107.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

[13] El sistema de elección de Presidente y Vicepresidente se establece en el art. 9.2 LOTC. En primera votación se requerirá la mayoría absoluta. Si ésta no se alcanzase se procederá a una segunda votación, en la que resultará elegido quien obtuviese mayor número de votos. En caso de empate se efectuará una última votación y si éste se repitiese, será propuesto el de mayor antigüedad en el cargo y en caso de igualdad el de mayor edad.

[14] Éste fue el caso del Excmo. Sr. Don Francisco Tomás y Valiente, elegido Presidente del Tribunal Constitucional en 1986 y 1989.

los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal; y con cualquier actividad profesional o mercantil. Dichas incompatibilidades se encuentran concretadas en el art. 19.1 LOTC. En lo demás, según lo dispuesto en estos dos preceptos, los miembros del TC tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial. En la práctica, nunca se han suscitado problemas relevantes en torno a esta cuestión.

B) Por otra parte, los miembros del TC son inamovibles durante el ejercicio de su mandato (art. 159.5 C.E.). Según el art. 23 LOTC sólo pueden ser cesados: (1.º) por renuncia aceptada por el Presidente del Tribunal; (2.º) por expiración del plazo de su nombramiento; (3.º) por incurrir en alguna causa de incapacidad de las previstas para los miembros del Poder Judicial; (4.º) por incompatibilidad sobrevenida; (5.º) por dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo; (6.º) por violar la reserva propia de su función; y (7.º) por haber sido declarado responsable civilmente por dolo o condenado por delito doloso o culpa grave. Dicho cese lo decreta el presidente en los dos primeros casos; el Tribunal en Pleno, por mayoría simple, en los casos tercero y cuarto, y por mayoría de las tres cuartas partes de sus miembros en los demás. Hasta hoy sólo la renuncia ha sido causa de cese anticipado de los Magistrados del Tribunal Constitucional, además de la vacante por fallecimiento que igualmente constata el Presidente.

C) Por último, la responsabilidad criminal de los Magistrados del TC sólo será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 26 LOTC).

Organización jurisdiccional.- Para el ejercicio de su función jurisdiccional, el TC se estructura en dos Salas de seis Magistrados y cada una de estas Salas en dos Secciones de tres Magistrados (arts. 6, 7 y 8 LOTC). No obstante, es al Pleno del TC a quien corresponde

exclusivamente el enjuiciamiento de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad [art. 10 a) LOTC], si bien su admisión a trámite pueden llevarla a cabo las Secciones (art. 8 LOTC).

El proceso de formación de decisiones en el seno del TC es prácticamente el mismo en todo tipo de procesos, sin que existan diferencias apreciables cuando se trata de procedimientos de declaración de declaración de inconstitucionalidad. El mismo obedece generalmente al siguiente esquema: tras la adjudicación del recurso o cuestión al Magistrado que por turno (de menor a mayor antigüedad) corresponda para su admisión o inadmisión a trámite, el asunto pasa a uno de los Letrados que elabora el correspondiente Informe. En caso de admisión a trámite, la Ponencia se atribuye a un nuevo Magistrado, encargándose también un Letrado de elaborar un estudio sobre la misma. Una vez que dicho estudio es remitido al Magistrado Ponente, éste elabora un Proyecto de Sentencia sobre el que se producirá la deliberación del Pleno. Las decisiones se adoptan por la mayoría de los miembros, decidiendo, en caso de empate, el voto de calidad del Presidente (art. 90.1 LOTC). El rechazo por parte de la mayoría del Pleno del proyecto presentada por el Ponente no supone generalmente un cambio del mismo, aunque así ha llegado a ocurrir en alguna ocasión[15]. Tanto el Presidente como los Magistrados del Tribunal pueden reflejar en un voto particular su opinión disconforme defendida en la deliberación, que puede referirse a la decisión adoptada en el fallo (voto particular *discrepante*), como circunscribirse exclusivamente a la fundamentación de la Sentencia (voto particular *concurrente*) (art. 90.2 LOTC).

El calendario de trabajo del TC coincide con el del resto de los Tribunales de Justicia, si bien durante el mes de agosto corren los plazos para iniciar los procesos no

[15] Este fue el caso de la STC 53/1985, que resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica despenalizadora del delito de aborto en determinados supuestos.

señalados por días, entre los que se encuentran los de declaración de inconstitucionalidad.[16]

III. LAS NORMAS OBJETO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.-

Las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad por parte del TC se encuentran enumeradas el art. 27.2 LOTC y son las siguientes: a) los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas, b) las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley, c) Los tratados internacionales; d) los reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas; y f) los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Como puede verse, el objeto de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad no son exclusivamente las "leyes" o las "normas con fuerza de ley", sino más bien normas con "rango" o "valor" de ley, esto es, normas que, sin poseer la fuerza de ley activa y pasiva consustancial a aquéllas, si les son equiparables dentro de la pirámide normativa -caso de los reglamentos de las cámaras[17]-, resultando por lo tanto merecedoras de la garantía que supone residenciar el control de constitucionalidad sobre ellas en el TC. En cualquier caso, la inconstitucionalidad por omisión a la manera

---

[16] Art. 2.º. del Acuerdo del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1982, modificado el 17 de junio de 1999, por el que se establecen las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el periodo de vacaciones.

[17] Los tratados internacionales sí poseen en España fuerza de ley activa, es decir, capacidad para derogar leyes, pero no pasiva, ya que no pueden ser derogados por éstas. Así se deriva, en efecto, del art. 96.1 C.E., según el cual: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

establecida en la Constitución portuguesa de 1976 no puede ser objeto de control. Tampoco los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes, dada su carencia de valor normativo.[18] Por otra parte, aunque en principio las leyes preconstitucionales no son objeto típico del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad, al serles directamente aplicables por los Tribunales la cláusula derogatoria establecida en la Disposición derogatoria tercera de la Constitución, lo cierto es que las mismas han sido objeto de uno y otro procedimiento. Así, con base en una interpretación amplia de la Disposición transitoria segunda, apartado primero, de la LOTC, el TC admitió a trámite recursos de inconstitucionalidad contra leyes anteriores a la Constitución interpuestos dentro de los tres primeros meses tras su puesta en funcionamiento[19]. Igualmente, el TC permitió desde un inicio a los jueces y tribunales optar por inaplicar directamente las leyes preconstitucionales que estimasen contrarias a la Constitución en virtud de la cláusula derogatoria citada, o bien plantear, en caso de duda, la cuestión de inconstitucionalidad[20], circunstancia ésta que, a pesar de haber transcurrido ya veinte años desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, aún se sigue produciendo con cierta frecuencia. En cualquier caso, y al objeto de evitar un indeseable incremento de cuestiones de inconstitucionalidad sobre leyes preconstitucionales, el TC ha indicado que el planteamiento de cuestiones de esta naturaleza sólo resulta procedente cuando el órgano judicial "estima que no puede hacer uso de la disposición derogatoria de la Constitución y del mecanismo de derogación tácita en ella contenido".[21]

Las normas objeto de control de constitucionalidad por parte del TC se encuentran enumeradas dentro del Capítulo Primero de la LOTC dedicado a las disposiciones generales de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, por lo que, en principio, son

---

[18] STC 150/1990, fundamento jurídico 2.°.
[19] STC 11/1981, fundamento jurídico 2.°.
[20] STC 4/1981, fundamento jurídico 1.° D.
[21] STC 105/1988, fundamento jurídico 1.°.

las mismas tanto en el recurso como en la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, en la práctica parece poco probable que algunas de las categorías normativas enumeradas puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, dada la necesidad de su aplicabilidad previa al proceso del que trae causa. En cualquier caso, los principales problemas interpretativos en relación con las categorías normativas enumeradas en el art. 27.2 LOTC han girado alrededor de los reglamentos parlamentarios y de un tipo concreto de normas con fuerza de ley: los Decretos Legislativos. En relación con los reglamentos parlamentarios, el TC llegó a equiparar en un determinado momento los mismos con las resoluciones de carácter normativo emanadas de la presidencia de las Cámaras a los efectos del control de constitucionalidad. No obstante, algún tiempo después esta doctrina fue convenientemente matizada, quedando circunscrito dicho control a las normas de autoorganización procedentes del Pleno de las Cámaras.[22] Mayores problemas ha originado la compatibilización del control de constitucionalidad que ejerce el TC sobre los Decretos Legislativos, en cuanto que normas con fuerza de ley, y el genérico control sobre los mismos que el art. 82.6 C.E. atribuye a los *Tribunales* y al que expresamente hace referencia el citado art. 27.2 LOTC. Contra el parecer de determinados sectores de la doctrina[23], el TC ha indicado que el control de los excesos en la delegación legislativa (*ultra vires*) es una competencia compartida entre la jurisdicción constitucional y ordinaria[24], de modo que a ésta ultima le cabe la posibilidad de inaplicar directamente aquella parte del decreto legislativo afectada a su juicio de *ultra vires* o plantear ante el TC la cuestión de inconstitucionalidad[25]. Lo que sí parece claro es que todo juicio sobre

---

[22] SSTC 118/1988 y 44/1995, respectivamente.

[23] Al respecto, entre otros, I. DE OTTO Y PARDO.: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 2ª ed. 1988, págs. 189 a 194.

[24] SSTC 51/1982, fundamento jurídico 1.° y 47/1984, fundamento jurídico 3.°.

[25] No obstante, el ATC 69/1983 inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad porque la misma versaba exclusivamente sobre el posible exceso en la delegación legislativa en la que habría incurrido el Decreto-Legislativo. Aunque se trata de un supuesto aislado, el mismo podría llevar a pensar que el TC solo aceptaría entrar a enjuiciar la posible existencia de *ultra vires* en el caso, que suele ser el más frecuente en la práctica, de qué a dicho vicio le acompañen otras vulneraciones constitucionales (AATC 259/1995, 260/1995, 351/1995). Véase en este sentido, *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, pág. 55, nota 12.

cualquier otra tacha de inconstitucionalidad en la que puedan incurrir los citados decretos-legislativos debe entenderse como competencia exclusiva del TC. De cualquier modo, es probable que la raíz de todo este problema de delimitación de competencias entre el TC y la jurisdicción ordinaria en materia de control de los decretos-legislativos radique en el ambiguo tenor del art. 82.6 C.E., agravado por la dicción del art. 27.1 b) y e). De ahí que, como se ha sugerido, tal vez toda aclaración en esta materia pase más por una solución legislativa que por una de tipo jurisprudencial a cargo del propio TC.[26]

Digamos por último también que, mientras en el recurso de inconstitucionalidad la derogación de la norma objeto de control supone por regla general (salvo supuestos de ultraactividad o recursos de inconstitucionalidad de naturaleza conflictual) la pérdida de objeto del procedimiento, dada la finalidad exclusivamente *nomofiláctica* del mismo, tal circunstancia no es óbice para la resolución de una cuestión de inconstitucionalidad, ya que la norma cuestionada, aunque haya sido posteriormente derogada, puede seguir siendo de aplicación en el proceso *a quo* en virtud del principio jurídico *tempus regit actum*[27].

IV. EL CANON DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. LA CONSTITUCIÓN Y EL *BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD*.-

Además -como es lógico- de la Constitución de 1978, en el ordenamiento jurídico español existen otras categorías normativas que forman también parte del canon utilizable para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas objeto de control

[26] J. JIMÉNEZ CAMPO: *op. cit.*, pág. 89.
[27] SSTC 111/1983, 160/1987, 199/1987, 150/1990, 168/1993 385/1993, 61/1997, 196/1997.

por el TC. Así lo establece de forma un tanto ambigua el art. 28.1 LOTC, según el cual: "Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas". Las leyes a las que hace referencia la citada disposición son, ante todo, los Estatutos de Autonomía, y, en un segundo término, las leyes marco, las leyes orgánicas de transferencia o delegación y las leyes de armonización previstas en el art. 150 C.E., y la ley orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas, contemplada en el art. 157.3 C.E. Asimismo, aunque su naturaleza jurídica suscita mayores dudas, en la práctica también algunas leyes básicas de las previstas en el art. 149.1 C.E. han sido utilizadas, si no estrictamente como canon de constitucionalidad de las leyes autonómicas, sí al menos como canon de la validez o, mejor dicho, de eficacia, de las mismas.[28] Por el contrario, y aun teniendo presente lo establecido en el art. 10.2 C.E.,[29] los tratados internacionales no forman parte de manera autónoma del parámetro de constitucionalidad de las leyes, y así lo ha corroborado el TC en diversas ocasiones.[30]

De modo semejante a como ocurría respecto de las normas objeto de control, el problema de las normas integrantes del *bloque de constitucionalidad*, por utilizar la expresión originaria de la doctrina francesa, suele plantearse en la práctica en relación con el recurso de inconstitucionalidad, siendo su trascendencia más limitada en el caso del control concreto o cuestión de inconstitucionalidad. Ante todo, porque el citado art. 28.1

---

[28] Al respecto puede consultarse la ponencia española de F. RUBIO LLORENTE sobre "El bloque de la constitucionalidad" en el *Simposium franco-español de Derecho constitucional*, Universidad de Sevilla-Civitas, Madrid, 1991, págs. 95 a 137, en especial págs. 125 y ss.

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

LOTC está haciendo referencia a aquellos problemas de constitucionalidad de las leyes o normas con fuerza de ley derivados del sistema de distribución territorial de competencias que se contempla en el Título VIII de la Constitución, problemas que generalmente habrán de ser resueltos por la vía del recurso de constitucionalidad a cuya doble naturaleza -de fondo y conflictual- ya hicimos referencia antes. También es mucho más probable, por la propia naturaleza del procedimiento, que se suscite a través de un recurso de inconstitucionalidad el problema de la inconstitucionalidad mediata de una ley por motivos exclusivamente formales. Pues, aunque la LOTC no hace referencia a esta materia, parece claro que, para determinar una inconstitucionalidad de esta naturaleza, el TC estará obligado a contrastar el procedimiento de elaboración de las leyes o normas con fuerza de ley impugnadas no sólo con lo establecido en la C.E., sino también con lo regulado en los reglamentos de las cámaras. Así se desprende claramente de lo dispuesto en el art. 87.1 C.E.[31] y así lo ha venido a reconocer el propio TC, para quien "no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 C.E.), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras".[32] Por el contrario, en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, el tema de la inconstitucionalidad por norma interpuesta sólo suele plantearse en relación con las leyes de delegación aprobadas por las Cortes Generales (art. 82.1 C.E.) en cuanto que medida de la constitucionalidad de los Decretos Legislativos elaborados por el Gobierno, según se dejó ya apuntado en el apartado anterior

---

[30] SSTC 28/1991, 142/1993 y 37/1994.

[31] "La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras."

[32] STC 99/1987, fundamento jurídico 1.º a).

De otra parte, dado el plazo de tiempo que el Tribunal necesita por término medio para la resolución de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, puede suscitarse también la cuestión de si las normas integrantes del bloque de constitucionalidad o que actúan como canon de la validez de las que son objeto de control han de ser las vigentes en el momento de la interposición del recurso o en el de dictarse Sentencia. En la práctica, la controversia se ha suscitado exclusivamente en relación con el recurso de inconstitucionalidad de naturaleza conflictual, habiendo dejado claro el TC que las normas a tener en cuenta son las vigentes en este segundo momento[33]. Más teórico resulta el problema en la cuestión de inconstitucionalidad, aunque en este caso la solución tal vez habría de ser la contraria, dado el protagonismo que en este tipo de procedimiento posee el ya citado principio *tempus regit actum*.

V. EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD: EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

1. Sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad.-

El sistema español de control abstracto de constitucionalidad no reconoce la acción popular para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, con lo que se evitan los problemas inherentes a este tipo de legitimación que se plantean en aquellos países que sí la contemplan[34]. Dicha legitimación se encuentra regulada en el art. 162.1 a) de la Constitución reproducido por el art. 32 LOTC, y se atribuye, a modo de *numerus clausus*, a los siguientes sujetos: a) el Presidente del Gobierno; b) el Defensor del Pueblo; c) cincuenta

[33] SSTC 137/1986 y 213/1988.

[34] Hasta siete "recursos de inconstitucionalidad" fueron presentados por personas físicas, particularmente en los primeros tiempos de funcionamiento del TC. Dada la falta de legitimación reseñada, todos ellos fueron inadmitidos a trámite mediante Auto.

Diputados; d) cincuenta senadores y e) los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y a las Asambleas de las mismas. En consecuencia, no resulta posible, en modo alguno, la extensión del número de legitimados, para lo cual sería necesaria una reforma de la Constitución. La única posibilidad a través de la cual las personas físicas o jurídicas, individual o colectivamente consideradas, pueden acceder de algún modo al recurso de inconstitucionalidad es, si acaso, a través de la legitimación conferida al Defensor del Pueblo, de la que nos ocuparemos más adelante. En este mismo sentido, ni en la Constitución ni en la LOTC se contempla ningún supuesto de intervención adhesiva en el procedimiento, habiendo rechazado siempre el TC por este motivo las solicitudes de comparecencia en el proceso en calidad de coadyuvante[35]. En cambio, cuando del recurso de inconstitucionalidad de naturaleza conflictual se trata, sí ha admitido la personación como codemandada de una Comunidad Autónoma, permitiéndole su comparecencia como parte en un recurso de inconstitucionalidad para coadyuvar en la defensa de una ley estatal recurrida por los Diputados[36].

Dado que la finalidad del recurso de inconstitucionalidad no es otra que la defensa objetiva del orden constitucional y la depuración del ordenamiento jurídico, los órganos legitimados para interponerlo lo están por la propia posición que a los mismos les atribuye la C.E., sin que ejerzan ni tengan que demostrar pretensión subjetiva o interés propio alguno. Así, ya desde un primer momento, el TC advirtió a este respecto que la facultad de promover un recurso de inconstitucionalidad a los legitimados para ello no la otorga la Norma Fundamental "en atención a su interés, sino en virtud de la alta calificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional"[37]. Vamos a destacar algunas de los rasgos más notables que la práctica constitucional ha puesto de manifiesto en relación con la legitimación de los sujetos anteriormente mencionados.

---

[35] AATC 18/1985 y 33/1986, entre otros.
[36] ATC 172/1995.

a) El Presidente del Gobierno.- En un sistema parlamentario, la legitimación del Presidente del Gobierno para interponer recursos de inconstitucionalidad sólo tiene en principio aplicación, desde el momento en que éste se encuentra respaldado por la mayoría del Parlamento, en aquellos casos en que se produzcan disensiones en el seno de la mayoría parlamentaria que puedan conducir al jefe del ejecutivo a impugnar la constitucionalidad de alguna ley aprobada por dicha mayoría. No parece ser éste sin embargo el supuesto en el que pensó el constituyente español a la hora de atribuir legitimación al Presidente del Gobierno para interponer el recurso de inconstitucionalidad. En efecto, desde la aprobación de la Constitución de 1978 no ha habido en España ningún Gobierno de coalición entendido en el sentido del formado por partidos que compitieron entre sí en las elecciones ni, en consecuencia, el Presidente el Gobierno ha interpuesto nunca un recurso de inconstitucionalidad contra una ley aprobada con el voto favorable de la mayoría. La legitimación del Presidente del Gobierno para interponer dicho recurso sólo se explica por la descentralización de la estructura territorial del Estado en Comunidades Autónomas y la necesidad de atribuir al jefe del Ejecutivo la posibilidad de recurrir las leyes de éstas que invadan competencias estatales. De hecho, todos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno hasta la fecha han ido dirigidos a impugnar leyes autonómicas por este motivo.

Cincuenta Diputados y cincuenta Senadores.- La gran mayoría de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra leyes por vulneración de disposiciones constitucionales distintas a las que regulan la distribución de competencias territoriales –generalmente relativas a los derechos y libertades- tienen su origen en la legitimación parlamentaria que la Constitución de 1978 concede a Diputados y Senadores. A este respecto, el TC ha indicado que los mismos no actúan procesalmente como *litis consortes*,

---

[37] STC 5/1981, fundamento jurídico 3.°.

atribuyendo exclusivamente la legitimación "a la agrupación ocasional de cincuenta Diputados o cincuenta Senadores que se unen al solo efecto de impugnar la validez constitucional de una ley"[38]. De esta consideración de principio el TC ha extraído, antes y después, importantes consecuencias de orden procesal en relación con la legitimación de los parlamentarios. Así, aunque los parlamentarios actúan "representados por el miembro o miembros que designen o por un comisionado nombrado al efecto" (art. 82.1 LOTC), el apoderamiento de dicho representante o comisionado ha de serlo para la interposición de cada concreto recurso de inconstitucionalidad, sin que quepa en ningún caso un apoderamiento de carácter genérico[39]. Por otro lado, esta concurrencia de las voluntades individuales de, al menos, cincuenta Diputados o Senadores sólo tiene relevancia jurídico-procesal en el momento de la interposición del recurso de inconstitucionalidad, sin que el TC haya dado trascendencia al hecho de que varios de los parlamentarios hubieran votado a favor de la ley que ahora impugnan[40], que hubieran perdido con posterioridad su condición de tales[41], o que, tras la interposición del recurso de inconstitucionalidad, alguno de ellos pretendiese apartarse del mismo a título individual[42]. Por esa mismo razón, también resulta inviable, como ha constatado muy recientemente el TC, la retirada del recurso a petición de un número suficiente de parlamentarios del mismo Grupo que los que recurrieron en Legislatura anterior[43]. Por otra parte, en el concreto caso en que la pérdida de esa condición de parlamentario se produce como consecuencia de una disolución anticipada o de la expiración del mandato de la cámara el TC ha relacionado la pervivencia de esa legitimación activa con la propia operatividad del control abstracto de constitucionalidad, pues, como ha afirmado de manera textual, "resulta constitucionalmente inadmisible la posibilidad de que algunas Leyes aprobadas inmediatamente antes de la disolución

[38] ATC 335/1992.
[39] STC 42/1985 y ATC 24/1990.
[40] STC 27/1981.
[41] STC 86/1982.
[42] ATC 874/1985.
[43] ATC 56/1999.

anticipada o de la expiración del mandato de las Cámaras. pudieran resultar inimpugnables ante este Tribunal por cincuenta Diputados o Senadores. El riesgo de tal hipótesis supondría una quiebra al desenvolvimiento normal de la función de control de constitucionalidad de las leyes"[44].

c) El Defensor del Pueblo.- La legitimación conferida por la Constitución al Defensor del Pueblo se explica por la función de "alto comisionado de las Cortes Generales" que el art. 54 C.E. le atribuye para la defensa de los derechos reconocidos en la Constitución. Aunque la utilización del recurso de inconstitucionalidad por parte de este órgano no es demasiado frecuente, el Defensor del Pueblo ha recurrido ante el TC algunas leyes de indudable relevancia social. Entre ellas, la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y la Ley reguladora de la objeción de conciencia y la prestación personal sustitutoria[45].

d) Órganos ejecutivos y Asambleas de las Comunidades Autónomas.- Al igual que ocurre con el Presidente del Gobierno, la legitimación de los órganos autonómicos para interponer el recurso de inconstitucionalidad sólo se explica desde la vertiente conflictual que el mismo posee en el ordenamiento español. Ahora bien, si anteriormente indicábamos, de manera general, que dicha legitimación tiene su origen inmediato en la posición constitucional de los órganos legitimados, que no tienen que acreditar pretensión subjetiva alguna o interés propio para justificar la interposición del recurso, esta afirmación debe ser convenientemente matizada en relación con la legitimación del Parlamento y el Gobierno de las Comunidades Autónomas. En efecto, el art. 32.2 LOTC circunscribe la legitimación de los órganos autonómicos a los recursos de inconstitucionalidad "contra Leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de

[44] ATC 547/1989, fundamento jurídico 1.°.
[45] Recursos de inconstitucionalidad que dieron lugar a las SSTC 115/1987 y 160/1987, respectivamente.

Autonomía". En consecuencia, dicho precepto impide, en primer lugar, que una Comunidad Autónoma pueda recurrir directamente una ley de otra Comunidad Autónoma que, a su juicio, vulnere sus propias competencias, quedándole como única solución que exista un acto de aplicación de la ley en cuestión recurrible a través de la vía del conflicto de competencias. En segundo lugar, impide también que el Gobierno de una Comunidad Autónoma o una fracción de Diputados de la Asamblea legislativa pueda recurrir una ley aprobada por la mayoría parlamentaria. Y, en tercer lugar, exige de los órganos autonómicos una suerte de legitimación *ad causam* toda vez que la ley estatal recurrida debe afectar en principio al "propio ámbito de autonomía". Precisamente en relación con este último extremo los problemas se suscitaron en fecha muy temprana, concretamente en el año 1981, en relación con la legislación de suspensión individual de garantías conforme a lo previsto en el art. 55.2 C.E. (legislación antiterrorista), impugnada por la Comunidad Autónoma vasca. En aquella ocasión el TC, en una interpretación estricta del propio ámbito de autonomía, equiparado al ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma recurrente, negó legitimación a dicha Comunidad sin hacer pronunciamiento sobre el fondo del asunto[46]. No obstante, dicha doctrina sería posteriormente matizada, a propósito nuevamente de la interposición por parte de las Comunidades Autónomas vasca y catalana de un recurso de inconstitucionalidad contra la nueva legislación antiterrorista aprobada por las Cortes generales en 1984. En esa oportunidad, el TC hizo un entendimiento mucho más amplio del propio ámbito autonómico, haciendo hincapié en la función depuradora del ordenamiento jurídico por parte del recurso de inconstitucionalidad y extendiendo dicha legitimación a todos aquellos supuestos en que existiese un punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma[47]. En este sentido, también algunos sectores doctrinales se han mostrado partidarios de ampliar la legitimación a los ejecutivos autonómicos y a una fracción de los parlamentarios de las Asambleas

[46] STC 25/1981.
[47] STC 199/1987; en semejantes términos también la STC 28/1991.

legislativas para interponer recursos de inconstitucionalidad contra leyes o normas con fuerza de ley aprobadas por la respectiva Comunidad Autónoma[48].

2. La tramitación del recurso de inconstitucionalidad.-

Como establece el art. 33 LOTC, "el recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional, en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar la ley disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido".

Aunque el recurso de inconstitucionalidad tiene, por la propia naturaleza de los órganos legitimados para interponerlo, un claro origen político, los argumentos formulados en la demanda para sustentar la inconstitucionalidad de la norma impugnada sólo pueden ser de orden estrictamente jurídico, y así ha venido siendo desde un primer momento. Además, dicha argumentación ha de ser suficiente y congruente y servir de apoyo a la pretensión de inconstitucionalidad que no puede ser genérica o indefinida[49]. La carga de la fundamentación corresponde, pues, de manera inexcusable, a los recurrentes, sin que corresponda al TC la reconstrucción de oficio de las demandas[50]. Por otra parte, el art. 82 LOTC dispone que los órganos ejecutivos tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas estarán representados y defendidos por sus respectivos servicios jurídicos, mientras que los cincuenta Diputados o Senadores lo estarán por un Comisionado

[48] Véase a este respecto, La Jurisdicción Constitucional en España, págs. 116 *in fine* y 117.
[49] Al respecto, SSTC 24/1982, 36/1994.

nombrado al efecto. Si éste es además abogado en ejercicio, puede asumir la función de asistencia letrada[51]. Aunque el citado art. 82 no hace ninguna referencia a los requisitos de postulación que ha de satisfacer el Defensor del Pueblo, el TC consideró que al mismo no le era de aplicación el requisito -de exigencia general para las personas físicas y jurídicas (art. 81 LOTC)- de comparecer con abogado y procurador, pudiendo actuar por sí mismo o nombrar un representante para tal cometido[52].

Dada la naturaleza institucional de los órganos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, la LOTC no contempla ningún trámite de admisión del recurso, circunstancia ésta que hace inviable, desde luego, la posibilidad de que el TC inadmita *a limine* un recurso de inconstitucionalidad por razones de fondo. En cambio no deben existir grandes impedimentos para la apertura de un trámite de admisión del recurso de inconstitucionalidad en relación con el cumplimiento de los requisitos formales imprescindibles que ha de satisfacer el mismo y que resultan fácilmente constatables. Éste sería el caso de su formulación fuera de plazo, que podría llevar al Tribunal conforme al art.86.1 ubicado en el Título VII ("De las disposiciones comunes sobre procedimiento") a la inadmisión del recurso mediante Auto recurrible en súplica (art.93.2 LOTC). Tampoco debería plantear problemas la inadmisión de un recurso de inconstitucionalidad por falta de legitimación *ad procesum*, como sería el caso de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por órgano o sujeto distinto de los citados en el art. 161.1.a) C.E. En cambio, la falta de legitimación *ad causam*, en cuanto suele presuponer un cierto enjuiciamiento del fondo del asunto, habrá de requerir su resolución mediante Sentencia, como ha sucedido hasta ahora en los únicos supuestos en que se ha presentado, relacionados con la legitimación de las Comunidades Autónomas conforme a lo dispuesto en el art. 32.2 LOTC y que ya hemos analizado.

---

[50] SSTC 11/1981, 36/1994, 43/1996, 61/1997.
[51] STC 4/1981.

La admisión a trámite del recurso la efectúa normalmente la Sección del Pleno a la que correspondió el mismo. Una vez acordada la misma mediante providencia, se publica en el *Boletín Oficial del Estado* y en los *Diarios Oficiales* de la Comunidad Autónoma si se recurre una ley autonómica. El primer efecto que produce dicha admisión a trámite es la definitiva fijación de los términos de la demanda, que no puede ser ampliada con posterioridad[53].

La suspensión de la ley autonómica.- La admisión a trámite no produce la suspensión de la ley o norma con fuerza de ley impugnada, con una excepción prevista en el art. 30 LOTC: cuando es el Presidente del Gobierno quien recurre una ley o norma con fuerza de ley autonómica y a dicho recurso acompaña acuerdo del Gobierno solicitando la suspensión de la ley impugnada conforme a lo dispuesto en el art. 161.2 C.E.[54] En este caso, en efecto, la mera invocación de dicha disposición constitucional provoca de manera automática la suspensión de la vigencia de la ley impugnada por parte del TC desde la admisión a trámite del recurso, debiendo éste ratificar o levantar dicha suspensión dentro de un plazo de cinco meses a partir de dicha admisión. Esta prerrogativa del Gobierno de la Nación ha sido objeto de un frecuente uso desde un primer momento y aún lo es en la actualidad. En todo caso, el debate procesal acerca de la pertinencia de la suspensión de la disposición autonómica impugnada se retrasa hasta el incidente procesal en el que el TC, tras escuchar las alegaciones de ambas partes –Gobierno y Comunidad Autónoma- acuerda, como se ha dicho, la confirmación de la suspensión o su levantamiento cercano el plazo de cinco meses previsto en el art. 161.2 C.E. No obstante, y a diferencia de lo ocurrido en

---

[52] STC 150/1990.

[53] AATC 72/1991 y 127/1992.

[54] El art. 161.2 C.E. dice: "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses."

relación con los conflictos de competencia, en el caso del recurso de inconstitucionalidad el TC ha accedido a la apertura del incidente del levantamiento o mantenimiento de la suspensión a instancias de las Comunidades Autónomas con anterioridad a dicho plazo[55].

Con la admisión a trámite del recurso se produce el traslado del mismo a los órganos con derecho a personarse en él según el art. 34 LOTC, a fin de que puedan efectuar por escrito las alegaciones que estimen oportunas en el plazo de quince días. Dichos órganos son el Congreso de los Diputados y el Senado, por conducto de sus presidentes; el Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; y, en caso de que el objeto del recurso fuera una ley o disposición con fuerza de ley dictada por una Comunidad Autónoma, los órganos legislativo y ejecutivo de la misma. En la práctica, el TC también ha admitido la personación de los órganos de las Comunidades Autónomas para coadyuvar en la defensa de la constitucionalidad de una ley estatal objeto de un recurso de inconstitucionalidad de naturaleza conflictual[56]. Por el contrario, ha denegado sistemáticamente la personación de particulares en el recurso de inconstitucionalidad, invocando el tenor literal de los arts. 32 y 34 LOTC y la falta de legitimación de éstos para interponer el mismo[57]. De otra parte, ni el Congreso de los Diputados ni el Senado suelen personarse en el procedimiento, de modo que las únicas partes que concurren normalmente al mismo, además de los propios recurrentes, son el Gobierno, representado por el Abogado del Estado, y, cuando se trata de un recurso de inconstitucionalidad de naturaleza conflictual, las Comunidades Autónomas, por medio de sus Letrados. Aunque la práctica de prueba con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad es posible conforme a lo establecido con carácter general para todo tipo de procesos constitucionales en el art. 89 LOTC, dicha eventualidad no suele producirse, dada la naturaleza abstracta del control llevada a cabo por el juez constitucional. Sí puede ocurrir, en cambio, que el TC solicite de los poderes públicos la remisión del

[55] AATC 355/1989, 154/1994 y 221/1995.
[56] AATC 172/1995 y 155/1998.

expediente, informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional. En este caso, se habilita un plazo para que el expediente, la información o los documentos puedan ser conocidos por las partes para que éstas aleguen lo que a su derecho convenga (art. 88.1 LOTC).

Cabe también la posibilidad de que el TC acuerde en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, previa audiencia de los comparecidos en el proceso constitucional, la acumulación de aquellos procesos con objetos conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión (art. 87 LOTC). Dicha acumulación no ha de producirse necesariamente sobre procesos de la misma naturaleza. De hecho, en alguna ocasión se ha producido la acumulación de recursos de inconstitucionalidad con conflictos de competencias[58] e incluso con cuestiones de inconstitucionalidad[59].

Lógicamente, la forma normal de terminación del recurso de inconstitucionalidad es mediante Sentencia, y así suele ocurrir en la inmensa mayoría de los casos, siendo en la actualidad el plazo medio para la resolución de los recursos de inconstitucionalidad de cinco años, aproximadamente. En efecto, como indicamos con anterioridad, dada la naturaleza objetiva del recurso y su finalidad de depuración del ordenamiento, una vez que los órganos legitimados han iniciado el mismo carecen de poder de disposición sobre el procedimiento. La única excepción la constituyen, una vez más, los recursos de inconstitucionalidad de naturaleza conflictual. En este supuesto el TC sí ha admitido el desistimiento como modo de terminación del proceso cuando el Estado o la Comunidad Autónoma han conseguido una satisfacción extraprocesal de su pretensión. Aun así, este desistimiento no vincula en modo alguno al Tribunal[60], que suele exigir que el mismo se

---

[57] AATC 252/1996, 378/1996 y 142/1998.
[58] SSTC 227/1988, 133/1990, 49/1995, 132/1997.
[59] SSTC 76/1990, 225/1993, 341/1993.
[60] STC 96/1990.

formule en términos inequívocos y con audiencia de las demás partes personadas en el procedimiento para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, si bien el silencio de los comparecidos ha sido interpretado como una declaración de conformidad[61]. Finalmente, el Tribunal decide mediante Auto.

El control previo de constitucionalidad de los Tratados internacionales.- Un tipo singular de control abstracto de constitucionalidad en el derecho español lo constituye el control previo de constitucionalidad de los Tratados internacionales, único supuesto de control previo que subsiste en nuestro ordenamiento tras la derogación en 1985 del control previo de constitucionalidad de leyes orgánicas y Estatutos de Autonomía previsto originariamente en la LOTC. El control previo de los Tratados internacionales se encuentra previsto en el propio texto constitucional, cuyo art. 95.2 legitima al Gobierno o cualquiera de las Cámaras a requerir al TC para que declare si existe o no contradicción entre los Tratados internacionales celebrados por el Estado español y la Constitución. Dicho procedimiento, desarrollado en el art. 78 LOTC, sólo ha sido instado una vez por el Gobierno a propósito del Tratado de la Unión Europea, dando lugar a la *Declaración* del TC de 1 de julio de 1992, que apreció la contradicción entre el art. 8.B.1 de dicho Tratado (el cual otorgaba a los ciudadanos de la Unión el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a celebrar en los países integrantes de la misma) y el art. 13.2 C.E., que resultó finalmente modificado de conformidad con lo dispuesto en el art. 95.1 C.E. [62]

Digamos finalmente que, en el período comprendido entre el 15 de julio de 1980, fecha de la puesta en funcionamiento del TC, y el 31 de diciembre de 1998, han sido interpuestos 530 recursos de inconstitucionalidad. De ellos, 177 lo fueron por el Presidente del Gobierno (todos, como ya se ha indicado, contra leyes de las Comunidades

[61] ATC 243/1983.
[62] Reforma constitucional de 27 de agosto de 1992, única experimentada por la Constitución de 1978 en sus

Autónomas); 87 por los parlamentarios (61 contra leyes del Estado; 26 contra leyes de las Comunidades Autónomas); 17 por el Defensor del Pueblo (10 contra leyes del Estado: 7 contra leyes de las Comunidades Autónomas); y 239 por las Comunidades Autónomas[63]. De otra parte, el TC ha resuelto durante dicho período 376 recursos de inconstitucionalidad, de ellos 317 mediante Sentencia y 59 mediante Auto. También en los años que estuvo en vigor resolvió, mediante Sentencia, 13 recursos previos de inconstitucionalidad.

VI. EL CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD: LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

1. Órganos legitimados para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.-

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es una competencia exclusiva de los órganos judiciales. En concreto, el art. 35.1 LOTC establece lo siguiente: "Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa del fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley". Por consiguiente, y en coincidencia con lo que ha sido práctica habitual en el

---

más de veinte años de vigencia.

[63] No se tienen en cuenta, desde luego, los pretendidios siete "recursos" de inconstitucionalidad interpuestos

constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad se reconoce a todos los órganos judiciales, pero sólo a ellos. Quedan, pues, excluidos de dicha facultad otro tipo de sujetos, como los árbitros, que a pesar de ejercer una función jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, no son integrantes del poder judicial[64]. Tampoco las partes de un proceso tienen derecho alguno al planteamiento por el órgano judicial de una cuestión de inconstitucionalidad[65], sin que la simple negativa del órgano judicial a plantear la cuestión de inconstitucionalidad que le solicite alguna de las partes en el proceso haya sido considerada por el TC una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E.[66]

Ahora bien, lo dicho no significa que las partes en el proceso *a quo* no estén llamada a desempeñar papel alguno en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Muy al contrario, el art. 35.2 LOTC exige inexcusablemente al órgano judicial que haya barajado la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, una vez concluso el procedimiento y antes de dictar Sentencia, la apertura de un trámite de audiencia previa a las partes. En efecto dicho precepto establece que "... antes de adoptar mediante Auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho Auto no será susceptible de recurso de ninguna

---

por particulares a los que hicimos referencia en el apartado V.1 de este Informe.

[64] ATC 259/1993.

[65] En palabras del TC: "el art. 35 LOTC no obliga al órgano judicial a plantear la cuestión cuando lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el Juez o Tribunal considere que la norma de cuya validez dependa el fallo a adoptar pueda ser contraria a la Constitución. El citado art. 35 de la LOTC no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el art. 163 C.E., sino únicamente la facultad de instarlo de los órganos judiciales, a cuyo único criterio, sin embargo, la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de aquélla cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deben resolver" (STC 130/1994, fundamento jurídico 2.°).

[66] En este sentido, desde un principio, ATC 10/1983, fundamento jurídico 2.°.

clase". Con ello, se ha pretendido indudablemente una colaboración de aquéllas en la formación de la voluntad del órgano judicial. Pero, también se ha querido, al mismo tiempo, que el planteamiento de la cuestión por parte del juez o tribunal sea consecuente con la propia naturaleza y finalidad de este procedimiento de control de la constitucionalidad de las normas, de modo que al TC le resulte posible "comprobar si el Juez que propone el planteamiento de la cuestión se ciñe a un control concreto de las normas"[67]. Tanto es así que la omisión de este trámite de audiencia previa a las partes constituye un defecto en el planteamiento de la cuestión que conduce derechamente a la inadmisión de la cuestión suscitada[68], sin que el TC haya considerado suficiente la sustitución del mismo por unas simples consultas a las partes en el juicio oral. "Si así fuera –ha afirmado el Tribunal- las posibilidades de alegar y exponer sus respectivos pareceres quedarían constreñidas y desfigurado, con ello, este trámite previo al proceso constitucional"[69]. En consonancia con lo que habrá de constituir el contenido del Auto de planteamiento de la cuestión, la providencia mediante la cual el órgano judicial abre el trámite de alegaciones a las partes cara a un eventual planteamiento de la cuestión debe identificar cuál es la norma de rango legal, o preceptos de la misma, que se pretende cuestionar, así como los preceptos constitucionales que se estiman infringidos. No obstante, la omisión de todo o parte de estos datos, si bien supone una irregularidad que restringe indebidamente las posibilidades de participación de las partes en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, no ha llevado hasta ahora al TC a declarar su inadmisión, dado que el art. 35.2 LOTC sólo exige esas indicaciones al Auto de planteamiento. En realidad, el control que el TC ejercita en este sentido se ciñe a la verificación de que la cuestión haya quedado suficientemente identificada ante las partes, de modo que a éstas les haya resultado posible "conocer los términos en que se produce la duda judicial de

[67] ATC 185/1990, fundamento jurídico 1.º.
[68] AATC 875/1985, 145/1993 y 121/1998.
[69] ATC 108/1993, fundamento jurídico 2.º b.

constitucionalidad de la norma"[70]

2. Requisitos formales del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.-

El art. 35.2 LOTC establece los requisitos que ha de cumplir el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Así, el mismo "debe concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión". Evidentemente, no todas estas exigencias han suscitado las mismas dificultades de interpretación por parte de la jurisdicción constitucional a la hora de entender o no satisfechos los requisitos para el correcto planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Así, relativamente pocos problemas se han planteado en la práctica sobre el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, la ley o normas con fuerza de ley cuya posible inconstitucionalidad se plantea por el órgano judicial. No obstante, en línea con lo ya apuntado, sí es importante destacar, a este respecto, que el TC sólo somete a su enjuiciamiento aquellas disposiciones legales mencionadas en el Auto de planteamiento que previamente fueron sometidas a la consideración de las partes y del Ministerio Fiscal[71]. Y ello porque, para el TC, el contenido de la providencia por la que quedó abierto el trámite de alegaciones de las partes para el eventual planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad "constituye un límite objetivo que ha de respetar el eventual Auto de planteamiento de la misma, so pena de transgredir el art. 35.2 LOTC al impedir aquellas

[70] STC 106/1990, fundamento jurídico 3.° a.
[71] STC 114/1994, fundamento jurídico 2.° c.

alegaciones sobre la norma o normas introducidas extemporáneamente"[72]. No obstante, en la STC 126/1997, donde el TC tuvo que resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra diversas normas reguladoras de los derechos sucesorios en los títulos nobiliarios, se planteó abiertamente el problema del rango de ley de las normas cuestionadas, ya que la Ley que formalmente constituía el objeto de la cuestión no era sino una norma más en el entramado normativo que regulaba la preferencia del varón sobre la mujer en el acceso a los títulos nobiliarios y que se remontaba a "leyes" anteriores al nacimiento del propio Estado constitucional, como es el caso de las contenidas en la *Novísima Recopilación* o en las *Partidas*.

Mayores complicaciones suele suscitar el cumplimiento por parte del órgano judicial del segundo de los requisitos mencionados por el art. 35.2 LOTC. Así, desde un primer momento el TC destacó que para el correcto planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no basta con la mera cita de los preceptos constitucionales que se estiman infringidos, resultando imprescindible que el órgano judicial exteriorice el razonamiento que le lleva a dudar de la compatibilidad con la norma fundamental del precepto legal cuestionado. En este sentido, el TC ha afirmado que "no puede el juez ni remitirse a las dudas que en cuanto a la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes ni limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin dar las razones que la abonan, pues ni las partes de un proceso ordinario están legitimadas para proponer la cuestión ante el TC, ni la decisión de éste es posible sino como respuesta a las razones por las que los órganos del poder judicial dudan, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de ley"[73]. En consecuencia, si el Auto de planteamiento de la cuestión no fundamenta de manera suficiente las razones en las que se sustenta la duda de constitucionalidad el TC podrá inadmitir a trámite la misma, ya que,

[72] STC 83/1993, fundamento jurídico 1.º.
[73] STC 17/1981, fundamento jurídico 1.º.

como ha indicado a este respecto de manera ciertamente expresiva, "no es tarea suya hacer cábalas o conjeturas sobre las razones que abonan las afirmaciones de inconstitucionalidad, cuando ni de modo explícito ni de modo implícito se le ofrece, ni le sería lícito, aunque llegara a adivinarlas, tomarlas en cuenta para su decisión, pues rompería con ello la igualdad de las partes al aceptar argumentos que los demás intervinientes en el proceso constitucional no tuvieron ocasión de controvertir"[74]. Es imprescindible, además, que el juez tenga efectivas dudas sobre la constitucionalidad de los preceptos que pretende cuestionar, sin que resulte posible -ni admisible por parte del TC- el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad con el solo propósito de conseguir de éste una Sentencia que confirme cara al resto de los órganos judiciales del Estado la constitucionalidad de un determinado precepto legal. Lo contrario supondría, en efecto, desnaturalizar el carácter de control concreto de este procedimiento de control de constitucionalidad y acercarlo indeseablemente al control abstracto o recurso de inconstitucionalidad, en cuanto que mecanismo de depuración abstracta del ordenamiento. No obstante, el problema al que hacemos referencia se ha planteado de manera significativa en la STC 126/1997, ya citada, que tuvo que enjuiciar la constitucionalidad de las normas reguladoras de los derechos sucesorios en los títulos nobiliarios. De hecho, para alguno de los votos particulares formulados a dicha Sentencia, pocas dudas parecía tener en este caso el órgano judicial sobre la constitucionalidad de los preceptos que constituían el objeto de la cuestión.

De todo lo expuesto no hay que deducir, sin embargo, que, a fin de descartar cualquier atisbo de compatibilidad entre la Constitución y la norma de cuya constitucionalidad dudan, los órganos judiciales deban agotar todas las posibilidades interpretativas que le pueda ofrecer el texto legal. El problema se ha suscitado sobre todo a raíz de la aprobación, en 1985, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo art. 5.3 establece que "procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por

[74] STC 4/1988, fundamento jurídico 4.°.

vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional". En efecto, para evitar los indeseables efectos que la redacción de dicho precepto pudiera ocasionar en el comportamiento de los órganos judiciales, induciéndoles a la realización de interpretaciones conformes a la Constitución de las normas legales poco respetuosas con su tenor literal, el TC se vio obligado a matizar que la regla contenida en el citado art. 5.3 "no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 de la Ley Orgánica del Tribunal y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme a la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad".[75] En efecto, como el propio Tribunal añadiría algún tiempo después, cualquier otra interpretación del referido precepto "llevaría a instrumentar el trámite de admisibilidad de la cuestión, desfigurando su sentido, como ocasión para impartir criterios a los órganos *a quo* sobre la interpretación *secundum Constitutionem* de las normas de cuya constitucionalidad duden" [76].

El último de los requisitos a que hace referencia el art. 37.2 LOTC anteriormente reproducido es que el órgano judicial especifique y justifique en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Esta operación lógica es conocida como *juicio de relevancia*, esto es, "el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada[77], y exige para su control por parte del TC que el órgano judicial exteriorice de forma razonada "una correlación lógica y directa entre la eventual anulación de la norma legal cuya constitucionalidad se cuestiona y la satisfacción de las pretensiones objeto del *petitum* de las partes en el proceso *a quo*"[78]. No es, sin embargo, un control muy intenso el que el TC

[75] STC 105/1988, fundamento jurídico 1.°
[76] STC 222/1992, fundamento jurídico 2.° b.
[77] STC 76/1990, fundamento jurídico 1.°.
[78] STC 94/1986, fundamento jurídico 2.°.

efectúa sobre el cumplimiento de dicho requisito[79], y ello para evitar la indeseable interferencia que otra forma de proceder por su parte pudiera suponer en el ejercicio de la función estrictamente jurisdiccional que corresponde a los órganos del Poder Judicial (arts. 117.3 C.E.).

3. La tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.-

Una vez que el órgano judicial ha decidido el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, debe remitir a éste el Auto de planteamiento de la cuestión junto con las actuaciones judiciales habidas hasta el momento. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el sistema de control abstracto o recurso de inconstitucionalidad, en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad la LOTC contempla un trámite de admisión donde no sólo se verifica el cumplimiento de los requisitos formales, sino también un juicio de fondo sobre la pertinencia de la duda de constitucionalidad expresada por el Juzgador. Así, su art. 37.1 dice: "No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada".

En concreto, el TC ha tenido ocasión de precisar en qué consiste el concepto de *cuestión notoriamente infundada*, indicando que el mismo "encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, habiéndose estimado que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad

[79] Al respecto, por ejemplo, STC 17/1981, 301/1993.

de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria"[80]. El TC ha considerado suficiente para admitir a trámite una cuestión de inconstitucionalidad que la misma se encuentre "mínimamente fundada"[81]. No obstante, parece que existe una cierta tendencia a ser más exigente en la verificación del cumplimiento de este requisito por parte de los órganos judiciales, visto el notable incremento que ha experimentado el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en los últimos tiempos[82].

Aunque la exteriorización del juicio de relevancia es asimismo un requisito que ha de satisfacer el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y cuya verificación conlleva una valoración jurídica o de fondo por parte del TC, el control que el juez constitucional efectúa a este respecto es de una intensidad mucho menor que el anterior, y ello, nuevamente, porque lo contrario podría deslizar al TC por el ejercicio de la función estrictamente jurisdiccional que compete en exclusiva a Juzgados y Tribunales. Así, el TC ha indicado que sólo "cuando de manera evidente, sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabrá declarar inadmisible por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad"[83]. Y esta autolimitación del TC a la hora de controlar la relevancia de la norma legal cuestionada en la resolución del asunto que dio lugar al proceso *a quo* se extiende igualmente a la fundamentación que el órgano judicial hace de la misma. Así, el TC ha indicado que su propia revisión de esta fundamentación "ha de hacerse conforme a pautas no estrictas y, por el contrario, flexibilizadoras, de manera que sólo en supuestos de notoria ausencia de esa interrelación debe dictarse una decisión de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad, con el fin de preservar también la función nomofiláctica o

---

[80] AATC 389/1990, fundamento jurídico 1.°; y 287/1991, fundamento jurídico 4.°.
[81] STC 126/1987, fundamento jurídico 3.°.
[82] Véase, por ejemplo, el Auto de 24 de noviembre de 1998,
[83] STC 17/1981, fundamento jurídico 1.°.

de depuración del ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales a la que el planteamiento de la cuestión atiende"[84]. Es importante reseñar que mientras la inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad por razones formales (juicio de relevancia, falta de audiencia a las partes o al Ministerio Fiscal) no impide su replanteamiento por el órgano judicial dentro del mismo proceso[85], su inadmisión por carencia manifiesta de fundamento si impide la reiteración de la misma[86].

La admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad se produce mediante providencia y conlleva la suspensión del proceso *a quo* hasta que el Tribunal dicte Sentencia, aunque no suspende en modo alguno la vigencia del precepto legal impugnado (art. 163 C.E.). Ciertamente, la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad no impide que el órgano judicial pueda dictar determinadas medidas cautelares o incluso actos de ordenación del proceso. Ahora bien, lo que no cabe en modo alguno por parte de éste es proceder a la resolución del asunto, ya que, según el TC, "los Tribunales de Justicia tienen la atribución de elevar la cuestión de inconstitucionalidad cuando lo estimen procedente (...). Pero una vez admitida a trámite la cuestión y sometida así a la jurisdicción de este Tribunal, el órgano judicial pierde toda facultad de disposición sobre ella, quedando vinculado a lo que en definitiva resuelva la Sentencia constitucional sobre la validez de la ley" [87]. De otra parte, en algunas ocasiones la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad suele producir la reiteración de nuevas cuestiones sobre el mismo precepto, siendo posible la acumulación de todas ellas para su resolución conjunta (art. 83 LOTC).

Una vez admitida la cuestión de inconstitucionalidad, se da traslado de la misma al

---

[84] STC 90/1994, fundamento jurídico 2.°.
[85] AATC 250/1982, 17/1983, 18/1983, 19/1983, 316/1984, 218/1990, 286/1990, 108/1993, 158/1993.
[86] ATC 120/1997.
[87] ATC 313/1996, fundamento jurídico 5.°.

Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Fiscal General del Estado; al Gobierno, por conducto el Ministerio de Justicia; y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones por escrito sobre la cuestión planteada en el plazo común e improrrogable de quince días (art. 37.2 LOTC). A diferencia de lo que ocurre en el recurso de inconstitucionalidad, el TC no ha admitido la personación de los órganos de las Comunidades Autónomas en cuestión de inconstitucionalidad planteada contra una ley del Estado, haciendo hincapié en que ésta no poseía, como en el caso de aquél, naturaleza conflictual[88]. Al igual que ocurre en el recurso, en la práctica sólo suelen formular alegaciones el Gobierno, el Fiscal General del Estado y las Comunidades Autónomas (cuando es una norma legal autonómica la que se cuestiona). Por otra parte, la LOTC no prevé ningún tipo de comparecencia ante el TC de las partes procesales en el proceso *a quo*. A este respecto, el juez constitucional ha venido considerando, desde un primer momento, que esta ausencia no supone indefensión para las mismas, dada la naturaleza objetiva de la cuestión de inconstitucionalidad en la que sólo se dilucida la conformidad de una norma de rango legal con la Constitución sin que en ningún momento puedan hacerse valer en dicho procedimiento derechos subjetivos o intereses legítimos. No obstante, el problema se planteó de hecho en relación con las denominadas *leyes de caso único*, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que la falta de audiencia del recurrente en una cuestión de inconstitucionalidad que versaba sobre una ley singular que sólo a él afectaba, en contraposición con la presencia del Abogado del Estado, había vulnerado el derecho de aquél a un juicio justo, reconocido en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[89]. A raíz de esta decisión se ha planteado, lógicamente, la necesidad de una reforma de la LOTC que, al menos, permitiera la personación del interesado en las

[88] ATC 349/1995.
[89] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993.

cuestiones de inconstitucionalidad sobre leyes singulares, e incluso, de manera general, la comparecencia ante el TC de las partes en el proceso *a quo*, como ocurre en otros países europeos[90]. Pues no hay que olvidar, precisamente por su carácter de control concreto, que en toda cuestión de inconstitucionalidad se dilucidan, junto al pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un precepto legal, intereses particulares que sólo a dichas partes atañen. No obstante, y aunque el supuesto no se ha vuelto a repetir, cabe la posibilidad de que en tal caso el TC admitiera la personación del particular afectado, como ha puesto de manifiesto el propio juez constitucional de manera incidental y *a contrario sensu* a la hora de seguir denegando la comparecencia en el procedimiento de particulares por no tratarse del excepcional supuesto de aquel tipo de leyes[91]. Lo que hay que descartar, de cualquier modo, es la comparecencia en el proceso constitucional de quienes ni siquiera fueron parte en el proceso judicial[92].

Finalizado el trámite de alegaciones, el TC debe dictar Sentencia en el plazo de quince días estimando o desestimando la cuestión, salvo que considere necesario, mediante resolución motivada, hacerlo en un plazo más amplio que en ningún momento podrá exceder de treinta días (art. 37.2). No obstante, en la práctica, y dada la acumulación de trabajo que padece, el TC rara vez puede resolver las cuestiones de inconstitucionalidad en un plazo inferior a los tres o cuatro años, con la consiguiente paralización del proceso *a quo* que, no lo olvidemos, se encuentra suspendido. Precisamente, esta necesidad de garantizar los legítimos intereses de las partes en dicho proceso, indudablemente afectados cuando el mismo se prolonga durante varios años, es una de las razones que indudablemente tiene en cuenta el TC a la hora de exigir cada vez con mayor rigor los requisitos establecidos en la

---

[90] Éste es el caso de Alemania (art. 82.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal; Austria (art. 63.1 de la Ley del Tribunal de Justicia Constitucional); e Italia (art. 25 de la Ley sobre Constitución y Funcionamiento de la Corte Constitucional).

[91] AATC 174/1995, 349/1995, 178/1996.

[92] ATC 166/1998.

LOTC para la admisión de cuestiones de inconstitucionalidad.

Excepcionalmente el proceso constitucional iniciado con la cuestión de inconstitucionalidad puede acabar sin un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, mediante Auto. Así ocurre, por ejemplo, en los supuestos de desaparición sobrevenida de su objeto, cuando con anterioridad ha recaído en otro proceso Sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado con la consiguiente declaración de nulidad del mismo. También puede producirse la desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad cuando se deroga o modifica la disposición legal cuestionada[93], salvo si la norma derogada continúa siendo aplicable al supuesto enjuiciado por imperativo de la regla *tempus regit actum*, lo que suele ser frecuente, salvo que se trate de procesos de naturaleza penal[94]. Finalmente, el carácter de control concreto de la cuestión de inconstitucionalidad tiene también como consecuencia la extinción del proceso constitucional cuando ha finalizado el proceso judicial que está en el origen de aquélla, como ocurre, por ejemplo, cuando se ha producido una satisfacción extraprocesal de la pretensión mantenida en éste[95].

La denominada autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad.- Aunque en puridad poco tiene que ver con la cuestión de inconstitucionalidad, el art. 55.2 contiene la regulación de lo que doctrinalmente se conoce en España como *autocuestión* o *cuestión interna* de inconstitucionalidad. La misma se produce en el supuesto en el que alguna de las Salas del TC estime un recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas. En tal caso, la Sala debe elevar la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva Sentencia siguiendo el procedimiento establecido para la cuestión de inconstitucionalidad y con los efectos propios

[93] ATC 438/1990, fundamento jurídico 2.°
[94] SSTC 3/1993, fundamento jurídico 1.°, y 109/1993, fundamento jurídico, 2.°.

del mismo. No obstante, como es obvio, autocuestión y cuestión de inconstitucionalidad propiamente dicha son instrumentos de control de diferente naturaleza, ya que en la primera de las citadas no se plantea duda prejudicial alguna.

Digamos finalmente, a modo de breve reseña estadística, que entre el 15 de julio de 1980 y el 31 de diciembre de 1998 se plantearon por los órganos judiciales 945 cuestiones de inconstitucionalidad. De ellas, 16 fueron interpuestas por las distintas Salas del Tribunal Supremo; 20 por la Audiencia Nacional; 543 por las Audiencias Territoriales y los Tribunales Superiores de Justicia que les sucedieron; y el resto, 366 en total, por las Audiencias Provinciales y otros órganos jurisdiccionales inferiores. Además, el TC se *autocuestionó*, por la vía del art. 55.2 LOTC, en 9 ocasiones. En ese mismo período ha resuelto 805 cuestiones de inconstitucionalidad, de ellas 596 mediante Sentencia y 209 mediante Auto.

VII. LA SENTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

Estructura.- Todas las Sentencias del TC, y por tanto también las recaídas en procesos de declaración de inconstitucionalidad, se estructuran básicamente del mismo modo. Así, se inician con un *Encabezamiento* en el que se relacionan los Magistrados que componen el Pleno y han tomado parte en la deliberación del asunto, identificándose con su número o registro el recurso o cuestión sobre el que recae el pronunciamiento, los recurrentes y demás comparecidos en el proceso, la ley, disposición o acto con fuerza de ley objeto de enjuiciamiento y el Magistrado ponente. Después figuran los *Antecedentes*, donde se describen los momentos esenciales de la tramitación del procedimiento y se resumen las

---

[95] ATC 945/1985, respectivamente.

alegaciones del recurrente, si se trata de un recurso de inconstitucionalidad, o los argumentos del órgano judicial, en el caso de una cuestión de inconstitucionalidad, así como la del resto de los comparecientes en el proceso. Inmediatamente después se contienen los *Fundamentos Jurídicos* y, por último, el *Fallo*. A continuación de éste figuran, en su caso, los votos particulares de aquellos Magistrados disconformes con la Sentencia.

Volviendo ya de lleno al régimen común de las Sentencias del TC recaídas en los procedimientos de declaración e inconstitucionalidad, las mismas pueden ser, como es lógico, de dos tipos: *desestimatorias* y *estimatorias*.

1. Sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad.-

Las Sentencias desestimatorias no suponen en modo alguno una presunción de constitucionalidad del precepto legal impugnado. Así se desprende del art. 38.2 LOTC, según el cual: "Las Sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento de la cuestión en la misma vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional". A pesar de su confuso tenor, dicho precepto trae como consecuencia inmediata que una misma disposición sobre la que ya hubiera recaído Sentencia desestimatoria en un recurso de inconstitucionalidad no puede ser objeto de un nuevo recurso basado en la misma tacha de inconstitucionalidad. En principio, la previsión puede parecer baladí, dado que la relativa brevedad del plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad (tres meses) y el tiempo que el Tribunal emplear en dictar Sentencia sobre el mismo (varios años) hace inviable dicha posibilidad. No obstante, algún sector doctrinal ha estimado que tal prohibición tiene su lógica en un concreto supuesto: cuando un nuevo texto legal incorporase una norma idéntica a otra cuya constitucionalidad hubiera

sido confirmada por el TC como consecuencia de un anterior recurso; todo ello sin perder de vista, no obstante, que la reiteración por parte del legislador en un nuevo texto legal de una norma ya declarada inconstitucional por el TC podría llegar a constituir, probablemente, un *ilícito constitucional*, contrario a la objetiva función de pacificación política que el TC viene a desempeñar a través del recurso de inconstitucionalidad[96].

Por el contrario, ninguna duda cabe de la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra una norma legal que ya fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad sobre el que recayó Sentencia desestimatoria, como ya ha ocurrido en alguna ocasión[97]; incluso aunque dicha cuestión se funde en la misma causa de inconstitucionalidad. También resulta en principio posible la sucesión de cuestiones de inconstitucionalidad sobre el mismo precepto fundadas en la infracción del mismo precepto constitucional, pues, como ha afirmado el TC, "la reiteración de procesos con el mismo objeto y por las mismas razones sólo está vedada en el caso de los recursos de inconstitucionalidad"[98]. Ahora bien, en este caso hay que reconocerle al TC un amplio poder de decisión a la hora de decidir la admisión a trámite de la cuestión, ya que lo mismo puede decidir su inadmisión por carencia manifiesta de contenido al haber sido desestimada con anterioridad otra cuestión de inconstitucionalidad de contenido semejante, que puede descartar expresamente esa falta de fundamento al otorgar relevancia al "lapso de tiempo transcurrido" desde que dictó su anterior Sentencia desestimatoria, a la vista de la "actividad normativa" y el "intenso debate político social" del que haya podido ser objeto el instituto legal que nuevamente se pretende volver a cuestionar[99].

---

[96] Al respecto, J. JIMÉNEZ CAMPO, op. cit., pág. 92.
[97] STC 319/1993, fundamento jurídico 2.°; 55/1996, fundamento jurídico 2.°.
[98] ATC 93/1991, fundamento jurídico único.
[99] STC 55/1996, fundamento jurídico 2.°. El tema se ha planteado en la práctica en relación con la prestación social sustitutoria que deben realizar los objetores de conciencia al servicio militar (art. 30.2 C.E.). Aunque en este caso la cuestión de inconstitucionalidad planteada sucedió a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto con anterioridad por el Defensor del Pueblo, es evidente que la referencia al "lapso de tiempo" resulta igualmente relevante a efectos de la sucesión de cuestiones de inconstitucionalidad.

2. Sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.-

Los efectos de las Sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad se encuentran regulados en los arts. 39 y 40 LOTC. En dichos artículos se establece una *regla general* a los efectos de dichas Sentencias estimatorias, una *excepción* a dicha regla y una *excepción a la excepción*, como vamos a ver a continuación.

La regla general se encuentra contenida en el art. 39.1 LOTC, según el cual: "Cuando la 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 deban extenderse por conexión o consecuencia". Así pues, según el tenor literal del referido precepto, la Sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad conlleva automáticamente la nulidad de la norma o normas impugnadas[100]. Además, el TC puede extender también de oficio dicha nulidad a otros preceptos, siempre del *mismo* texto legal[101], cuando la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado les afecte directamente. Por otra parte, también hay que tener presente -en lo que constituye otra importantes excepción al juego del principio dispositivo, cuya vigencia en el proceso constitucional es muy limitada- que el art. 39.2 LOTC prevé que "el TC podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido invocado o no en el curso del proceso". Es ésta una facultad a la que el TC no suele recurrir en la práctica, suscitándose en cualquier caso el problema de sus límites. Parece claro, no obstante, que la

[100] Una muestra del posible alcance de dichos efectos puede constituirlo la STC 61/1997, que declaró inconstitucionales buena parte de las disposiciones de la denominada *Ley del Suelo,* del año 1990, y que hizo recobrar su vigor a la antigua normativa derogada por aquélla.

[101] Al respecto, STC 111/1983 y votos particulares formulados a la misma.

fundamentación de la tacha de inconstitucionalidad por parte de Tribunal en un precepto que no hubiera sido invocado previamente por las partes sólo podría llevarse a cabo en el caso de que ello no supusiera alteración substancial del debate procesal habido en el proceso constitucional, ya que en otro supuesto el Tribunal debe acudir a la apertura del trámite de audiencia a las partes previsto en el art. 84 LOTC[102].

La excepción a la regla del art. 39.1 se contempla en el primer inciso del art. 40.1 LOTC. Según dicho precepto, "Las Sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales (...)". A pesar de su aparente claridad, la realidad ha evidenciado algunas lagunas jurídicas, o simplemente materiales, dentro del marco normativo integrado por ambos preceptos, lo que ha obligado al Tribunal, en alguna ocasión, ha tener que conciliar su tenor literal con los principios de seguridad jurídica e, implícitamente, con en el de igualdad. Uno de los ejemplos más destacados al respecto lo constituye la STC 45/1989, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra determinados preceptos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas entonces vigente. En ese caso el TC indicó que los efectos de la nulidad en lo tocante al pasado no vienen definidos por la ley, "que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento". Y, a partir de tal premisa, afirmó lo siguiente: "(...) entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquéllas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino

[102] Dicho artículo establece lo siguiente: "El Tribunal, en cualquier momento anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos a los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional. La audiencia será común, por un plazo no superior

también, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, (...) entrañaría un inaceptable trato de disfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó a tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales"[103].

En esta misma línea, el TC ha emitido también algunos pronunciamientos donde la estrecha conexión entre inconstitucionalidad y nulidad proclamada en el art. 39.1 LOTC aparece cortada de raíz. Así, la citada STC 45/1989 indicó de manera general que "la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión"[104]. De este modo, el TC venía a poner de manifiesta la escasa virtualidad del marco normativo de la declaración de inconstitucionalidad prevista en la LOTC cuando de la declaración de inconstitucionalidad por omisión en vulneración del art. 14 C.E. se tratase[105]. En el mismo sentido, cuando en recursos de inconstitucionalidad de naturaleza conflictual se han dado casos en los que la inconstitucionalidad residía en la norma y no propiamente en el texto, el TC ha descartado expresamente que la declaración de dicha inconstitucionalidad conllevase la nulidad del precepto, aunque ha instado al legislador a colmar las lagunas detectadas "dentro de un plazo razonable"[106]. En algún otro caso, ha diferido la declaración de nulidad de los preceptos de una ley estatal objeto de un recurso de inconstitucionalidad al momento en que la Comunidad Autónoma ejerciera la competencia reconocida en la Sentencia[107]. Además, el TC tampoco ha podido dejar de ser atento a las repercusiones financieras que una

---

al de diez días con suspensión del término para dictar la resolución que procediere".

[103] Fundamento jurídico 11.

[104] Mismo fundamento jurídico.

[105] Véase al respecto la STC 222/1992.

[106] STC 96/1996, fundamento jurídico 23.

[107] STC 195/1998, fundamento jurídico 5.º.

decisión suya dictada en estricta aplicación de lo dispuesto en la LOTC pudiera acarrear a la Hacienda del Estado, de ahí que, en la STC 13/1992, que declaró inconstitucionales determinadas partidas de las Leyes de Presupuestos para 1988 y 1989, no acordase la anulación de la mismas, y ello para evitar "graves perjuicios y perturbaciones (...) a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas y particularmente a la política económica y financiera del Estado"[108].

Finalmente, la excepción a esta imposibilidad de que se revisen los procesos donde haya recaído Sentencia firme en los que se hubiera aplicado una ley o norma con fuerza de ley posteriormente declarada inconstitucional por el TC aparece también contemplada en dicho art. 40.1 LOTC, que deja al margen de dicha previsión "el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad".

3. Tipos especiales de Sentencias.-

Junto con las Sentencias del TC que se limitan a declarar sin más la conformidad o no con la Constitución de la norma legal impugnada coexisten otros tipos especiales de pronunciamientos que, sin dejar de tener un contenido estimatorio o desestimatorio de la pretensión formulada en el correspondiente recurso o cuestión, presentan importantes matices respecto de las anteriores. Dichos *tipos especiales* de Sentencia constitucional, que no tienen reflejo expreso en la LOTC, sino que han sido objeto de construcción jurisprudencial, han sido clasificados por la doctrina en Sentencias *interpretativas* y *manipulativas*.

---

[108] Fundamento jurídico 17.

Las Sentencias interpretativas.- Las Sentencias interpretativas fueron definidas por el TC desde fecha muy temprana, en lo que sería sin duda un augurio del frecuente uso, en términos relativos, que el juez constitucional se ha visto obligado a hacer de este tipo de pronunciamiento en aras del principio de conservación de la Ley. Así, la STC 5/1981 indicó de manera expresa que dicho tipo de Sentencias son aquellas que "declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados"[109]. Esta definición de lo que haya de ser una Sentencia interpretativa por parte el Tribunal[110] pudiera llevar a pensar que, en pura lógica, dicho tipo de Sentencia sólo resulta posible en el contexto de un pronunciamiento desestimatorio de la inconstitucionalidad. Sin embargo, esto no ha sido siempre así y, en algunas ocasiones, el Tribunal ha dictado verdaderas Sentencias interpretativas estimatorias, en las cuales declara inconstitucional la norma impugnada siempre que se interprete en un determinado sentido[111] lo cual, no ha dejado de suscitar algunos problemas en relación con la vigencia de la norma y los efectos de la propia declaración de inconstitucionalidad.

Aunque las Sentencias interpretativas han sido utilizadas por el TC a propósito tanto de recursos como de cuestiones de inconstitucionalidad, puede argumentarse que su empleo tiene sobre todo importancia en relación con éstas últimas. En efecto, mientras que en el momento de interposición del recurso -en cuanto que control *abstracto*- ninguna interpretación aplicativa de la ley existe todavía susceptible de ser desechada, el planteamiento de la cuestión puede obedecer a una interpretación de la norma legal por parte del órgano judicial en su aplicación a un caso *concreto* no conforme con la C.E., lo

[109] Fundamento jurídico 6.°.
[110] Confirmada poco después, en semejantes términos, por la STC 11/1981, fundamento jurídico 4..°.

que puede exigir un pronunciamiento del TC proscribiendo dicha interpretación y ofreciendo otra u otras alternativas que sirvan para mantener la constitucionalidad del precepto cuestionado.

En cualquier caso, el TC ha sido consciente del riesgo que supone una utilización excesiva de este tipo de tipo de Sentencias. Por ello, no han faltado por su parte indicaciones acerca de la prudencia que debe presidir su uso. Así, en la citada STC 5/1981, el Tribunal ya indicó que la Sentencia interpretativa "es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una Sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución"[112]. En este mismo cauteloso sentido ha afirmado también que no le resulta posible "tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional"[113]; o que la efectividad del principio de conservación de las normas "no alcanza, como es obvio, a ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos"[114].

Las Sentencias "manipulativas".- Las denominadas, con alguna impropiedad, *Sentencias manipulativas*, expresión que proviene de la doctrina italiana (*decisioni manipulative*), hacen referencia a aquellos pronunciamientos de las jurisdicciones

---

[111] SSTC 22/1981 y 105/1988.
[112] Fundamento jurídico 6.º.
[113] STC 11/1981, fundamento jurídico 4.º.
[114] STC 22/1985, fundamento jurídico 5.º. No obstante, el problema de las Sentencias interpretativas y los límites de la jurisdicción constitucional están siempre presentes en el seno del TC, como se ha puesto de manifiesto en la relativamente reciente STC 50/1999 (que enjuició la constitucionalidad de algunas disposiciones de la nueva Ley de procedimiento administrativo aprobada en 1992) y los votos particulares formulados a la misma.

constitucionales que suponen, en palabras de Zagrebelsky, "una verdadera modificación del significado de la ley"[115]. Aunque el juez constitucional español jamás ha utilizado esta expresión para referirse a ninguno de sus pronunciamientos, la doctrina considera que ha recurrido en diversas ocasiones a este tipo de Sentencias, reconociendo distintos subtipos dentro de las mismas.

Así, el TC ha dictado *Sentencias de inconstitucionalidad parcial*, en las que lo declarado inconstitucional ha sido exclusivamente una determinada palabra o inciso del precepto impugnado, llegando en alguna ocasión a reflejar en el fallo de la Sentencia la nueva redacción del precepto después de las omisiones pertinentes[116]. No obstante, estas Sentencias pueden considerarse en puridad estimatorias sin más, circunscribiéndose en último término el TC al papel de "legislador negativo" al que antes se hizo referencia. El supuesto contrario lo constituyen las que podrían denominarse, de nuevo por referencia a la doctrina italiana, *Sentencias "aditivas"*, en las que se declara inconstitucional un cierto precepto por no haber incluido una determinada previsión que debió haberse tenido en cuenta[117]. Este tipo de Sentencias, en realidad, no conllevan la anulación de ningún texto legal, ya que la inconstitucionalidad reside en la omisión de que hace gala el mismo. O dicho con otras palabras: la inconstitucionalidad no reside en el enunciado legal propiamente dicho, sino en la norma allí contenida. De esta manera, el TC parece instar de modo implícito a los aplicadores de la norma –Administración y Tribunales- a aplicar el texto legal en su momento impugnado, pero incluyendo en él la previsión indebidamente omitida (de ahí el nombre de Sentencias *aditivas*).

Digamos también, para finalizar con el presente apartado, que la desaparición del

---

[115] *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1988, págs. 296 y ss.; citado en *Jurisdicción y procesos constitucionales*, pág. 76, nota, 43.
[116] STC 27/1985.
[117] STC 116/1987.

recurso previo de inconstitucionalidad previsto originariamente en la LOTC y derogado en el año 1985 supuso también la desaparición de otro tipo de Sentencia exclusiva de dicho tipo de control y prácticamente consustancial a las Sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad recaídas con ocasión de éste. Nos estamos refiriendo a las que también han sido denominadas Sentencias "*constructivas*", en las que el TC hacía una indicación más o menos explícita al legislador de las mejoras que éste debía introducir en el texto legal para superar definitivamente el filtro de la constitucionalidad y procederse a su promulgación. La STC 53/1985, que declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley Orgánica despenalizadora del aborto en determinados supuestos, constituye un buen ejemplo de ello.

4. Efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional.-

La Sentencia del TC produce los mismos efectos y suele generar la misma problemática con independencia de que recaiga en un recurso o en una cuestión de inconstitucionalidad, de ahí su regulación en el Capítulo IV de la LOTC titulado "De la Sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad y sus efectos". No obstante, en la práctica pueden darse algunas particularidades derivadas de la distinta naturaleza de ambos procedimientos. Así, no es infrecuente que en los recursos de inconstitucionalidad de naturaleza conflictual la apreciación por parte del TC de la invasión competencial producida por una ley del Estado no conlleve la declaración de inconstitucionalidad de ésta, dada la existencia en el Estado español de diecisiete Comunidades Autónomas con otros tantos Estatutos de Autonomía a utilizar como parámetros de control de la ley impugnada.

En tales casos, en efecto, la Sentencia del TC se limita a efectuar un pronunciamiento sobre el ámbito de aplicación territorial de la norma impugnada una vez determinada la titularidad de la competencia controvertida[118]. De este modo, si el TC entiende que una ley estatal invade competencias de una Comunidad Autónoma reconocidas por su Estatuto de Autonomía, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad de la ley estatal, sino, en algún caso, su inaplicación en el territorio de la Comunidad Autónoma afectada.

El art. 38 LOTC, que encabeza el Capítulo IV de la Ley antes citado y supone en cierta manera una concreción de lo dispuesto con carácter más general en el art. 164 C.E., indica que "Las Sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín General del Estado". En dicho precepto se reflejan, pues, los tres grandes efectos de las Sentencias del TC recaídas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

El valor de cosa juzgada.- En su vertiente formal, este valor de cosa juzgada no plantea mayor problema, desde el momento en que, como establecen los arts. 164.1 C.E. y 93.1 LOTC, contra las Sentencias del TC no cabe recurso alguno, si bien en el plazo de dos días a partir de su notificación las partes pueden solicitar la aclaración de las mismas. Mayores complicaciones suscita el efecto de cosa juzgada material, esto es, la posibilidad de enjuiciar en otro proceso el mismo asunto sobre el que haya recaído ya un pronunciamiento de fondo por parte del TC. En este sentido habría que diferenciar entre las Sentencias estimatorias y desestimatorias. Así, cuando de Sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad se trata, el efecto de cosa juzgada material se impone por sí mismo, pues la desaparición del ordenamiento jurídico de la norma impugnada impide lógicamente

[118] SSTC 133/1990 y 100/1991, entre otras.

cualquier reapertura de la controversia jurídico-constitucional sobre el mismo texto legal[119]. En cambio, cuando la Sentencia es desestimatoria puede decirse que el efecto de cosa juzgada material queda a disposición del juez constitucional. Cualquier otra solución impediría la evolución de la jurisprudencia, consustancial por otra parte con la renovación periódica del TC[120].

Vinculación de los poderes públicos.- Aunque esta locución, tomada del art. 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, no deja de suscitar importantes dudas interpretativas, la misma ha servido para que diversos sectores doctrinales de ambos países consideren que los efectos de las Sentencias del juez constitucional superan al anteriormente analizado de la cosa juzgada, conllevando además el deber, por parte de la Administración y los órganos judiciales, de respetar y aplicar la doctrina formulada por el TC en sus diferentes Sentencias[121]. En el caso español dicha vinculación deriva, en definitiva, de la condición de interprete supremo de la Constitución que al TC atribuye el art. 1.1 LOTC, y parece haber sido definitivamente acogida en lo que Poder Judicial respecta por la Ley Orgánica reguladora del mismo, cuyo art. 5.1 establece que "los Jueces y Tribunales (...) interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos". En cualquier caso, hay que hacer constar que, en la práctica, ninguna tensión de importancia se ha producido entre el TC y los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial por el acatamiento de la doctrina constitucional vertida en procesos de declaración de inconstitucionalidad. Algunas polémicas sí han llegado a suscitarse, ocasionalmente, en torno a ciertas sentencias en

---

[119] Otra cosa sería, como hemos analizado ya, que el legislador reiterara en un nuevo texto legal una norma ya declarada inconstitucional por el TC (ver pág. 38 y nota 96 del presente Informe).

[120] Recuérdese a este respecto lo ya indicado anteriormente en el apartado VII.1 de este Informe.

[121] Al respecto, F. RUBIO LLORENTE: "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en *La forma del Poder*, Madrid, 1993; citado en *Jurisdicción y procesos constitucionales*, pág. 150, nota 21.

recurso de amparo (el Tribunal Supremo, es, según el art. 123.1 C.E., "órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales").

Efectos generales.- Por último, las Sentencias del TC producen también efectos frente a todos o *erga omnes*. Así el propio art. 164.1 C.E. indica que aquellas que "declaren la inconstitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos". Como apuntamos antes, en el caso de las Sentencias estimatorias este efecto es consecuencia inmediata de la expulsión de la norma legal recurrida o cuestionada del ordenamiento jurídico, con la única excepción tal vez de las leyes de caso único o leyes singulares que afecten a un grupo reducido de sujetos. No obstante, también las Sentencias desestimatorias producen efectos *erga omnes*, en tanto en cuanto la norma legal impugnada mantiene su vigencia, siendo tales efectos igualmente predicables de las Sentencias interpretativas, puesto que la interpretación de la ley efectuada por el TC como presupuesto de su declaración de inconstitucionalidad ha de entenderse vinculante para todos los operadores jurídicos.

VIII. ALGUNA CONSIDERACIÓN PARA EL FUTURO.-

No pocos son los problemas que suscitan los procedimientos de control de constitucionalidad en España, como se ha intentado poner de manifiesto en estas páginas, en la medida en que la obligada brevedad del presente Informe lo ha permitido. De todas ellos, no obstante, parece claro que el más preocupante y que requiere de urgentes soluciones es la acumulación de asuntos en el Pleno del Tribunal que ha llevado a éste, en la actualidad, a tardar mucho más tiempo de lo deseable en resolver algunos recursos y

cuestiones de inconstitucionalidad. Una preocupación justificada, ya que, como indicó el Presidente del Tribunal Constitucional, Sr. Cruz Villalón, en una conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI de Madrid en el mes de enero del presente año, "desde la perspectiva de la tarea de racionalización de la carga de trabajo del Tribunal Constitucional, así como el Tribunal puede ser sustituido cuando estos objetivos se proyectan sobre actos de los poderes públicos distintos de la Ley, por el contrario, cuando de la Ley se trata, lo que el Tribunal no haga no puede hacerlo nadie".

Ahora bien, la solución al problema del retraso acumulado en la resolución de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad quizás no radique, paradójicamente, en introducir ningún tipo de reforma legal en estos dos procedimientos, pues la causa de dicho retraso puede tener su origen en otro procedimiento distinto: el recurso de amparo. En efecto, en el período estadístico que nos ha servido de referencia a lo largo de este texto (15 de julio de 1980-31 de diciembre de 1998), se interpusieron ante el TC 47.996 recursos de amparo, con un ritmo que no ha dejado de crecer y que ha superado en los últimos años los cinco mil amparos anuales. Así, frente a los 36 recursos y 51 cuestiones de inconstitucionalidad elevadas ante el TC en 1998, se han formulado 5.441 recursos de amparo. Y aunque el TC sólo resuelve alrededor del 5% de ellos mediante Sentencia (ya que inadmite cerca del 90 % mediante providencia y un 5% más mediante Auto), esta desmesurada carga dificulta el cumplimiento de la función que da carta de naturaleza a toda jurisdicción constitucional –el control de constitucionalidad de las leyes- en un tiempo prudencial. Con todo, frente a las 205 Sentencias dictadas en recurso de amparo durante ese año 1998, el Tribunal ha dictado también 36 Sentencias recaídas en recursos de inconstitucionalidad y 51 en cuestiones de inconstitucionalidad. Pero, como decimos, tal vez sea por el recurso de amparo por donde debieran encaminarse las reformas legislativas de la LOTC, profundizando en la efectuada por la Ley Orgánica 6/1988 cuando dicho recurso comenzó a tomar unas dimensiones considerables. En este sentido, pudiera ser

aconsejable, siempre contando con el pleno respaldo de la comunidad jurídica, tender hacia una concepción "selectiva" de la admisión a trámite de las demandas de amparo, tal como se viene practicando desde hace tiempo en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos o, más recientemente, en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Y es que, por finalizar este Informe nuevamente con palabras del Presidente del Tribunal Constitucional pronunciadas en la citada conferencia, en las que se hacía eco de las reflexiones de los profesores Rainer Wahl y Joachim Wieland al respecto, "como todo bien escaso, y esto es en definitiva lo que se quiere decir, la jurisdicción constitucional reclama una distribución racional, y dentro de la racionalidad está el reservarla a quienes más lo necesitan".

****

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Guatemala





Corte de Constitucionalidad

III CONFERENCIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE IBEROAMÉRICA, ESPAÑA Y PORTUGAL

PONENCIA DE GUATEMALA

José Arturo Sierra González
PRESIDENTE

Guatemala, 1999

INTEGRACIÓN DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

PRESIDENTE
José Arturo Sierra González

MAGISTRADOS TITULARES
Conchita Mazariegos Tobías
Luis Felipe Sáenz Juárez
Alejandro Maldonado Aguirre
Rubén Homero López Mijangos

MAGISTRADOS SUPLENTES
Héctor Efraín Trujillo Aldana
Fernando José Quezada Toruño
Carmen María Gutiérrez de Colmenares
Amado González Benítez

Guatemala, C.A. noviembre de 1999.

PRESENTACIÓN

En la fase inicial de realización de esta ponencia el Magistrado Alejandro Maldonado Aguirre, elaboró el Prontuario, que sometió al conocimiento del Pleno y que fue revisado y acotado por el Magistrado Fernando José Quezada Toruño.

Para el desarrollo se contó con la colaboración de funcionarios que prestan sus servicios a este Tribunal, siendo ellos los abogados Aylín Ordóñez Reyna, Martín Ramón Guzmán, Astrid Zossel de Díaz, Marco Fabio Montoya, Carolina Reyes Paredes, Luis Antonio Mazariegos, Manuel de Jesús Mejicanos, Rosa Maribel Solís, Gloria Isabel Lima, Byron René Jiménez, Ovidio Ottoniel Orellana, Thelma Inés Peláez y Anabella Azpuru y los Oficiales Deifilia España Barrios, Pablo Gerardo Hurtado, Ana Margarita Monzón de Vásquez, Marlon Josué Barahona, Angélica Yolanda Vásquez, Arnoldo Rafael Herrera, José Estuardo Luna Santos y Erick Palma y Palma.

Se conformaron cinco grupos, habiéndoseles encomendado que, con base en el Prontuario, investigaran estos temas: a) Inconstitucionalidad general -sustantivo-. Jurisprudencia, doctrina y legislación; b) Inconstitucionalidad general -procesal-. Jurisprudencia, doctrina y legislación; c) Inconstitucionalidad en caso concreto -sustantivo-. Jurisprudencia, doctrina y legislación; d) Inconstitucionalidad en caso concreto -procesal- Jurisprudencia, doctrina y legislación; y e) Opiniones consultivas y dictámines -sustantivo y procesal-.

Para el análisis y evaluación del resultado de dicha investigación, fue programada una actividad que se desarrolló, durante dos días, en la ciudad de Antigua Guatemala. En esa oportunidad, bajo la dirección del Magistrado Maldonado Aguirre y con la colaboración del Magistrado Luis Felipe Sáenz Juárez, cada grupo presentó, por medio del relator o los relatores designados, las conclusiones del tema correspondiente. Enseguida se designó una Comisión de Redacción integrada por los

funcionarios: Martín Ramón Guzmán, Luis Antonio Mazariegos, Carolina Reyes Paredes, Rosa Maribel Solís y Deifilia España Barrios, a quienes se encargó producir un documento unificado que contuviera recensión y clasificación de aquellos informes, según lo establecido en el Prontuario.

Finalmente, el Magistrado Maldonado Aguirre revisó el primer borrador y le introdujo los cambios y adiciones que recogieran el espíritu crítico de la jurisdicción constitucional en materia de control de leyes y disposiciones de carácter general.

Abreviaturas y Referencias más usadas:

CPR=	Constitución Política de la República
CC=	Corte de Constitucionalidad
LAEPyC=	Ley de Amparo,Exhibición Personal y de Constitucionalidad
Art. o Arto.=	Artículo
Artos.=	Artículos
Gaceta=	Gaceta Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad (Publicación Trimestral de los Fallos de la Corte).
Exp.=	Expediente

ÍNDICE

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE GUATEMALA

-I-

MARCO JURÍDICO POLITÍCO 15

1. Antecedentes del control de constitucionalidad en el orden político guatemalteco 15

2. Condicionantes políticas que motivaron un nuevo sistema 16

3. Diferencias cualitativas de los sistemas de control de constitucionalidad 17

4. Circunstancias político-sociales durante trece años de ejercicio 19

5. Estado Constitucional de Derecho 20

-II-

ASPECTOS FORMALES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 23

A. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES EN CASOS CONCRETOS

1. VÍAS DE ACCESO E INSTANCIAS 23

2. SUJETOS LEGITIMADOS 24

3. SUJETOS DEL DEBATE 24

4. CUESTIONES FORMALES DE ACCESO AL PROCESO 24
4.1. Requisitos formales 24
4.2. Modo de subsanar deficiencias 25

5. PROCEDIMIENTO DEL PLANTEAMIENTO 25
5.1. Como acción 25
5.2. Como incidente o como excepción 25

6. SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA NORMA 25

7. DILIGENCIAMIENTO DE VISTAS PÚBLICAS 26

8. PROCEDIMIENTO PARA LA EMISIÓN DE SENTENCIAS EN SEGUNDA INSTANCIA 26

9. NORMAS IMPUGNABLES 26

10. DE LAS RESOLUCIONES Y SUS EFECTOS 27

10.1. Técnica para la elaboración de las sentencias de segunda instancia 27

10.2. Efectos del auto o de la sentencia de primer grado y de la sentencia de segunda instancia 28
10.2.1. Efecto declarativo 28
10.2.2. Efecto inter partes 28
10.2.3. Cosa juzgada (*res iudicata*) 28
10.2.4. Efecto suspensivo 29
10.2.5. Efecto creador de jurisprudencia y doctrina legal 29

B. CONTROL ABSTRACTO Y GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD 30

1. SUJETOS LEGITIMADOS 30
1.1. Legitimación activa 30
1.2. Acción popular 31

2. SUJETOS DEL DEBATE 31
2.1. El accionante 31
2.2. El Ministerio Público 31
2.3. Instituciones públicas o privadas 31
2.4. *Amicus Curiae* 31

3. CUESTIONES FORMALES DE ACCESO AL PROCESO 32
3.1. Requisitos formales 32
3.2. Omisión de requisitos 32

4. SISTEMAS O VIAS DE PROMOCIÓN DEL PROCESO 33

5. ASPECTOS RELATIVOS A LA TRAMITACIÓN 33
5.1. Resolución de trámite 33
5.2. Suspensión provisional 33
5.3. Audiencia 34
5.4. Vista 34

5.5. Sentencia 34
5.6. Recursos 34
5.7. Sanciones 34

6. ÓRGANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 35

7. NORMAS IMPUGNABLES 35
7.1 Naturaleza 35

7.2 Elementos objetivos de la inconstitucionalidad 36
7.2.1. Vigencia de la ley impugnada 36
7.2.2. Generalidad de la ley impugnada 36
7.2.3. Control de normas y no de actos 36

7.3. Leyes preconstitucionales 36

7.4. Control de constitucionalidad de una ley cuando se encuentra en la fase de *Vacatio Legis* 37

7.5. Plazo para la impugnación 37

8. RESOLUCIONES Y SUS EFECTOS 37
8.1. Naturaleza 37
8.2. Forma de la sentencia 37
8.3. Deliberación y votación 38
8.4. Efectos en el ordenamiento jurídico 38
8.5. Principios fundamentales que rigen la actividad de la Corte de Constitucionalidad al emitir sus fallos 39
8.6. Contenido de la denuncia de inconstitucionalidad 40
8.7. Aspectos internos de la sentencia 41
8.8. Publicidad de las sentencias 41

C. OPINIONES CONSULTIVAS. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD 43

1. SUJETOS LEGITIMADOS 43

2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD 43
2.1. De forma 43
2.2. De fondo 44

3. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA OPINIÓN CONSULTIVA 44

4. FORMALIDADES DE LA SOLICITUD 44
4.1. Requisitos formales y maneras de subsanar deficiencias en el planteamiento 44
4.2. Motivación jurídica 44

5. SUSPENSIÓN PROVISIONAL 44

6. IMPUGNACIÓN DE LA OPINIÓN 45

7. PLAZO PARA EMITIR LA OPINIÓN 45

8. ÓRGANO QUE CONOCE LAS SOLICITUDES DE OPINIÓN CONSULTIVA 45

9. NORMAS OBJETO DE OPINIÓN CONSULTIVA 45

10. CONSIDERACIONES DE LA CORTE 45

11. LA SOLEMNIDAD EN EL PRONUNCIAMIENTO 46

12. PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL 46

D. DICTÁMENES 46

1. NATURALEZA 46

2. ORGANISMO OBLIGADO A SOLICITAR DICTAMEN 47

3. ORGANISMO QUE INTERVIENE EN LA TRAMITACIÓN 47

4. ÓRGANO LEGITIMADO PARA EJERCER CONTROL 47

5. NORMAS SOBRE LAS QUE PUEDE VERSAR EL DICTAMEN 47

6. ASPECTOS FORMALES Y DE FONDO QUE DEBEN OBSERVARSE 48
6.1. Requisitos formales de admisión 48
6.2. Motivación jurídica 48
6.3. Auxilio profesional 48

7. SISTEMAS O VÍAS DE PROMOCIÓN DEL DICTAMEN 48
7.1. Naturaleza 48
7.2. Etapas procedimentales 49
7.3. Plazos 49
7.4. Impugnación 49

8. EFECTOS DEL DICTAMEN 49
8.1. Naturaleza 49
8.2. Votación de la Corte de Constitucionalidad 49
8.3. Efecto *ex tunc* del dictamen 50
8.4. Dictámenes interpretativos 50

9. PUBLICIDAD DEL DICTAMEN 50

-III-

DOCTRINAS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD 51

A. DERECHOS HUMANOS CLÁSICOS 51

1. Derecho a la vida 51
2. Derecho de igualdad 52
3. Derecho a la presunción de inocencia 60
4. Derecho a la propiedad privada 63
5. Derechos políticos 64

B. DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES 66

1. Derechos económicos 66
2. Derechos sociales 67

C. DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACIÓN 69

1. Del patrimonio cultural 69
2. Del patrimonio natural 71
3. A la paz 72

D. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 74

E. PROCESOS ELECTORALES Y FUNCIONAMIENTO DE PARTIDOS POLÍTICOS 76

F. DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍAS INSTITUCIONALES Y REGIONALES 84

G. PROCESOS DE DESINCORPORACIÓN Y PRIVATIZACIÓN 86

H. POLÍTICA FISCAL Y TRIBUTARIA DEL ESTADO 88

I. CUESTIÓN DE BELICE 93

J. TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES 97

K. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN 98

L. PROFUNDA SIGNIFICACIÓN POLÍTICA 100

a. Sentencia de 25 de mayo de 1993. Retorno a la constitucionalidad 100
b. División o separación de poderes 103

ANEXO 105

I. ANÁLISIS ESTADÍSTICO 106

GRÁFICAS 107

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE GUATEMALA

Para el desarrollo de la ponencia que se presenta a la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España, en los primeros capítulos se analizan antecedentes históricos referentes al control de constitucionalidad en la República; también cuestiones procesales relacionadas con esta materia, conforme su regulación en el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: los sujetos legitimados, aspectos formales de acceso a los procesos, plazos, las formas de las resoluciones y sus efectos y otros. En el tercer capítulo se reseñan, de modo somero, diversos casos que por vía de inconstitucionalidad general, en caso concreto, opinión consultiva y dictamen han sido sometidos a conocimiento de este Tribunal y que, por su contenido, resultan relevantes para su inclusión en esta ponencia. Un último apartado revela datos estadísticos de la labor que la Corte de Constitucionalidad ha realizado durante el tiempo de su existencia.

-I-
MARCO JURÍDICO POLÍTICO

La jurisdicción de control de constitucionalidad de carácter permanente e independiente surgió en Guatemala con la Constitución que entró en vigencia el 14 de enero de 1986. La Corte de Constitucionalidad quedó instalada el 13 de abril del citado año, habiendo emitido su primera sentencia dos meses después, exactamente el 16 de junio, actualmente ha cumplido un poco más de trece años de funcionamiento.

1. Antecedentes del control de constitucionalidad en el orden político guatemalteco

La Constitución de 1879 fue objeto de reformas de 11 de marzo de 1921 que, entre otras, introdujeron por primera vez en el orden jurídico nacional, el control jurisdiccional de constitucionalidad, de carácter difuso o descentralizado, del tipo estadounidense[1]. Se mantuvo en las reformas de 1927[2] y 1935 [3]. De igual manera se conservó en las Constituciones de 1945[4] y 1956[5]. Se estableció el sistema mixto en la Constitución de 1965[6], al disponer que los tribunales comunes podían hacer la declaración de inconstitucionalidad en casos concretos, con efectos relativos entre partes; con efectos generales, derogatorios de la disposición atacada, solamente a cargo de un tribunal eventual o extraordinario, que se formaba, para cada caso, con magistrados pertenecientes al sistema ordinario de justicia. Este último dato tuvo su antecedente, en el efímero sistema constitucional centroamericano, en los artículos 129 y 130 de la Constitución Política de la

[1]Artículo 93, c) Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al Poder Judicial declarar la inaplicación de cualquiera ley o disposición de los otros Poderes, cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en la Constitución de la República; pero de esta facultad sólo podrán hacer uso en las sentencias que pronuncie;
[2]Artículo 85 primer párrafo final y segundo párrafo.
[3]Igual al anterior
[4]Artículo 170
[5]Artículo 187 párrafo tercero
[6]Artículos 246 y 262 a 265

República de Centroamérica, decretada el 9 de septiembre de 1921, por Guatemala, El Salvador y Honduras.

La Corte instituida por la Constitución de 1965 se integraba con doce miembros, así: el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y otros cuatro magistrados de ese alto tribunal por éste designados; los otros siete, por sorteo global practicado por dicha Corte entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso Administrativo.

La Corte indicada, que se integraba de manera eventual o extraordinaria con magistrados pertenecientes al Organismo Judicial, en sus dieciséis años de vigencia, conoció únicamente en cinco casos. Dos recursos fueron rechazados de plano, dos declarados sin lugar y solamente uno pudo prosperar, precisamente interpuesto por el Ministerio Público por instrucciones del Presidente de la República.

La experiencia acerca de ese tribunal, según lo estimó el XIII Congreso Jurídico Guatemalteco, fue de general frustración por estimarlo una institución débil frente al peso de los poderes políticos del Estado. Esto debería entenderse tanto por las limitaciones que la ley demarcaba, como por la insuficiencia de condiciones propias que protegieran su adecuada independencia y funcionalidad. A ello deberá agregarse, como se verá adelante, la situación de irrespeto a los derechos humanos que cobró auge en los últimos años de vigencia de la Carta que lo creó.

2. Condicionantes políticas que motivaron un nuevo sistema

Los antecedentes históricos relativamente recientes que incidieron para que el país autodeterminara un nuevo régimen de control de constitucionalidad, pueden ubicarse en la crisis de legalidad que fue produciéndose paulatinamente, pero que alcanzó sus mayores cotas al finalizar la década de los setenta y que confrontó seriamente a la sociedad por las sólidas sindicaciones de fraudes electorales, violaciones a los derechos humanos y por el conflicto armado interno, que tendían a solucionar por la fuerza las cuestiones de valoración política e ideológica que se dirimen pacíficamente en los sistemas con un efectivo Estado de Derecho. La inestabilidad de las instituciones jurídicas, que no alcanzaron a proteger de manera satisfactoria el plexo de derechos civiles y políticos, produjo, como respuesta al generalizado descontento de los habitantes, la ruptura del régimen establecido (23 de marzo de 1982) y la instauración de un proceso constituyente que tendía a recuperar un estado democrático para el país. Reunióse entonces la asamblea que redactó la Constitución que nos rige.

Entre sus novedades, la Carta Magna de 1985 instituyó cinco órganos constitucionales, verdaderos poderes por su carácter supremo, siendo, además de los tres tradicionales, la Corte de Constitucionalidad y el Tribunal Supremo Electoral. Al introducirse la jurisdicción independiente y especializada de constitucionalidad, el país asumió la característica del Estado Constitucional de Derecho, condición que se justifica como respuesta a la virtual alegalidad que los factores políticos señalados precipitaron. De ahí proviene el proceso de recuperación democrática, de juridicidad y de civilidad política, de las cuales la Corte ha sido una de sus instituciones principales.

Para desarrollar los instrumentos de la normativa suprema en materia de derechos humanos y eficacia del orden constitucional, la Asamblea Constituyente (electa con la participación de un 76 por ciento de los ciudadanos empadronados) emitió el Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Advertido el país sobre las carencias normativas que impedían la formación de un tribunal de control constitucional suficientemente equilibrado, la Asamblea Constituyente optó por instaurar un nuevo sistema de integración plural que la preservara de la hegemonía de partido político alguno y por dotarla de mecanismos internos de moderación mutua (por ejemplo, la rotación en la presidencia y la integración impar que elimina la posibilidad de que un magistrado pudiera, en determinados casos, ostentar doble voto). Asimismo, se le reconoció un porcentaje cautivo del Presupuesto de la Nación que le garantiza su autarquía económica. Desde luego, figuran también principios de inamovilidad, inmunidad e irrecusabilidad.

3. Diferencias cualitativas de los sistemas de control de constitucionalidad

Esta ley, en cuanto se refiere a las acciones de inconstitucionalidad, tiene importantes características cualitativas que han incidido en la labor de la Corte y que pueden resumirse en las siguientes:

a) En primer término, quedó reconocida acción popular para el planteamiento de inconstitucionalidad de normas. Este elemento subjetivo determinó sustancial diferencia respecto del sistema anterior, puesto que en éste era necesario que el accionante individual demostrara interés jurídico en el asunto, lo que estrechaba materialmente los casos de interposición generalmente a asuntos privados y no propiamente de importancia pública. En cambio, la nueva ley abrió la acción a cualquier persona para que, bien

fuera por interés propio o por mera defensa oficiosa de la Constitución, pueda instar la actividad de la Corte.

b) En cuanto al patrocinio profesional, la ley anterior exigía el requisito de que el memorial de introducción estuviese patrocinado profesionalmente por diez abogados colegiados activos, cuestión que, lógicamente, limitaba la posibilidad de uso a personas que tuviesen cierta solvencia económica que les permitiera sufragar los honorarios de tal cantidad de profesionales. La actual redujo a tres el número de abogados que debían auxiliar al accionante.

c) En relación con la materia impugnable, la apertura también fue sensible, puesto que se reconoce con suficiente amplitud la impugnación de "leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general". Tampoco la Corte restringió su conocimiento únicamente a leyes emitidas con posterioridad a la vigencia de la Constitución, sino lo extendió a leyes preconstitucionales que, en algunos casos, fueron estimadas por el Tribunal que declaró una inconstitucionalidad sobrevenida. Tampoco, por esto, es que existe ningún plazo de caducidad para el ataque de normas (se han planteado inconstitucionalidades de disposiciones de 1859 o de 1954).

d) Otro factor a estimar como elemento sensible de la notable cantidad de demandas de cuestiones de inconstitucionalidad, podría estar en la conformación del Tribunal, puesto que la Constitución derogada, que instituyó una Corte de control de constitucionalidad, la perfiló como un tribunal eventual, que se reunía de forma extraordinaria ante cada caso de requerimiento, y cuya totalidad de miembros pertenecían al Organismo Judicial. El actual sistema integra la Corte por la designación de los organismos clásicos, de la universidad del Estado y de la asamblea del Colegio de Abogados, procedimiento poliforme que refleja representatividad (no representación) del componente jurídico-político del país.

e) Debe estimarse como condición de dificultad a los ciudadanos para lograr una declaración de inconstitucionalidad, la propia votación agravada que el tribunal anterior contemplaba, ya que era necesaria una mayoría de ocho votos, lo que, en la práctica, dejaba cierto veto a los cinco magistrados de la Corte Suprema de Justicia en esta decisión, recordando que, en particular, éstos titulares podrían ser designados por la mayoría de los diputados conforme inevitables preferencias ideológicas o partidaristas.

Estas características probablemente contribuyeron a la importancia mayor que la Corte ha asumido en cuanto a su función mantenedora del orden constitucional, y que se revela de manera sensible al comparar los siguientes datos: a) el sistema anterior, que operó durante dieciséis años de

vigencia, solamente registra cinco asuntos planteados; b) el actual, de jurisdicción permanente, ha conocido por vía directa, de más de ciento setenta y cuatro casos.

4. Circunstancias político-sociales durante trece años de ejercicio

Desde que la Corte de Constitucionalidad quedó instalada se ha relevado dos veces, y han asumido la dirección política del país cuatro gobiernos distintos, producto tres de ellos de sufragio popular directo, y uno, de la designación constitucional hecha por el Congreso de la República. Este órgano, como reflejo de los procesos electorales correspondientes, varió su composición partidista (juego de mayorías y minorías parlamentarias) también en cuatro oportunidades. Dos veces fue convocado el cuerpo electoral para ratificar reformas a la Constitución, de respuesta afirmativa las primeras, y de rechazo las de la segunda consulta.

El proceso institucional iniciado en 1986 afrontó graves momentos desestabilizadores: dos movimientos sediciosos militares, un golpe de Estado que pretendió disolver algunos órganos (incluyendo a la Corte de Constitucionalidad)[7]. Una constante de la primera década de operaciones del Tribunal fue la concomitancia del enfrentamiento armado interno. Todos estas situaciones fácticas de desafío al orden establecido, debían resolverse desde parámetros de estricta juridicidad. Afortunadamente los hechos de incivilidad o de conflicto quedaron enervados por la democracia misma. Las insurrecciones militares fueron dominadas cuando se encontraban ya en su fase de ejecución, el golpe quedó anulado por el acatamiento del Ejército a lo ordenado por el máximo tribunal de justicia constitucional; y, finalmente, culminaron las conversaciones de paz con la firma de los acuerdos de 29 de diciembre de 1996.

Ha tocado a la Corte funcionar en el proceso de renovación democrática. A la variación, en muy corto tiempo, del componente ideológico de los partidos que asumieron el gobierno, debe sumarse varios e intensos factores que inciden en la temática nacional, sus actores y sus perspectivas. El nuevo protagonismo político en Guatemala, caracterizado por la participación de todas las tendencias, tiene como agregado la presencia dinámica de la sociedad civil y los diferentes posicionamientos frente a los asuntos más importantes de la nación.

7 El golpe de Estado producido por el Presidente de la República al promulgar el Decreto de 25 de mayo de 1993, Normas Temporales de Gobierno, obligó a la Corte de Constitucionalidad a dictar la resolución de esa fecha sentenciado la inconstitucionalidad de aquel instrumento, y, por ello, declaró su pérdida de vigencia y carencia de efecto. Los acontecimientos determinaron la necesidad de dictar medidas para la ejecución de la sentencia hasta el restablecimiento del orden constitucional quebrantado.

Así como ha sido evidente el progreso democrático y el avance en materia de reconocimiento y respeto a los derechos humanos, también han existido algunos signos de intransigencia que se producen en sociedades que vienen transitando del autoritarismo hacia la representatividad. La transición a la democracia ha generado algunos desbordes, entre ellos, el aumento de la litigiosidad y, en gran medida, el traslado del debate partidista a las esferas netamente jurisdiccionales, en particular a la constitucional. La dinámica de la sociedad en transición democrática se hizo sensible en las funciones de la Corte, que hubo de recibir gran cantidad de asuntos de inconstitucionalidad y de amparo, sobre todo muchas cuestiones en que subyace la inconformidad con determinadas acciones legislativas o administrativas de orden y características netamente políticos. Desde luego, dada la naturaleza de la Corte y su instrumental básico de aplicación (la Constitución Política) se comprende el por qué los asuntos sometidos a su decisión son cargadamente políticos o ideológicos.

5. Estado constitucional de derecho

Las condiciones políticas y sociales que enmarcaron la Constitución de 1985 fueron decisivas para que, al instituirse la Corte de Constitucionalidad como tribunal privativo e independiente contralor del mantenimiento del orden constitucional, permitieron el avance que consolida aquel texto como una perfecta norma jurídica, o sea, derecho directamente aplicable.

Al respecto, y tomando en cuenta los factores negativos que prácticamente habían anulado las instituciones protectoras de los derechos humanos y con ello desvirtuado su eficacia, la Corte en sus primeras resoluciones afirmó el carácter ordenador y vinculante de la Constitución.[8] Asimismo, fue determinando que la Corte era su principal guardián y máximo intérprete.[9]

Dentro de las formas de contralor de la constitucionalidad encuéntrase las acciones de inconstitucionalidad tanto de carácter general o abstracto, en

[8]En sentencia de 23 de diciembre de 1987 asentó: "La aparente contradicción [entre dos disposiciones constitucionales] debe resolverse reconociendo la naturaleza normativa fundante de la Constitución y, como tal, derecho directamente aplicable cuando se trata de los derechos fundamentales de la persona y de la parte organizativa y habilitante de los poderes constitucionales, sin necesidad del intermedio de una ley de desarrollo" (Expediente 260-87)

[9]Así lo consignó en sentencia de 15 de marzo de 1988 diciendo: "Por consiguiente, corresponde a la CC, como Tribunal Supremo en materia de constitucionalidad y amparo, establecer si existe contrariedad, divergencia o contradicción entre las normas enjuiciadas y las disposiciones fundamentales establecidas en la Constitución; si, por lo mismo, dichas disposiciones violan, disminuyen o tergiversan preceptos constitucionales para así declarar, si procediere, su inconstitucionalidad" (Expediente 231-87) o en sentencia de 19 de mayo de 1988 en la que expresó que su función esencial "es la defensa del orden constitucional y a la que corresponde, como máximo intérprete de nuestro más alto conjunto normativo, determinar si las leyes emitidas rebasan o no las limitaciones constitucionales y si se sujetan a su máxima jerarquía, confrontando unas con otras dentro del espíritu del régimen jurídico establecido, que es democrático y representativo." (Expedientes 282-87 y 285-87, acumulados)

vía principal (verdadero proceso), como de orden concreto o incidental. La Corte, dentro del ejercicio también didáctico que conviene realizar en algunas resoluciones, aclaró lo relativo a las diferencias objetivas, remarcando que en aquella la ley declarada inconstitucional quedará sin vigencia y con efectos frente a todos, en tanto, en la segunda, únicamente resuelve la inaplicabilidad de la ley afectada al respecto.[10] De igual manera ha venido orientando acerca de los sujetos activos, de los requisitos de impugnabilidad, y las formas que se reconocen para declarar una inconstitucionalidad, bien sea de fondo (por confrontación directa con normas supremas) o de forma (por desvirtuar el procedimiento constitucional para la emisión de leyes y disposiciones normativas, *interna corporis*).[11]

En el curso de la presente exposición se pretende trasladar la experiencia de esta Corte en cuanto a cómo ha debido tratar las cuestiones de inconstitucionalidad general o abstracta y en caso concreto, tanto en la aplicación de la normativa que las regulan como de las soluciones jurisprudenciales que ha avanzado en la materia. Por la necesaria reducción de la ponencia al tiempo y la materia circunscrita, esta comunicación no puede ser de ninguna manera exhaustiva sino simplemente enunciativa de ciertos casos, señalando, en algunos, la controversia política doméstica que pudo suscitar la decisión de la Corte, tanto en asuntos de fondo como de trámite.

[10] Sentencias de 30 mayo 1988 (Expediente 71-88), 12 julio 1988 (Expediente 119-88) y 7 septiembre 1988 (Expediente 216-88).

[11] Sentencia de 30 mayo 1988 (Expedientes 83-88 y 95-88, acumulados)

-II-
ASPECTOS FORMALES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES EN CASOS CONCRETOS

1. Vías de acceso e instancias

La inconstitucionalidad en caso concreto es un instrumento jurídico destinado a la defensa de la Constitución, por el que se persigue la inaplicación de una norma que se estima inconstitucional a un caso en particular. Puede plantearse como acción, excepción o incidente en todo proceso, de cualquier competencia e instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia. Su planteamiento es susceptible de ser conocido en dos instancias: la primera, confiada a los tribunales de carácter ordinario, con excepción de los denominados menores o de paz, y la segunda, a la Corte de Constitucionalidad (por vía del recurso de apelación). En primera instancia el tribunal debe constituirse en tribunal constitucional y una vez agotado el trámite, en los casos de excepción o incidente, dicta el auto que resuelve el planteamiento; si la inconstitucionalidad se ha promovido como acción debe resolverse por medio de sentencia. El auto o la sentencia de primer grado causan ejecutoria al no ser apelados en el lapso de tres días (Art. 127 LAEPyC).

2. Sujetos legitimados

Los únicos sujetos legitimados para plantear la inconstitucionalidad son las partes en el caso concreto. Por disposición legal es necesario e imprescindible acreditar interés jurídico en el asunto (Arto. 116 LAEPyC).[12]

3. Sujetos del debate

Además de los sujetos referidos en el numeral anterior, es obligatoria la intervención del Ministerio Público en todos los planteamientos (Artos 121 y 124 LAEPyC). Dicha institución puede instar, por sí, la declaración de inconstitucionalidad de una ley en un caso concreto cuando estime que vulnera derechos que le han sido encomendados, siempre que figure como parte en el proceso principal.

4. Cuestiones formales de acceso al proceso

4.1. Requisitos formales

4.1.1. Deben cumplirse los requisitos que para el escrito inicial establece el artículo 21 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y lo que fuere aplicable, supletoriamente, de lo preceptuado en el artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil. En todo caso, deben satisfacerse los requisitos de legitimación, acreditación de la personería (si fuera el caso), auxilio profesional y motivación jurídica.

4.1.2. La solicitud debe ser fundamentada y debe indicar en forma precisa la o las normas que se reputan contrarias a los preceptos constitucionales.

4.1.3. La viabilidad del planteamiento tiene como condicionante *sine qua non* el hecho de que la o las normas atacadas hayan sido citadas como fundamento de derecho o hayan sido invocadas de alguna manera en el proceso o el procedimiento que le sirve de antecedente. (Arto. 123 LAEPyC).

[12] La legitimación para formular el planteamiento, de quien ha sido vinculado como tercero en el proceso principal, fue tratada por la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 11 de mayo de 1993, dictada en el expediente 425-92.

4.2. Modo de subsanar deficiencias

En caso de que el solicitante incurra en omisión de uno o más de los requisitos de acceso o fuere defectuosa la personería, se le fijará plazo para que los subsane (Art. 22 LAEPyC).

A tenor de lo que establece el artículo 143 de la LAEPyC, el tribunal está obligado a conocer el planteamiento, aun cuando estime, de entrada, que el mismo es frívolo o notoriamente improcedente.

5. Procedimiento del planteamiento

5.1. Como acción. Cuando en casos concretos se aplicaren leyes o reglamentos inconstitucionales en actuaciones administrativas, que por su naturaleza tuvieren validez aparente y no fueren motivo de amparo, el afectado se limitará a señalarlo durante el proceso administrativo correspondiente. En estos casos, la inconstitucionalidad deberá plantearse en lo contencioso administrativo dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que causó estado la resolución. (Art. 118 LAEPyC).

Promovida la cuestión el tribunal debe conferir audiencia de la misma a las partes en el proceso y al Ministerio Público por el plazo de nueve días; vencido éste o celebrada vista pública (si hubiere sido solicitada) dictará sentencia dentro de los tres días siguientes.

5.2. Como incidente o como excepción. Las partes, podrán plantear, como excepción o en incidente, la inconstitucionalidad de una ley que hubiere sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite de un juicio (Art. 123 LAEPyC). El planteamiento se tramitará en cuerda separada. El tribunal concederá audiencia a las partes y al Ministerio Público por el plazo de nueve días; vencido éste dictará auto razonado dentro de tercero día (Art. 124 LAEPyC).

La Corte de Constitucionalidad es competente para conocer en apelación la resolución definitiva, en los dos tipos de procedimiento descritos (Artículo 127 LAEPyC).

6. Suspensión provisional de la norma

La ley no prevé la suspensión provisional de la o las normas objetadas. Ordena, eso sí, la suspensión de la tramitación del proceso principal cuando la

sentencia o el auto respectivos son impugnados en apelación, mientras se decide esta instancia (Art. 126 LAEPyC).

7. Diligenciamiento de vistas públicas

Únicamente se diligenciará vista pública en los casos en que el planteamiento se formule como acción y que cualquiera de las partes lo solicite al momento de evacuar la audiencia por nueve días oportunamente conferida. La vista se celebrará dentro de los tres días siguientes de transcurrido aquel plazo (Art. 121 LAEPyC).

8. Procedimiento para la emisión de sentencias en segunda instancia

La Corte adoptó un sistema de reparto rotativo de expedientes. En el caso de las apelaciones interpuestas contra la sentencia o el auto dictado en los planteamientos de inconstitucionalidad de ley en caso concreto, tales expedientes son asignados, por orden de ingreso, a cada uno de los Magistrados titulares.

Ingresado el expediente en Secretaría General se realiza su tramitación formal. Finalizada ésta se remite a la Sección de Resultas para que sea elaborado el resumen del caso. Posteriormente se envía al área de Magistraturas para la elaboración de la ponencia respectiva que será conocida, discutida y aprobada por el Pleno de la Corte de Constitucionalidad.

9. Normas impugnables

La LAEPyC no indica expresamente las normas susceptibles de ser impugnadas por la vía de la incostitucionalidad en caso concreto, la Corte de Constitucionalidad precisó que la dicción "ley" contenida en el artículo 116 de la citada Ley, debe entenderse como "toda regla, norma, precepto de autoridad pública que manda, prohíbe o permite algo, y todo reglamento, ordenanza, estatuto, decreto o disposición de carácter general".[13]

Jurisprudencialmente la Corte ha venido redondeando la materia de la inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, en cuanto a normas impugnables se ha extendido incluso al ataque de formularios o circulares emitidos por

[13] Sentencia de 28 de noviembre de 1,990. Expediente 276-90.

autoridades administrativas. En sentencia de 20 de julio de 1988 señaló la posibilidad de cuestionar de inconstitucionalidad formularios elaborados para realizar el pago del impuesto sobre circulación de vehículos[14] o estimando positivamente la acción contra el "instructivo" del Departamento de Control de Armas y Municiones (DECAM) 0-36.[15] También ha precisado que la impugnación es contra normas no contra actos, como lo dijo en sentencia de 2 de agosto de 1988: *"La improcedencia es notoria en cuanto la impugnación no se refiere en concreto a ninguna disposición de carácter normativo, sino se pretende una declaración de inconstitucionalidad de un proceso ejecutivo iniciado en contra de la postulante, la que no tuvo en cuenta un presupuesto esencial, como es que en esta clase de inconstitucionalidades lo que se enjuicia es la ley, que es una de las formas para garantizar la supremacía y rigidez de la Constitución, y no está sometido a debate el procedimiento material para su aplicación".*[16] Concretó, asimismo, que la acción debe plantearse contra normas vigentes[17], y que el proceso no haya fenecido.[18] En particular, ha exigido que la ley atacada sea relevante al caso.[19]

10. De las resoluciones y sus efectos

10.1. Técnica para la elaboración de las sentencias de segunda instancia

De conformidad con lo que establece el artículo 27 del Acuerdo 4-89 de la Corte, que contiene, las Disposiciones Reglamentarias y Complementarias de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la sentencia que resuelva el planteamiento en segunda instancia debe abarcar como mínimo los siguientes aspectos:

1o. Identificación del proceso, lugar y fecha;
2o. Identificación de la resolución apelada, tribunal que la dictó, solicitantes o sus representantes y mención de los abogados auxiliantes;
3o. Relación de los antecedentes, indicándose lo siguiente:
    a) Caso concreto en que se plantea;
    b) Ley que se impugna de inconstitucional;
    c) Hechos que motivan la acción, incidente o excepción de inconstitucionalidad;

[14] Expediente 68-88.
[15] Expediente 188-98.
[16] Expediente 183-88.
[17] Expediente 222-87.
[18] Expediente 216-88.
[19] Expediente 222-87.

d) Fundamento jurídico que se invoca para basar la inconstitucionalidad;

4o. Resumen de la parte considerativa y resolutiva de la resolución de primer grado;

5o. Relación del recurso de apelación, haciendo mención de los interponentes y resumen de las alegaciones de las partes en el día de la vista;

6o. Consideraciones de derecho, doctrinas, leyes aplicables y resolución que proceda;

7o. Firma de los Magistrados y del Secretario General de la Corte.

10.2. Efectos del auto o de la sentencia de primer grado y de la sentencia de segunda instancia

10.2.1. Efecto declarativo

El efecto del auto o de la sentencia de primer grado y de la sentencia de segunda instancia es eminentemente declarativo, debido a que no anula la o las normas en cuestión, sino que determina si la aplicación de las mismas resulta o no inconstitucional en un caso concreto.

10.2.1.1. Efecto declarativo estimatorio

Se está frente a este efecto cuando el tribunal acoge la pretensión y declara inaplicable la norma a un proceso determinado por considerar que contraría la Constitución.

10.2.1.2. Efecto declarativo desestimatorio

Concurre este efecto cuando el tribunal desestima la impugnación, por no estar debidamente fundamentada o porque la norma o normas aplicadas al caso concreto son conformes con la Constitución.

10.2.2. Efecto *inter partes*

Significa que los efectos del auto o de las sentencias se agotan en el caso concreto en que fueron dictadas; por tal razón no adquieren efectos erga omnes.

10.2.3. Cosa juzgada *(res iudicata)*

Se produce cosa juzgada únicamente respecto del caso concreto enjuiciado y del proceso en que la acción, la excepción o el incidente fue promovido. Esto significa que en la sustanciación de un proceso no podrá promoverse más

de una vez el enjuiciamiento constitucional de una norma aplicada o invocada; pero sí podrá plantearse respecto de otra que resulte aplicada o invocada en el mismo proceso.

10.2.4. Efecto suspensivo

Este efecto es propio del auto o de la sentencia que se dicte en primera instancia. Conforme lo que establece el artículo 126 LAEPyC, "el proceso se suspenderá desde el momento en que el tribunal de primera instancia dicta el auto que resuelva lo relativo a la inconstitucionalidad, hasta que el mismo cause ejecutoria". Tal circunstancia obedece a la naturaleza prejudicial de este instrumento jurídico, ya que no puede resolverse un proceso en el que se ha alegado la aplicación de una norma violatoria a la Constitución sino hasta que haya sido resuelta la impugnación, en atención al principio de supremacía constitucional.

10.2.5. Efecto creador de jurisprudencia y doctrina legal

Según preceptúa el artículo 43 LAEPyC, la interpretación de normas constitucionales y legales contenida en las sentencias de la Corte sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte.

En el sistema difuso existe el inconveniente de que una declaración de un juez sobre inconstitucionalidad de la misma norma puede ser diferente a la de otro juez en caso distinto, porque el efecto de la procedencia es simplemente declarar su inaplicabilidad pero no queda expulsada del ordenamiento jurídico. El problema queda resuelto no tanto por la vía del *stare decisis*, que no es habitual del sistema del derecho escrito, sino por dos instituciones propias de la ley de la materia: a) porque existe la probabilidad de que los fallos sean apelados y entonces se concentra en la CC la uniformidad interpretativa; y b) por la posibilidad de que llegue a producirse doctrina legal obligatoria acerca del asunto.

B. CONTROL ABSTRACTO Y GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

Uno de los medios jurídicos por los que se asegura la supremacía constitucional es la acción directa de inconstitucionalidad que puede promoverse contra leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, que contengan vicio total o parcial de inconstitucionalidad.

La Corte ha declarado que de conformidad con lo que establece el artículo 267 de la Constitución, el control de constitucionalidad no se limita a la ley *strictu sensu*, como producto de la potestad legislativa del Congreso de la República, sino que comprende también las disposiciones de carácter general que emita el Organismo Ejecutivo, así como las demás reglas que dicten las instituciones públicas, lo que trae aparejada, como consecuencia, la invalidez de las normas y disposiciones emitidas por el Poder Público que contraríen lo dispuesto en la ley fundamental.[20]

1. Sujetos legítimos

1.1. Legitimación Activa

De conformidad con la norma contenida en el artículo 134 LAEPyC, les está conferida legitimación para plantear la inconstitucionalidad general a:

1. La Junta Directiva del Colegio de Abogados, por medio de su Presidente.[21]
2. El Ministerio Publico, por medio del Procurador General de la Nación.[22]

[20] Sentencia de 24 de marzo de 1,992.

[21] En el sistema de la ley anterior se habilitaba al Colegio de Abogados para interponer la inconstitucionalidad por decisión tomada por su asamblea general, requisito que, por lo complejo, indudablemente limitaba la esfera de acción de la entidad.

[22] A raíz de la promulgación de las reformas introducidas a la Constitución en el año 1993, que en un apartado escindieron las competencias asignadas al Ministerio Público y a la Procuraduría General de la Nación -anteriormente unificadas en una sola institución- surgió la controversia respecto de cúal de las dos entidades es a la que le está conferida la legitimación para plantear la acción de inconstitucionalidad general. La Corte de Constitucionalidad, con el objeto de dilucidar aquel conflicto, sentó esta jurisprudencia: "La Ley Orgánica del Ministerio Público incluye dentro de sus funciones la de preservar el Estado de Derecho y el respeto a los Derechos Humanos, facultando al Fiscal General para ejercer por sí mismo o por medio de los órganos de la Institución, las atribuciones que la ley le otorga, entre las que se encuentra la de intervenir en los procesos de inconstitucionalidad y promover todas aquellas acciones que tengan por objeto velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y demás leyes de la materia. En consecuencia, es obvio que la legitimación activa que le confiere la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al Ministerio Público, la debe ejercer por medio de su Jefe que es el Fiscal General de la República." (Expedientes 1,030-96, 1,103-96 y 53-97)

3. El Procurador de los Derechos Humanos -contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia-.
4. Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

1.2. Acción Popular

La Constitución Política de la República y la LAEPyC conceden acción popular para promover la inconstitucionalidad general de leyes, puesto que no exige a los promoventes que acrediten interés jurídico directo en el asunto. De esa manera, el planteamiento se dirige a la defensa de un interés público que es, a la vez, interés simple del accionante.[23]

2. Sujetos del debate

2.1. El accionante, quien formula la tesis que habrá de ser analizada por el Tribunal y sobre la que girará la discusión de constitucionalidad de la ley objetada.

2.2. El Ministerio Público, en su calidad de órgano auxiliar de la administración de justicia.

2.3. Instituciones públicas o privadas, que son llamadas a intervenir y emitir opinión técnica o jurídica sobre la cuestión que se debate. Tal llamamiento atiende la especialización o la relación que cada una de esas instituciones tengan respecto de la materia que se trata en la acción.

En dichos fallos la Corte estimó, además, que: "Conforme el artículo 252 de la Constitución, la Procuraduría General de la Nación no se concibió como institución autónoma, por lo que, a diferencia del Ministerio Público, no puede actuar, en determinados casos de justicia constitucional, por iniciativa propia sino de acuerdo a las instrucciones que reciba del órgano político correspondiente. Esta Corte considera que el Estado, como persona jurídica de derecho público, tiene legitimación activa para promover acciones de inconstitucionalidad por medio del Procurador General de la Nación, con apoyo en lo establecido por el inciso d) del artículo 134 de Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pero para la viabilidad de la acción, dicho funcionario debe acreditar haber sido debidamente instruido por quien corresponda (es decir el ejecutivo)."

Con base en esta estimativa suspendió el trámite de otras acciones de inconstitucionalidad presentadas por el Procurador General de la Nación, en vista de que no acreditó haber sido expresamente instruido por el Presidente de la República para promoverlas.

[23] Puede ser útil citar jurisprudencia de las primeras resoluciones de la CC al respecto. Así, en sentencia de 17 de septiembre de 1986 la Corte asentó: "En la exposición del postulante acerca de una declaración de inconstitucionalidad general, no aparece que él se arrogue la representatividad política de la comunidad para ejercer su acción, pero aun si así fuera, debe destacarse que la actual LAEPC contiene como novedad en este campo la de no exigir a una persona acreditar un interés jurídico en la solicitud, bastándole cumplir el requisito de ser auxiliado por tres abogados colegiados activos. En la ley derogada la legitimación para interponer la inconstitucionalidad estuvo sujeta, en cuanto a las personas individuales o entidades, a la demostración que la situación les afectare directamente, en cambio en el inciso d) del artículo 134 de la Ley vigente no existe dicho requisito, por lo cual se reconoce la llamada acción popular, en cuyo caso está actuando el formulante, por lo que el uso de expresiones sobre que la ley afecta a sectores de la comunidad no es motivo para exigirle demostrar interés jurídico ni título de representación." (EXP 12-85)

2.4. *Amicus Curiae*. Interviene por iniciativa propia, con el propósito de ofrecer información y argumentar en defensa del interés general. Su comparecencia se constriñe a aportar argumentos técnicos o jurídicos que puedan resultar concordes o contrarios a los que expusieron los otros sujetos del debate. Su función se limita a colaborar con el Tribunal en el estudio y resolución de los asuntos sometidos a su jurisdicción. En el caso de Guatemala esta figura ha sido utilizada en reducido número de ocasiones.

Posiblemente haya sido errónea la omisión en las sentencias de incluir el nombre de las personas que se han constituido espontáneamente como *amicus curiae*, con resumen de su exposición, pues ello podría inhibir la mayor participación de juristas en el debate constitucional.

3. Cuestiones formales de acceso al proceso

3.1. Requisitos formales

El planteamiento se formulará directamente ante la Corte de Constitucionalidad, por escrito, debiéndose cumplir para tal efecto con los requisitos de toda primera solicitud (Art. 21 de la LAEPyC y lo aplicable supletoriamente del artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil). Además, deben expresarse en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa cada una de las impugnaciones.[24]

3.2. Omisión de requisitos

La LAEPyC prevé, en el artículo 136, que si al momento de la interposición el accionante incumple con alguno de los requisitos, el tribunal, antes de continuar el trámite de la acción, fijará plazo con el fin de que se subsanen las deficiencias; tal precepto está desarrollado en el artículo 30 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad, que señala que si el interesado no cumple con suplir los requisitos en el término señalado, se procederá en la siguiente forma:

a. Si la omisión fuere de la expresión de los motivos jurídicos que funden la impugnación, la Corte queda facultada para omitir este aspecto en su análisis y en su fallo,

[24] En diversas oportunidades han sido promovidas acciones contra la totalidad de una ley y se ha argumentado únicamente respecto de determinados artículos, lo que ha impedido a la Corte de Constitucionalidad emitir pronunciamiento referente a las normas de las que no se efectuó alegación razonada y clara.

pronunciándose únicamente en cuanto a los demás que sí tengan fundamento debidamente expresado.

b. Si se tratare de algún otro requisito se suspenderá el trámite de la acción.

4. Sistemas o vías de promoción del proceso

Este tipo de impugnación acepta solamente la vía de la acción en única instancia.

5. Aspectos relativos a la tramitación

5.1. Resolución de trámite

La resolución que admita a trámite la inconstitucionalidad debe contener, además de los requisitos generales, la orden de que el Tribunal se integre con dos vocales más, escogidos por sorteo de entre los Magistrados suplentes. Tal disposición atiende lo establecido en los artículos 269 de la Constitución y 150 de la LAEPyC.

5.2. Suspensión Provisional

De acuerdo con lo que establece el artículo 138 de la LAEPyC, es facultad discrecional del Tribunal decidir si suspende la o las normas atacadas, cuando, a su juicio, la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables. Esta suspensión adquiere efecto general y debe publicarse en el Diario Oficial el día siguiente de haberse decretado.

En este aspecto la Corte ha tratado de ser estricta en cuanto que, para suspender provisionalmente una norma impugnada, deben darse de manera inescindible las dos condiciones: a) apariencia notoria de inconstitucionalidad apreciada *in limine* y b) que su aplicación sea generadora de daños irreparables. Un caso que se discutió con vehemencia en los medios de comunicación fue la planteada contra la disposición penal que castigaba el adulterio en las mujeres que, en efecto, aparecía a simple vista como ofensiva al principio de igualdad, pero que no fue suspendida por no haberse apreciado que en ese momento pudiera causar daño irreparable a nadie, como la experiencia lo demostró durante la tramitación del caso, y que culminó con su efectiva estimación y quedó sin vigencia ni valor legal alguno.

Estadísticamente se ha logrado establecer que en la mayoría de los casos la sentencia confirmó la suspensión de la norma, aunque se registran algunos en que, luego del estudio valorativo, la decisión final revocó dicha suspensión.

5.3. Audiencia

En el mismo auto en que se decida o no la suspensión provisional de la norma impugnada, debe conferirse audiencia por quince días comunes al Ministerio Público (cuya intervención es obligatoria en este proceso), así como a distintas entidades, sean de naturaleza pública o privada, que la Corte de Constitucionalidad estime pertinente.

5.4. Vista

El artículo 139 de la Ley de la materia prescribe que transcurrida la audiencia por quince días, hayan o no evacuado las entidades a las que les fue otorgada, de oficio se señalará día y hora para la vista dentro del término de veinte días, la cual será pública si lo pidiere el solicitante o el Ministerio Público. A la vista comparecen únicamente a formular alegatos el accionante y el Ministerio Público.

5.5. Sentencia

De acuerdo con lo que regula el artículo 143 de la LAEPyC el plazo para dictar sentencia es de dos meses, contados a partir de la fecha en que se haya interpuesto la inconstitucionalidad. Se hace la salvedad de que, debido al cúmulo de acciones, tanto de inconstitucionalidad general o en caso concreto y amparos, este plazo resulta difícil de cumplir.

5.6. Recursos

Contra los autos o la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad procede únicamente la interposición de la aclaración o la ampliación.

5.7. Sanciones

Cuando la inconstitucionalidad se declara sin lugar deviene obligatoria la imposición de multa a cada uno de los abogados auxiliantes, cuyo monto ingresa a los fondos privativos de la Corte de Constitucionalidad. También se condena en costas al accionante (solamente cuando se trata de un particular).

Reciente jurisprudencia de la Corte estima que no debe condenarse en costas al interponente de inconstitucionalidad general como consecuencia de la declaratoria de improcedencia, porque no habiendo contienda entre particulares a quienes afecte la promoción injustificada del caso, sino un enjuiciamiento de normas emitidas por el poder público, no se le reconoce a éste legitimación para cobrar aquella carga, puesto que ello implica desigualdad en el proceso, aparte de que podría hallarse alguna contradicción con el artículo 135 inciso b) de la Constitución, que establece como derecho y deber de los ciudadanos "cumplir y velar porque se cumpla la Constitución", circunstancia en la que la interpretación debería inclinarse a favor del accionante para no sancionarlo con las costas. Otra cuestión que se ha suscitado de manera extraprocesal es lo relativo a la multa imponible a los abogados patrocinantes, aunque, por ahora, no existe duda de que en su caso no se multa su actividad profesional como defensa de la Constitución, puesto que este deber lo ejerce el accionante, sino la responsabilidad por la falta de sustentación jurídica de la impugnación.

6. Órgano de control de constitucionalidad

Conforme con lo dispuesto en el artículo 133 de la LAEPyC, la inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio total o parcial de inconstitucionalidad deben plantearse directamente ante la Corte de Constitucionalidad. Esto significa que es únicamente a este Tribunal al que compete conocer y resolver esos procesos.

La distribución interna de los casos y el procedimiento establecido para su tramitación es idéntico al que se describió en los asuntos de inconstitucionalidad de ley en caso concreto.

7. Normas impugnables

7.1 Naturaleza

Son impugnables por esta vía, como se dijo, la ley como producto de la potestad legislativa atribuida al Congreso de la República, y también las disposiciones de carácter general que emitan los Organismos Ejecutivo y Judicial, así como las demás reglas que dicten las instituciones públicas, lo que trae aparejada, como consecuencia, la invalidez de las normas y disposiciones emitidas por el Poder Público que contraríen lo dispuesto en la ley fundamental. (Artículo 267 de la Constitución Política de la República)

Dentro de éstas es viable incluir aquellas contenidas en Convenios o Tratados aceptados y ratificados por Guatemala, cuyas disposiciones podrían declararse inconstitucionales de ser el caso; y, como consecuencia dejarían de surtir efectos por ese motivo.[25]

7.2 Elementos objetivos de la inconstitucionalidad

7.2.1. Vigencia de la ley impugnada

Para que el Tribunal se pronuncie respecto de la constitucionalidad de la ley impugnada, se precisa que la misma se encuentre integrada en el ordenamiento jurídico vigente. En los casos en que durante el trámite de una acción se deroga expresamente la norma impugnada, el Tribunal desestima el planteamiento por carencia de materia sobre la cual resolver. Cuando la derogatoria ha sido tácita, el Tribunal efectúa el examen pertinente para constatar tal extremo y, de resultar cierto, declara también la improcedencia de la acción.

7.2.2. Generalidad de la ley impugnada

Este elemento implica que la ley impugnada debe poseer la característica de ser general, es decir, que su contenido material afecta a toda la población o a alguna porción de la misma.

7.2.3. Control de normas y no de actos

Mediante el procedimiento de inconstitucionalidad general pueden atacarse únicamente normas, mas no actos de autoridad.

7.3. Leyes preconstitucionales

La Corte ha estimado que si la norma promulgada en fecha anterior a aquella en la que entró en vigencia la actual Constitución colisiona con ese texto fundamental opera la derogatoria por tal motivo. A este fenómeno se le ha denominado "inconstitucionalidad sobrevenida", y como muestra se cita la declaración referente a la inconstitucionalidad del artículo 16 de la Ley de lo Contencioso Administrativo que recogía el principio *Solve et repete* (pague y

[25] Expedientes 280-90 y 199-95. Sentencias de 19 de octubre de 1990 y 18 de mayo de 1995, respectivamente.

después discuta).[26] Lo anterior significa que, en aplicación del principio de supremacía constitucional, las leyes emitidas con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución no están excluidas, por ese hecho, del examen o revisión en la jurisdicción constitucional.

7.4. Control de constitucionalidad de una ley cuando se encuentra en la fase de *Vacatio Legis*

Este tipo de control no se encuentra previsto en la legislación, ya que opera *a posteriori*, es decir, cuando la norma objetada ha adquirido vigencia y está produciendo efectos. Esta tesis fue sostenida por la Corte de Constitucionalidad en la acciones de inconstitucionalidad promovidas contra el Código Procesal Penal y el Código de la Niñez y la Juventud, cuando éstos aún no habían cobrado vigencia.

7.5. Plazo para la impugnación

La LAEPyC no establece ningún límite temporal para ejercer la acción de inconstitucionalidad.

8. Resoluciones y sus efectos

8.1. Naturaleza

La sentencia que emite la Corte de Constitucionalidad, respecto de la acción de inconstitucionalidad, tiene carácter constitutivo y expresa la facultad implícita, otorgada a este Tribunal, de ser legislador negativo; esto porque le corresponde la atribución de expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas que no sean conformes con el texto constitucional.

8.2. Forma de la sentencia

La forma de la sentencia que se dicte en materia de inconstitucionalidad general de leyes está regulada en el Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad. Se establece que dicha sentencia debe contener como mínimo:

1. La identificación del proceso, la designación de los integrantes del Tribunal, el lugar y fecha;

[26] Expediente 23-87. Gaceta 4. Sentencia de 1 de abril de 1987.

2. Identificación de los solicitantes, con sus nombres y apellidos, así como de las personas que los representen; su domicilio y nombres y apellidos de los abogados que los auxilian;

3. Leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que se impugnen, así como los fundamentos jurídicos de las impugnaciones;

4. Resumen del trámite de la inconstitucionalidad, especificando:

    a) Si se decretó o no la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general;

    b) Autoridades o entidades a quienes se les dio audiencia;

    c) Resumen de las alegaciones de las partes;

5. Doctrinas y consideraciones de Derecho, leyes aplicables y la resolución que proceda;

6. Firmas y nombres de los Magistrados y del Secretario General de la Corte de Constitucionalidad.[27]

8.3. Deliberación y votación

La sentencia puede dictarse con el acuerdo de la mitad más uno de los Magistrados que conocen (mayoría absoluta), pudiendo razonar su voto los disidentes.

8.4 Efectos en el ordenamiento jurídico

La Corte de Constitucionalidad es el único Tribunal al que la ley le atribuye función de "legislador negativo", al asignársele la facultad de dejar sin vigencia una norma de carácter general por vía de la inconstitucionalidad. Esto significa que la sentencia que se dicte conlleva un efecto constitutivo que se traduce en la nulidad plena de la norma declarada inconstitucional, lo que implica que:

[27] Probablemente la práctica que han mantenido los tribunales constitucionales colegiados de omitir el nombre del magistrado ponente no haya estimulado mayor desarrollo doctrinal en las sentencias.

a. La norma deja de surtir efectos *erga omnes* a partir del día en que se publica la sentencia en el Diario Oficial, es decir, que sus efectos se reflejan hacia el futuro *(ex nunc)*, o se retrotraen a la fecha en que fue publicada la suspensión provisional de la norma con motivo de la acción que se ha resuelto *(ex tunc)*. (Artículos 133 y 134 LAEPC).

b. La sentencia estimatoria adquiere efectos de cosa juzgada, tanto formal (porque no es susceptible de impugnación por ningún recurso, salvo el caso de la aclaración o de la ampliación) como material (puesto que expele totalmente, del ordenamiento jurídico vigente, la norma atacada). En el caso de que el resultado sea desestimatorio no impide que la acción pueda replantearse aún cuando sea por los mismos motivos.

8.5. Principios que rigen la actividad de la Corte de Constitucionalidad al emitir sus fallos

8.5.1. Principio democrático

Impone respeto a la actividad legislativa del Congreso de la República, por ser el organismo estatal autorizado para decidir la política de aquella índole que el poder constituyente dejó prevista. Ello implica que la declaratoria de inconstitucionalidad procede solamente cuando se hace evidente la contradicción de la norma con la Constitución.

En cuanto al tratamiento de las cuestiones de alto voltaje político que se plantean ante los tribunales constitucionales, se producen reacciones en el mundo de la sociedad civil y de los partidos políticos que tienden a acreditar o a descalificar las resoluciones, más bien conforme criterios de conveniencia o posición que por su análisis eminentemente jurídico. A pesar de casi una década y medio de ejercicio de la jurisdicción constitucional persiste la actitud de comentaristas de las cuestiones nacionales de evaluar los fallos según la propia preferencia ideológica del autor o la condición socioeconómica de los grupos, fundados en su muy respetable esquema de valores, pero ajenos a la estricta metodología de la interpretación jurídica. Esta realidad condujo a uno de los presidentes de la Corte a decir que *"el debate de esos temas demuestra el equilibrio de la balanza que tenemos en*

nuestras manos, porque una misma resolución acerca de un asunto ha sido y será atacada por unos y elogiada por otros, sin que, desde luego, sea la popularidad, sino el derecho lo que motiva las sentencias del tribunal". Cabalmente por estas razones otro de los presidentes advirtió: *"¿a quién escapa que los asuntos tratados por el Tribunal Constitucional son de un fuerte contenido político, resueltos mediante los instrumentos y reglas que proporciona el derecho? (...) Los fallos si tienen, pues, fuertes ingredientes políticos, no son fórmulas jurídicas absolutamente neutras, pero deben ser asépticos a tendencias ideológicas, sesgos partidistas y manipulaciones de cualquier tipo".*

Indudablemente será de mucho valor cambiar impresiones con los tribunales constitucionales participantes en la Conferencia acerca de esa relatividad de los comentarios de corrientes de opinión pública (que unas apoyan y otras censuran la misma decisión), pero que no han sido adecuadamente orientadas respecto de principios fundamentales de los jueces, quienes deben automoderar sus propias creencias políticas para decidir únicamente con base en su formación jurídica, recordando que no pueden ni deben constituirse en "gobierno de los jueces", responsabilidad que les veda juzgar del mérito intrínseco de las leyes en cuanto éstas reflejen la potestad eminentemente política de otros órganos del Estado.

8.5.2. Principio *indubio pro legislatoris*

De acuerdo con este principio, al no existir base suficiente para declarar inconstitucional una norma, debe respetarse la decisión del Congreso de la República. Y es que si no se hace evidente la contradicción denunciada, conviene conservar el acto político que la norma representa; como consecuencia, no puede ni debe sustituirse el criterio del legislador a cambio de la conveniencia o inconveniencia de la disposición atacada.

8.6. Contenido de la denuncia de inconstitucionalidad

Al control constitucional por la vía que ahora se examina, pueden someterse tanto las leyes por su contenido (vicio material), como los actos legislativos que contravengan el procedimiento *interna corporis* de formación de la ley (vicio formal).

8.7. Aspectos internos de la sentencia

Al plantearse asuntos que conllevan temas de especial temperamento y emotividad (tal el caso del aborto, pena de muerte, regulación de tributos, intervencionismo del Estado en actividades de carácter privado y otros), se genera dificultad para que el Tribunal Constitucional arribe a una solución jurídica que satisfaga a la totalidad de sectores o personas particulares. En estos casos el fallo debe ser influenciado por la experiencia, la lógica, la formación cultural, el carácter individual y el temperamento de quienes integran el Tribunal.

La sentencia, en el aspecto de la inconstitucionalidad de leyes, no siempre es terminante como sucede con la que resuelve casos de rango ordinario. Esto porque el Tribunal Constitucional, al declarar procedente la expulsión de una norma por ser contraria al texto de la Constitución, puede provocar lagunas en el ordenamiento jurídico vigente. En estos casos se aconseja emitir (y así lo ha hecho la Corte de Constitucionalidad) sentencias interpretativas o, como las denomina la doctrina española, manipulativas, es decir, sentencias que sugieren la manera en que habrá de regularse una determinada situación.[28]

La Corte de Constitucionalidad ha afirmado que la tarea interpretativa de la Constitución no debe hacerse en forma aislada sino conforme a todas las demás normas constitucionales y sus múltiples interacciones, de acuerdo al principio de utilidad de la Constitución, es decir en forma sistemática e integral. Que las normas de la Constitución deben tenerse como un conjunto armónico en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes. Que ninguna disposición debe considerarse aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional, buscando la solución interpretativa que maximice la eficacia de las normas constitucionales para que en caso de concurso de normas se produzca una ponderación de los bienes, intereses y valores de tal modo que todos ellos, por gozar de reconocimiento constitucional, conserven su armonía sistemática, procurando la realización de todos esos bienes, intereses y valores sin sacrificar unos en beneficio de otros.[29]

---

[28] La CC estimó al respecto: "La doctrina al referirse a las llamadas sentencias interpretativas explica que las mismas se producen cuando la declaratoria de inconstitucionalidad podría provocar un vacío o una laguna legal con daño a otros derechos, valores y principios que la Constitución también está llamada a preservar" (Sentencia 26 mayo 1988, EXP 25-88) "La perspectiva señalada parece radicalmente contradictoria, porque el enjuiciamiento pretende la nulidad por derogatoria de toda la disposición, con la cual, dentro de la inconstitucionalidad, debería incluirse aquellos aspectos que no tienen semejante tacha. La doctrina y la jurisprudencia en otros sistemas han permitido salvar estas lagunas por medio de las llamadas sentencias interpretativas. En el caso presente, la declaratoria de la inconstitucionalidad debe limitarse a aquellas palabras insertas cuya eliminación permite mantener el espíritu de la Ley" (Sentencia 30 diciembre 1988, EXP 289-88).

[29] Expediente 848-95. Gaceta 39, Sentencia de 20 de febrero de 1996.

8.8. Publicidad de las sentencias

Son cuatro las formas de hacer públicas las sentencias en materia de inconstitucionalidad de leyes:

1. Mediante su publicación en el Diario Oficial. Esta forma es de obligado cumplimiento cuando la sentencia declara con lugar alguna acción de inconstitucionalidad (Art. 146 LAEPC). La Corte de Constitucionalidad ha dispuesto la publicación de fallos desestimatorios cuando anteriormente había sido decretada la suspensión provisional de las normas impugnadas; ello permite hacer del conocimiento público que aquella suspensión ha quedado sin efecto y, como consecuencia, las normas han recobrado vigencia y validez.

2. Por escrito, en la Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad. De esa manera se cumple la obligación que prevé el artículo 163 literal g) de la LAEPyC, de que se compile trimestralmente la doctrina y los principios que la Corte de Constitucionalidad vaya sentando con motivo de las sentencias que dicte en materia de inconstitucionalidad de leyes. Cabe hacer mención que la Corte ha mejorado este sistema mediante la producción de discos compactos que recogen, a la presente fecha, el contenido íntegro de cincuenta y tres Gacetas Jurisprudenciales.

3. La publicación que se hace, de manera excepcional y a requerimiento de la prensa nacional, de aquellos fallos que hayan estimado o desestimado la denuncia de inconstitucionalidad y que revisten importancia a nivel nacional.

   A pesar que el tribunal entrega fotocopia de las resoluciones la experiencia demuestra que la prensa cotidiana no transcribe lo conducente del razonamiento jurídico, bastándole por lo general con la publicación de la parte resolutiva. Incluso los titulares algunas veces no condicen con la parte decisoria. Sin embargo, la CC ha preferido no hacer ningún tipo de aclaración o rectificación, puesto que estima que en algo la parcializa polemizando de alguna manera acerca de sus resoluciones. Es posible que organizaciones de la sociedad civil interesadas en promover el desarrollo cívico y la educación para la democracia pudiesen acoger la iniciativa de formar comunicadores especializados en la fuente judicial.

4. Repertorios Jurisprudenciales (Anuarios), cuyo extracto y clasificación se contrata por la Corte con abogados externos.

5. La publicación de fallos estimados trascendentes que se hace en folletos del Tribunal.

   Estos folletos se publican sin comentario o adición alguna e incluyen, cuando los hay, los votos disidentes. Estos años de desarrollo de la jurisdicción constitucional, no obstante la apertura a discusión de diversos temas de interés nacional, no acusan aún mayor discusión académica y comentarios críticos de las resoluciones de la justicia constitucional, aunque se confía que progrese el interés de las universidades y colegios profesionales por su análisis y cuestionamiento. El problema real de esta apatía es que se deja la discusión del tema en manos profanas que las tocan, en buena medida, de manera muy superficial y, algunas veces, irresponsablemente.

C. OPINIONES CONSULTIVAS. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

La opinión consultiva constituye un medio preventivo de control constitucional, por medio del cual, a solicitud de sujeto legitimado, la Corte de Constitucionalidad se anticipa a conocer y decidir si una ley adolece o no de vicio total o parcial de inconstitucionalidad.

1. Sujetos legítimos

De conformidad con lo que establece el artículo 171 de la LAEPyC pueden solicitar la opinión de la Corte:

1. El Congreso de la República.
2. El Presidente de la República.
3. La Corte Suprema de Justicia.

2. Requisitos de la solicitud

2.1. De forma

La opinión debe solicitarse por escrito, observando, en lo posible,

los requisitos de toda primera solicitud. Es importante referir que la Corte de Constitucionalidad estimó que *"...restaría la responsabilidad que tiene encomendada (la Corte) si ... eludiera por simples cuestiones formales..."* la facultad de emitir opiniones consultivas.[30]

2.2. De fondo

La Corte ha sostenido el criterio de que la solicitud de opinión consultiva *"...debe formularse en términos precisos, expresar las razones que motivan dicha opinión y contener las preguntas específicas que se someten a consideración..."*[31]. Deben acompañarse, además, los documentos que coadyuven a la solución de la cuestión sometida a su consideración.

3. Sujetos que intervienen en la opinión consultiva

Interviene únicamente el Organismo que formula el planteamiento, de esa cuenta, no existe la figura de terceros.

4. Formalidades de la solicitud

4.1. Requisitos formales y maneras de subsanar deficiencias en el planteamiento

La solicitud debe cumplir los requisitos señalados en el numeral 2.1. Si se incurre en deficiencia de los mismos, el Tribunal fija plazo para que sean subsanados.

4.2. Motivación jurídica

Para el adecuado análisis, la solicitud debe formularse debidamente fundamentada y con términos y preguntas precisas.

5. Suspensión provisional

En la legislación guatemalteca no opera la suspensión provisional de la norma cuestionada.

[30] Sentencia de 16 de noviembre de 1,989. Expediente 212-89.
[31] Expediente 213-96. Gaceta 39.

6. Impugnación de la opinión

La legislación guatemalteca no regula impugnación en esa materia.

7. Plazo para emitir la opinión

De conformidad con lo normado en el artículo 174 de la LAEPyC, la Corte de Constitucionalidad debe emitir opinión dentro de los sesenta días siguientes de haberse formulado la solicitud.

8. Órgano que conoce las solicitudes de opinión consultiva

Compete única y exclusivamente a la Corte de Constitucionalidad conocer y opinar en este tipo de planteamientos.

9. Normas objeto de opinión consultiva

Puede solicitarse la opinión respecto de:

a. Las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad;
b. Los tratados y convenios de carácter internacional, así como los proyectos de ley;
c. Cualquier otro asunto de la competencia de la Corte de Constitucionalidad.

10. Consideraciones de la corte

La Corte deberá emitir opinión en forma clara y precisa, razonando suficientemente sus conclusiones y su apoyo jurídico y doctrinario (Artículo 175 LAEPyC).

11. La soleminidad en el pronunciamiento

Las opiniones deben pronunciarse en audiencia pública solemne, citando, para el efecto, al Organismo consultante, así como a cualesquiera otras personas que el Tribunal estime pertinente (Artículo 176 LAEPyC).

Por no tener las opiniones consultivas carácter vinculante la Ley de la materia estableció los rituales de su pronunciamiento de manera solemne, para que orienten la ética de los poderes públicos que deban atenerse a sus enunciados.

12. Publicación en el Diario Oficial

Las opiniones de la Corte serán publicadas en el Diario Oficial dentro del tercero día de su pronunciamiento (Artículo 177 LAEPyC).

D. DICTÁMENES

1. Naturaleza

Contrario a lo que sucede con los dictámenes de tipo facultativo u obligatorio regulados profusamente en la legislación guatemalteca, especialmente en el campo de derecho administrativo, es reducido el número de casos en que la ley establece que deben emitirse dictámenes con carácter vinculante. Uno de esos casos se encuentra previsto en el artículo 175 de la CPR, según el cual "Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen **favorable** de la Corte de Constitucionalidad". (El resaltado no aparece en el texto original)

Otros dictámenes del mismo orden y cuya competencia de emisión está asignada a la CC se encuentran contemplados en los artículos 163 inciso h) y 194 de la LAEPC. El primero, que se refiere a la opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes que haya vetado el Ejecutivo alegando esa deficiencia. El segundo, que concorda con el establecido en el artículo 175 íbid, se refiere al que debe emitirse cuando se pretenda introducir reformas a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (de rango constitucional).

2. Organismo obligado a solicitar dictamen

Por la materia que le es inherente a esta competencia de la CC, el único Organismo del Estado al que le está asignada obligación de solicitar dictamen respecto de los casos reseñados en el apartado que antecede, es el Congreso de la República.

3. Organismo que interviene en la tramitación

Por efecto de lo dicho anteriormente, el único Organismo que interviene en la tramitación del dictamen, solicitándolo, es el Congreso de la República.

4. Órgano legitimado para ejercer control

Corresponde con exclusividad a la Corte de Constitucionalidad la competencia para emitir dictamen respecto de las materias tratadas.

5. Normas sobre las que puede versar el dictamen

El dictamen versará respecto de:

a. Normas de rango constitucional (Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; Ley de Emisión del Pensamiento; Ley Electoral y de Partidos Políticos; Ley de Orden Público) -Artículos 175 de la CPR y 194 de la LAEPC-.

b. Normas que hayan sido vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad de las mismas (Artículo 163 inciso h) de la LAEPC).

6. Aspectos formales y de fondo que deben observarse

6.1. Requisitos formales de admisión

La CPR y la LAEPC no establecen de manera expresa los requisitos formales que deben observarse al solicitar dictamen.

Se acota, sin embargo, que la CC, en un caso que fue sometido a su conocimiento, señaló como requisito que debe cumplirse previo a emitir dictamen, el que el Proyecto de Ley haya sido discutido en tres sesiones y que se haya tenido por suficientemente discutido, a tenor de lo que preceptúa el artículo 176 de la CPR; además, a la solicitud debe acompañarse certificación del acta de la sesión correspondiente.[32]

6.2. Motivación jurídica

Por la naturaleza de estos planteamientos, no se hace necesario razonarlos ni justificarlos. La obligación del Congreso de la República se constriñe a remitir el Proyecto de Ley y su correspondiente exposición de motivos, si la hubiere.

6.3. Auxilio profesional

El Congreso de la República no está obligado a contar con auxilio profesional para efectuar el planteamiento, pues éste se estima un acto administrativo de remisión del Proyecto de Ley, por medio de comunicación oficial, para que sea conocido en sus apartados pertinentes por la CC.

7. Sistemas o vías de promoción del dictamen

7.1. Naturaleza

La solicitud de dictamen se tramita por vía administrativa; por tal razón, no existen otras vías de promoción como la acción, excepción o el incidente para el mismo.

[32] Dictamen de 5 de enero de 1995. Expediente 694-94.

7.2. Etapas procedimentales

Cumplidos los requisitos exigidos, la CC conoce el planteamiento y lo contesta. La única tramitación que se le da a la solicitud es interna, de traslados hacia el Pleno del Tribunal, por lo que no existen audiencias, debates ni vistas.

7.3. Plazos

La LAEPC no regula plazo ni para presentar la solicitud ni para contestarla.

7.4. Impugnación

Contra el dictamen que emita la Corte no cabe ningún recurso, salvo las solicitudes de aclaración y ampliación que pudiera formular el Congreso de la República.

8. Efectos del dictamen

8.1. Naturaleza

Los dictámenes que emite la Corte de Constitucionalidad constituyen opiniones de carácter estrictamente vinculante que obligan al legislador, por virtud de lo dispuesto en los citados artículos 175 de la CPR y 163 inciso h) y 194 de la LAEPC; además, por lo establecido en el artículo 185 de esta última Ley. De esa cuenta, si el dictamen produce un resultado desfavorable, no puede realizarse la reforma legal pretendida; por el contrario, si es favorable la reforma puede introducirse, observando a plenitud, eso sí, el sentido del dictamen pronunciado.

8.2. Votación de la CC

El dictamen debe aprobarse con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Magistrados que integran el Pleno de la CC, es decir, la mitad más uno.

Debe hacerse mención, sin embargo, que un caso fue aprobado positivamente por dos de los cinco Magistrados integrantes. En esa ocasión los disidentes razonaron su voto, uno de manera parcial y dos totalmente.[33]

[33] Dictamen de 25 de mayo de 1990. Expediente 112-90.

8.3. Efecto *ex nunc* del dictamen

El efecto del dictamen se proyecta hacia el futuro según su sentido favorable o desfavorable, porque rige en la aprobación o desaprobación del Proyecto de Ley de que se trata.

8.4. Dictámenes interpretativos

La Corte de Constitucionalidad, aplicando su función esencial de defensa del orden constitucional, ha realizado en cada uno de los dictámenes que ha pronunciado a la fecha una labor que no solamente conlleva el aval o no de una posible reforma a determinada ley o norma, sino que ha incorporado, además, investigaciones de diversa índole respecto del tema que ha sido sometido a su conocimiento.

9. PUBLICIDAD DEL DICTAMEN

a) Por notificación al Congreso de la República;

b) Por medio de su publicación en la Gaceta Jurisprudencial;

-III-
DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

A. DERECHOS HUMANOS CLASICOS

Es en la jurisdicción constitucional de amparo en la que más se ha postulado la defensa de los derechos individuales y políticos, y, por esto, la creación jurisprudencial en la materia es más diversa. No obstante ello, instada la protección por vía de la acción de inconstitucionalidad o requerido el criterio valorativo de la Corte por medio de sus facultades consultivas también se hallan tales enfoques, de los cuales la ponencia destaca algunos producidos en asuntos que suscitaron alguna controversia política en el país.

1. Derecho a la vida

En el examen de casos se advirtió que este derecho ha sido invocado de manera general y abstracta; valga decir, a manera de ejemplo, cuando se afirma que ha sido contravenido como consecuencia de la promulgación de un impuesto que resulta oneroso, lo que minimiza condiciones aceptables de vida.

Un caso en que fue invocado directamente ocurrió en la acción en que se denunció la inconstitucionalidad de la norma que reformó el artículo 201 del Código Penal, por medio de la cual se amplió la pena, de cincuenta años de prisión a pena de muerte, contra los autores del delito de secuestro.

Los accionantes sostuvieron que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) dispone que en los países en los que no se ha abolido la pena de muerte, su aplicación no se extendería a delitos a

los que esta pena no se aplicaba antes de entrar en vigor el Pacto. Siendo que en el artículo impugnado se extendió la pena de muerte a supuestos jurídicos contenidos en el delito de secuestro, que no se encontraban contemplados en la norma penal antes de la suscripción del Pacto, se vulneraron los artículos 1o., 3o. y 18 de la Constitución que regulan los casos en los que la pena de muerte no se puede aplicar; y 44 de la misma que consagra el principio de incorporar al derecho interno guatemalteco, derechos y garantías inherentes a la persona humana, asimismo, se denunció violación de los artículo 4o., inciso 2) de la citada Convención; ya que conforme el artículo 46 de la Constitución, la Convención se transforma en norma jurídica interna de rango constitucional, por lo que es jerárquicamente superior.

La Corte desestimó la acción con fundamento en que:

> *"Lo que el artículo 18 de la Constitución consagra son los supuestos, ya sea atendiendo al género, la edad o el delito, en los que no se puede aplicar la pena de muerte, dentro de los que no se encuentra el delito de secuestro; es decir, la norma constitucional no contiene una norma prohibitiva de la extensión de la pena de muerte que esté siendo vulnerada por la extensión que hace el artículo impugnado."*, y concluyó que: *"No se vulnera el artículo 46 constitucional porque esta disposición establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre del derecho interno. Es decir que en presencia de un eventual conflicto ente normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos, prevalecerían estos últimos, los que no son parámetro de constitucionalidad."*[34]

2. Derecho de igualdad

a. Son muy variados los campos en que se denuncia violación al derecho de igualdad. En este punto se analizan dos denuncias y los correspondientes fallos, referentes a igualdad por razón de género.

En la primera acción fueron impugnados varios artículos del Código Civil que regulan el régimen jurídico del matrimonio. Las normas atacadas regulan distintas edades para contraer matrimonio, dependiendo de si el individuo es hombre o mujer; el impedimiento de la mujer para contraer matrimonio dentro de un plazo señalado por la ley después del divorcio o el cese de la unión de hecho; la disposición de que la representación conyugal la

[34] Expediente 334-95. Gaceta 39, página 50.

tiene el marido; la que regula que el hombre debe protección a su mujer; la sujeción de la mujer para que no desempeñe un trabajo o de que el marido se oponga a ello; el derecho del marido de administrar los bienes del patrimonio conyugal.

La Corte desestimó la totalidad de los planteamientos, sosteniendo las siguientes tesis:

1. La diferencia de edad para que un menor pueda contraer matrimonio no implica discriminación, pues la ley establece la edad mínima en que considera que, por sus propias características, tanto el hombre como la mujer, se encuentran en igualdad de aptitud para contraer matrimonio, entendida ésta como la capacidad fisiológica, biológica-sexual, hormonal y psíquica en tanto se es mujer o varón. La ley puede variar esa edad, pero en cualquier circunstancia tiene una base científica que debe ser determinada.

2. La imposibilidad para que la mujer contraiga nuevo matrimonio antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior, o de la unión de hecho, o desde que se declare nulo el matrimonio, es una excepción que pretende proteger la filiación del hijo por nacer y constituye una disposición legal en cumplimiento de una norma superior que protege a los menores y a la familia.

3. Que la ley encomiende la representación conyugal a uno de los consortes (el hombre), responde a razones de certeza y seguridad jurídicas que evitan controversias innecesarias en concordancia con lo que dispone el artículo 47 de la Constitución que manda al Estado organizar la familia sobre la base legal del matrimonio. El matrimonio, además, al organizarse por medio de la ley, establece los principios y normas que lo rigen, las cuales los contrayentes aceptan libre y expresamente al dar su consentimiento para contraerlo y realizar sus fines.

4. La disposición que obliga al hombre a dar protección y asistencia a la mujer, suministrándole todo lo necesario para el sostenimiento del hogar no es inconstitucional, porque siendo cada uno de los cónyuges parte de una

unidad institucional denominada matrimonio, en que ambos tienen obligaciones y derechos que se derivan del mismo, entre ellos la obligación que tienen del sostenimiento del hogar, que según la ley es del marido, no excluye a la mujer de su deber de sostenimiento, porque a ésta también le compete, conforme lo que preceptúa el artículo 128 del Código Civil, orientado a la protección de los hijos. En todo caso, la norma regula el derecho de la mujer de exigir el sostenimiento del hogar al marido, y la protección que éste le debe es en función de la existencia de un hogar constituido.

5. No es inconstitucional que se contemple en la ley la posibilidad de que el hombre se oponga a que la mujer se dedique al ejercicio de una profesión, industria, oficio o comercio, puesto que no implica prohibición absoluta para que la mujer desempeñe un trabajo. Tal precepto conlleva que no se perjudiquen el interés y cuidado de los hijos o las demás atenciones del hogar que, conforme la ley, competen a la mujer como esposa o madre. Además, no basta la oposición del marido, sino que se requiere el acuerdo de los cónyuges y sólo en caso de desaveniencia se puede someter a consideración de juez competente.[35]

En la segunda acción fueron denunciados los artículos 232, 233, 234 y 235 del Código Penal, que tipificaban los delitos de adulterio y concubinato.

Se denunció que las normas atacadas vulneraban el derecho a la igualdad del género femenino, al tipificar y penalizar en forma distinta para hombres y mujeres casados la conducta de infidelidad conyugal, ya que se imponían penas más severas y se contemplaban circunstancias agravantes en caso de que el sujeto activo del delito fuera una mujer casada; en el caso de que el autor fuera el cónyuge varón no se contemplaban agravantes. Las normas impugnadas regulaban como sujeto activo del delito de adulterio a la mujer casada y no al varón casado. Asimismo, en el régimen de la acción, el perdón por el delito de adulterio se concedía únicamente al varón.

La Corte de Constitucionalidad acogió la pretensión expresando que:

"El derecho de igualdad tiene reconocimiento como valor supremo en la Constitución. Las normas atacadas, tratan en forma discriminatoria a

[35] Expediente 84-92. Gaceta 29, página 29.

la mujer casada por su sexo, pues la concurrencia de los mismo hechos en iguales condiciones o circunstancias, si los comete el varón casado, no tipifican delito de adulterio, teniendo el género una relación directa o inequívoca con el delito; la conducta infiel de la mujer casada es la que configura el adulterio, no así idéntica conducta observada en el hombre casado, situación que no encuentra su ubicación ni justificación dentro de los delitos contra el orden jurídico familiar, contra el estado civil, pues si éstos fuesen los valores protegidos, habría sancionado la infidelidad en igualdad de condiciones para ambos cónyuges.". "La conservación de los artículos impugnados no sólo harían nugatorio el mandato constitucional de erradicar la desigualdad, al quedar virtualmente vacíos de contenido y sin cumplimiento los convenios internacionales ratificados por Guatemala en esta materia, según el artículo 46 de la Constitución."[36]

b. Por medio de incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto fue objetada la norma contenida en el artículo 243 del Código Procesal Civil y Mercantil, específicamente en el texto que establece que:

"Para que se conceda el recurso de apelación (en los juicios sumarios que tratan el arrendamiento y el desahucio), el arrendatario apelante debe acompañar a su solicitud el documento que compruebe el pago corriente de los alquileres o haber consignado la renta dentro del juicio."

Se argumentó en el incidente, promovido por el arrendatario (demandado en el caso concreto), que, con base en el citado texto, el Juez de la causa había rechazado la apelación interpuesta contra la resolución que declaró sin lugar la excepción previa de demanda defectuosa opuesta en el sumario respectivo. A criterio del alegante, la norma de marras genera un plano de desigualdad, que contraría lo establecido en el artículo 4o. de la Constitución (precepto que reconoce el derecho de igualdad), puesto que impone condición a la admisibilidad del recurso solamente a una de las partes en el litigio, mientras que la otra no encuentra obstaculizado de ningún modo el uso del aludido medio de defensa.

En los primeros planteamientos hechos ante la Corte no se acogió la denuncia de violación al principio de igualdad señalado en el citado artículo del Código Procesal Civil y Mercantil, razonándose:

"Dicho principio impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma, pero para que rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que

[36] Expediente 936-95. Gaceta 39, página 38.

situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Ello se confirma al observar que si se diera el mismo tratamiento a situaciones distintas, podría violentarse otra de las garantías que recoge la Constitución: la Justicia. La disposición legal que se estudia da un tratamiento distinto al arrendatario, al exigirle el requisito de estar al día en el pago de las rentas para poder interponer el recurso de apelación. Se observa que esta norma rige en los juicios sobre arrendamiento y está específicamente referida al arrendatario, siendo entonces que se aplica en un proceso en el que las partes se encuentran en situaciones desiguales, máxime si se está pidiendo la entrega o desahucio, existiendo una diferencia de especial relevancia para este análisis: el arrendante no puede disponer del bien arrendado hasta que no se defina la discusión en el juicio, permaneciendo aquél mientras tanto en poder del arrendatario. Dado que la apelación da paso a una nueva fase de conocimento que obviamente prolonga el juicio, la Ley exige que si es el arrendatario quien apela, éste demuestre el cumplimiento de la principal obligación que el arrendamiento le impone como contrapartida a la posesión del bien: el pago de la renta, facultándole aun para hacer el pago mediante consignación en el proceso. Esta exigencia se entiende como una medida para compensar las distintas posiciones de las partes, por lo que a juicio de esta Corte, frente a tales situaciones de los sujetos procesales, el tratamiento distinto que introduce la norma objetada se justifica, no está individualizado y por ende es objetivo y razonable, resultando ser una forma de concretar el principio de igualdad y no de conculcarlo".[37]

En giro jurisprudencial perfectamente admisible en la ley respectiva, acogiendo la tesis expuesta, la Corte de Constitucionalidad declaró con lugar la pretensión y, como consecuencia, declaró inconstitucional la aplicación de la norma al caso concreto.[38]

En incidente posterior, de la misma naturaleza, en que se impugnó aquel apartado del artículo 243 ibid por los mismos motivos, la Corte de Constitucionalidad, al conocer en alzada el respectivo auto, retornó a la jurisprudencia asentada con antelación, exponiendo tesis que declaró la conformidad del precepto con el texto de la Constitución, razón por la cual desestimó la pretensión aducida y, como consecuencia, declaró sin lugar el incidente promovido. Argumentó para ello que:

"...la diferencia de tratamiento procesal que la ley aplica a las partes deriva de la naturaleza de la contienda (la sumaria por razón de

[37] Sentencia de 12 de julio de 1988 dictada en el expediente 120-88.

[38] Se cita como ejemplo lo decidido en sentencia de 21 de diciembre de 1994 dictada en el expediente 350-94 (Gaceta 34, página 23), puesto que, como se verá en la muestra estadística, la impugnación del citado artículo 243 del Código Procesal Civil y Mercantil se ha repetido en reiteradas ocasiones.

arrendamiento y desahucio), *ya que ésta se entabla por incumplimiento contractual de una o más de las obligaciones a las que se obligaron en la relación de arrendamiento, imputada por una de las partes a la otra. En los casos en que ésta última radica en la falta de pago de rentas es obvio que, de ser así, ocasiona al arrendante un perjuicio económico que, por el contrario, favorece indebidamente al arrendatario, desigualdad que la ley acude a corregir dentro del proceso, condicionando -no prohibiendo- al último la posibilidad de apelar un fallo en su contra, si prueba que luego de emplazado ha pagado los alquileres o consignado su importe dentro del juicio. Se trata, entonces, de una medida de naturaleza previsora que busca evitar, no su conocimiento en segunda instancia sino obstruir el uso de la alzada como medio simplemente dilatorio (...) Las razones anteriores conducen a concluir que la norma cuestionada de inconstitucional no es contraria al principio de igualdad que proclama el artículo 4o. de nuestra ley fundamental, porque tal principio ha de entenderse en función de las circunstancias propias que concurren en cada caso concreto..." (El texto subrayado no aparece en el original).*[39]

c. Por la vía de la opinión consultiva el Congreso de la República planteó la posibilidad constitucional de reformar el artículo 71 de la Ley de Armas y Municiones, con el objeto de prohibir la concesión de licencias para portar armas de fuego a toda persona menor de 25 años, sin contravenir el derecho de igualdad.

El Congreso de la República pretendía, mediante la reforma del artículo 71 citado, prohibir la extensión de licencia de portación de armas a toda persona menor de 25 años, pero sin que dicha reforma violara el precepto contenido en el artículo 4o. de la Constitución que garantiza el derecho de igualdad, invocando para el efecto razones relacionadas con la capacidad de obrar y la capacidad jurídica para tener y ejercer derechos. La Corte inició su análisis con consideraciones relacionadas con el principio de igualdad, y lo relativo sobre la fijación de la edad en una persona para el ejercicio de ciertos derechos, deberes, obligaciones, excusas o dispensas; y concluyó con consideraciones relacionadas con el derecho a la portación de armas.

Ocasionada la necesidad de reforma por la presión de fuertes sectores de opinión pública preocupados por la creciente criminalidad que afectaba a la población, la Corte resolvió la consulta con criterio eminentemente jurídico pero considerando, como le corresponde, las condiciones sociales que demandaban mayor celo en la seguridad ciudadana. Entre algunos de los

[39] Se cita como ejemplo la sentencia de 12 de noviembre de 1997 dictada en el expediente 251-97 (Gaceta 46, página 51), debido a que fallos similares a éste han sido emitidos con reiteración en otros casos sometidos a conocimiento de la Corte de Constitucionalidad.

aspectos de su pronunciamiento se citan los siguientes:

> *"La edad de las personas es elemento sustancial para el ejercicio de sus derechos y el acreditamiento de capacidad y responsabilidad. Los comentaristas reconocen la existencia de diversos sistemas regulatorios, que comprenden desde fórmulas simples que trazan una edad básica fundamental, que una vez alcanzada atribuye independencia jurídica a la persona, con capacidad plena para obligarse y para adquirir derechos. Otros sistemas, siguiendo la tradición jurídica, contemplan una pluralidad de edades, con diferente connotación jurídica para cada una, atribuyendo distintas capacidades específicas según los diferentes estadios vitales. La fórmula más usual de los regímenes modernos, como el guatemalteco, consiste en la fijación de una edad básica en la que se alcanza la mayoría de edad, que los separa de los menores, que tienen limitaciones conforme son más jóvenes, al punto de que durante la infancia solamente son titulares de derechos y beneficios pero de ninguna obligación. La separación entre mayores y menores de edad implica tanto limitaciones como beneficios anteriores y posteriores; es perfectamente coherente con el orden jurídico la ampliación o restricción de la capacidad de obrar, según la trascendencia del acto a realizarse. El sistema constitucional guatemalteco admite el pluralismo de edades, puesto que aparte de reconocer los derechos ciudadanos a los mayores de dieciocho años de edad (art 147), establece también edades especiales para el ejercicio de determinados derechos, particularmente los de orden político para el acceso a determinados cargos. Así encontramos que regula que para ser presidente de la república se necesita ser mayor de cuarenta años; para ser ministro de Estado, mayor de treinta años; para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, mayor de cuarenta años. Además, reconoce exclusiones, como la de que a los mayores de sesenta años de edad no debe imponerse la pena de muerte."*

Fortaleciendo la pluralidad mencionada, citó varias disposiciones del Código Civil, del Procesal Civil y Mercantil, del de Trabajo, del Municipal, de la Ley de Clases Pasivas y de la legislación militar, y estimó que

> *"al resolver la ley acerca de las limitaciones a los derechos individuales debe observar una estricta coherencia con los enunciados constitucionales, de manera que, en principio, solamente serán admisibles aquellas limitaciones estrictamente razonables y únicamente en relación con el interés de la sociedad. (..) Por esto mismo, también es aceptable que se exija un mayor grado de madurez, que la ley presume adquirida por la experiencia que dan los años. El derecho a portar armas se debe considerar dentro del contexto social como un hecho que la ley reconoce por estrictas causas de necesidad de la persona individual, obligada por razones de peso a sentirse*

autoprotegida, y no como una universalidad, ya que el supuesto normal es que los particulares no necesitan de armas para su desenvolvimiento social. A pesar de que la tenencia de armas se reconoció en la Constitución del Estado de Guatemala de 1825, no puede considerarse que haya generado una cultura de ciudadanos armados. Por el contrario, es notorio el hecho de que solamente una minoría ha hecho uso de esa posibilidad, bien sea porque la mayoría no ha querido usar armas como parte de sus hábitos o bien por no tener posibilidades económicas para adquirirlas. Es razonable que la colectividad exija que la regulación de ese derecho se haga de manera rigurosa para no poner en peligro a la sociedad misma y para evitar que genere una cultura armamentista que lesionaría el prestigio del país, valor nacional que se colige enunciado en el Préambulo de la Constitución."

Después de citados algunos estudios de estadística criminológica explicó:

"Esta comprobación (...) contribuye a reforzar la tesis de que no es irracional la negativa de conceder licencia de portación de armas a menores de veinticinco años de edad, puesto que esa regla de experiencia hace presumible que la sociedad, cuyo interés es prevaleciente, no debe sumirse en la inseguridad de suponer que personas con insuficiente grado de madurez para el manejo y responsabilidad en el uso de las armas, puedan acceder a esa licencia." La Corte matizó su dictamen sugiriendo introducir algunas excepciones y por ello asentó: "Como toda ley general, es obvio que no es posible hacer una regulación individualizada ni tiene el Estado medios y recursos suficientes para aplicarla, por lo que, dentro de las presunciones que se extraen de las reglas de la experiencia, podría pensarse en introducir algunas excepciones que tiendan a templar el rigor de la generalización. En este caso, al suponer que ciertas personas que aún no hayan alcanzado los veinticinco añso de edad puedan ya estar en posesión de una calidad que presuma un alto grado de responsabilidad para la autorización de portar armas, tal sería el caso de quienes hayan concluido estudios superiores y se encuentren colegiados profesionalmente; o de los que sean encargados del manejo de fondos de empresas que demuestren ser contribuyentes al fisco y que por razón de su cargo manejen fondos privados, pero que es de interés social que no estén expuestos a su despojo por medios delictivos."[40]

[40] Expediente 682-96. Sentencia de 21 de junio de 1996.

3. Derecho a la presunción de inocencia

Dos casos se señalan de la doctrina de la Corte de Constitucionalidad, en los que han sido denunciadas normas del Código Procesal Penal como vulneradoras del derecho de presunción de inocencia.

a. En el primero se impugnó el Decreto 15-87 del Congreso de la República que establecía:

> *"Será suficiente <para dictar auto de prisión> que al procesado le apareciere que tiene más de dos ingresos a las detenciones públicas del Estado por sindicación y consignación ante tribunal competente por dichos delitos o hubiese sido condenado por cualquiera de los mismos"*

Se sostuvo que dicha disposición adolecía de inconstitucionalidad porque condenaba de antemano a un procesado a sufrir tratamiento discriminatorio, al excluírsele del beneficio de gozar de la presunción de inocencia tomando como referencia hechos pasados; ello daba un efecto retroactivo a la norma, en perjuicio del procesado al impedirle que pudiera revocarse el auto de prisión preventiva dictado en su contra.

Sobresalió en la impugnación que los antecedentes penales y policíacos influían en la decisión del juez, lo que colisionaba con la norma fundamental que garantiza que tales registros no pueden ser utilizados como base para restringir a las personas el goce de sus derechos.

El debate jurídico en el que intervinieron coadyuvando con la legitimidad constitucional de la Ley cuestionada el Ministerio Público y el Ministerio de Gobernación, se produjo dentro de un ambiente en que la opinión pública presionaba al poder político del país para controlar una creciente criminalidad que alarmó a la sociedad. El asunto concluyó con la sentencia estimatoria de la Corte, que en algunos pasajes de su extensa consideración asentó:

> *"Otros sistemas jurídicos que no han regulado constitucionalmente la materia, tendrían necesidad de vincular el tema con el deber estatal de perseguir efizcamente el delito, por un lado, y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por otro lado, delimitando el alcance de la prisión provisional por los valores y principios relativos a la libertad, la justicia, la seguridad, el bien común, el debido proceso y la presunción de inocencia. En nuestro sistema no sería necesario, en casos como el que actualmente se estudia, extender la interpretación hasta tales valores y principios, porque la Constitución cuenta con una norma concreta y como tal obligatoria y de*

aplicación inmediata, aun sin legislación de desarrollo."

"Esta norma es el primer párrafo del Art. 13 que regula una garantía procesal (las condiciones en que puede dictarse auto de prisión), que, por su carácter constitucional, aunque puede ser objeto de desarrollo en la legislación ordinaria, como lo es actualmente, en ningún caso la norma constitucional podrá quedar disminuída ni ser tergiversada o restringida."

"El citado primer párrafo reza: No podrá dictarse auto de prisión, sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurran motivos racionales suficientes para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él."

"En el proceso penal es necesario adoptar medidas cautelares o asegurativas encaminadas a garantizar la realización del juicio y la efectividad de la sentencia que se dicte. Tales medidas pueden recaer sobre las cosas o sobre las personas, figurando entre las medidas personales la prisión provisional y la libertad provisional con o sin fianza. La prisión provisional, es llamada también preventiva, precisamente para significar que no tiene carácter definitivo, sino que, durante el procedimiento, puede ser reformada o revocada. El supuesto normal de la persona es el estado de libertad, que es aquí donde juega ese valor, por lo que la privación de la misma supone un caso excepcional, de donde ha surgido el principio de legalidad procesal, y la correspondiente garantía, de que nadie puede ser detenido o preso sin causa legal, o como reza, en cuanto a la prisión preventiva el Art. 13 citado".

"La regla general es la libertad personal, por lo que la excepción es la prisión provisional. Los procesalistas coinciden en señalar que ésta es un mal necesario, que solamente se justifica por su finalidad asegurativa o cautelar, (en donde entrarían los valores seguridad y bien común). Aparte, claro está, que estas circunstancias deben ser valoradas por el juzgador para decidir acerca de la conveniencia de dictar el auto de prisión, debe ajustarla al tenor legal, el que, como en la situación de Guatemala, tiene como marco infranqueable a la propia Constitución de manera directa."

***"Según este marco legal superior, la prisión provisional tiene la** naturaleza jurídica de una medida cautelar o asegurativa, y se configuran en ella los siguientes elementos: 1. Debe ser la excepción. 2. No debe ser pena anticipada, esto es que en ningún caso pueda ser aplicada con fines punitivos, como pudiera presentirse en cierta legislación que excluyera la facultad de ponderación del juez para decretarla o revocarla. 3. No debe ser obligatoria, esto es, como afirmara el Consejo de Europa en su resolución*

11/86 que 'la Autoridad judicial ha de ser libre para tomar su decisión teniendo en cuenta las circunstancia del caso.' 4. Debe durar lo menos posible."

"Según puede colegirse de la naturaleza y características de la institución procesal estudiada, la forma como la regula nuestra Constitución en su art. 13 es coherente con tales principios, particularmente por el hecho de que quedó constitucionalizada la potestad del juzgador de decretar la prisión provisional si concurren motivos racionales suficientes para creer, esto es, si en el ánimo de la autoridad judicial surgen elementos de convicción que sean producto del estudio inteligente del caso. Sin embargo, la reforma legislativa enjuiciada introdujo un elemento nuevo que subroga la facultad intelectiva del juzgador por una presunción legal que le obliga -aunque no crea- a decretar el auto de prisión, ya que para esto será suficiente que al procesado le apareciere que tiene más de dos ingresos a las detenciones públicas del Estado por sindicación y consignación ante Tribunal competente por dichos delitos <que enuncia> o hubiere sido condenado por cualquiera de los mismos."

"Esta reforma contradice el principio de discrecionalidad que la Constitución establece como requisito para decretar el auto de prisión, y como tal restringe un derecho público subjetivo de los procesados de ser sometidos a prisión provisional únicamente por auto motivado racionalmente por autoridad jurídica que crea que la persona detenida ha cometido o participado en un delito, y no por una ley de carácter proscriptivo que establece una presunción legal que no admite prueba en contrario."

"Debe destacarse que la norma constitucional recoge el criterio dominante en la doctrina relativo a que, para dictar el auto de prisión provisional, debe existir -por su excepcionalidad al valor libertad personal- un acto de responsabilidad humana que racionalmente estime necesario restringir un derecho fundamental dentro de un régimen de derecho."

En tal resolución, la Corte aclaró la compatibilidad de las medidas precautorias o de coerción en los procesos penales con el principio de presunción de inocencia, y al respecto dijo:

"La naturaleza jurídica de la prisión provisional, como medida cautelar que es, no puede ser confundida con una sentencia condenatoria, que, en materia penal, adquiere el carácter de constitutiva, por lo que el

[41] Expedientes 69-87 y 70-87. Gaceta 4. Sentencia de 21 de mayo de 1987.

autor que decreta la prisión provisional no es incompatible con la presunción de inocencia. En este sentido no es preciso que para decretar la prisión provisional haya plena prueba de la culpabilidad del procesado, sino que, aparte de la información de haberse cometido un delito, concurran motivos racionales suficientes para creer que el procesado lo cometió o participó en el mismo, correspondiendo al Juez instructor su apreciación, quien deberá ponderar y valorar los hechos, circunstancias y actuaciones."

"Debe agregarse que discrecionalidad no puede significar arbitrariedad ni falta de control, por lo que, tanto para decretar la prisión provisional como para revocarla, u ordenar la libertad del procesado, el Juez deberá actuar con estricto apego a la ley, siendo materia exclusiva de la función jurisdiccional realizar el juicio de probabilidad acerca de los motivos de criminalidad, y el adecuado control de esta facultad." [41]

b. Una norma que impone similar restricción al otorgamiento de medidas sustitutivas a la prisión provisional en los casos que se trate de delitos de secuestro, tráfico de drogas y estupefacientes, violación y asesinato, fue impugnada por vía de inconstitucionalidad de ley en caso concreto. Y, contrario a lo considerado en los párrafos anteriores, la Corte no estimó inconstitucional la norma, ponderando el alto índice de delincuencia, la proliferación del narcotráfico y la desmedida inseguridad de la ciudadanía en situación de riesgo de ser secuestrada.[42]

4. Derecho a la propiedad privada

En lo relativo a este derecho, un índice regularmente alto de acciones se refieren a normas que regulan procesos de expropiación y de confiscación de bienes. Se citan como ejemplo dos casos:

a. En el primero se impugnó el Decreto 1000 del Congreso de la República, que reguló la expropiación de terrenos para ampliar o construir carreteras, porque estableció que el monto de la indemnización se tendría por cubierto con la plusvalía que adquiriera el resto del bien por el paso de la carretera. Se argumentó que la causa de expropiación prevista no la comprende el artículo 40 de la Constitución, y, además, que de conformidad con ese texto fundamental, para determinar el monto de la indemnización debe tomarse como base el valor actual del bien y no un hecho futuro e incierto como la plusvalía.

[41] Expediente 572-97. Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Gaceta 45.

La Corte declaró que, en efecto, la ley impugnada ignoró las garantías contenidas en el artículo 40 de la Constitución, puesto que la indemnización debe ser previa; y sólo cuando acontezca guerra, calamidad pública o grave perturbación de la paz puede ocuparse o intervenirse la propiedad o expropiarse sin indemnización.[43]

b. En materia de confiscación de bienes se planteó la inconstitucionalidad de dos normas preconstitucionales: el Decreto 2 de la Junta de Gobierno y el Acuerdo 68 del Presidente de la República, que ordenaron intervenir los bienes, congelar e inmovilizar los depósitos, acreedurías, valores de propiedad privada de las personas que figuraban, en 1954, en las listas formuladas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En tales normas, que se dictaron como consecuencia de los acontecimientos políticos acaecidos en 1954 (caída del régimen del Coronel Jacobo Arbenz Guzmán), se sancionó, con la confiscación de sus bienes, a algunas personas que habían formado parte del gobierno derrocado.

La Corte de Constitucionalidad estimó que lo normado en el Decreto y el Acuerdo impugnados constituía una limitación al derecho a la propiedad privada, puesto que era evidente que la congelación e inmovilización de los bienes se hizo con presunción de que habían sido obtenidos en contravención a leyes de probidad y honradez, sin juicio previo que lo declarara.[44]

5. Derechos políticos

En el período eleccionario de 1990 dos personas fueron propuestas como optantes al cargo de Presidente de la República; una de ellas había asumido y ejercido anteriormente la jefatura de Gobierno como consecuencia de un golpe de Estado; la otra era cónyuge de quien en ese momento fungía en dicho puesto público. Por considerar que ambos ciudadanos se encontraban impedidos de optar al citado cargo, por aplicación de las prohibiciones contenidas en el artículo 186 de la CPR, se consultó la opinión de la CC.

Este Tribunal estimó en aquella oportunidad que, aunque tiene claro que la opinión puede versar solamente sobre aspectos generales de interpretación de normas y no respecto de situaciones en concreto e individualizadas, no era leal con la función que la ley le asigna, de defender el orden constitucional, eludir su intervención. De esa manera expuso su criterio haciendo interpretación legítima de las citadas prohibiciones, específicamente

[43] Expedientes 254-90 y 284-90. Gaceta 20, Sentencia de 27 de junio de 1991.
[44] Expediente 254-90. Gaceta 20, página 26.

las reguladas en los incisos a) y c) de aquella norma, sin efectuar señalamientos particulares.

Relativo al primer cuestionamiento la CC opinó:

"... es evidente que la prohibición contenida en el inciso a) del artículo 186 de la Constitución de la República, se refiere en concreto a: i) El caudillo y los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar; que haya alterado el orden constitucional y a ii) quienes como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura de Gobierno. Esto significa que un caudillo y los jefes de los hechos descritos, aunque no hubieren asumido la jefatura del gobierno, tienen prohibición para optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República, y también la tienen quienes 'como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura de Gobierno."

Establece el precepto la prohibición para dos personas: a) quienes hubieren participado decisivamente en actividades que condujeron a la alteración del orden constitucional, denominados caudillo o jefes; y b) quienes hubieren asumido la jefatura del Gobierno como consecuencia de tales hechos.

La claridad del precepto excusa examinar su teleología, puesto que es evidente que el poder constituyente decidió excluir la posibilidad de que quienes se hubieren colocado en situación de haber alterado el orden constitucional pudiesen ejercer la Presidencia o Vicepresidencia de la República, y en cuanto a la prohibición impuesta a quienes como consecuencia de tales hechos asuman la jefatura del Gobierno, se entiende que no es en razón solamente de haber ejercido un gobierno de facto, consecuencia de una alteración del orden constitucional, sino, por contexto, por que la misma prohibición se extiende, de conformidad con el artículo 187, a la persona que haya desempeñado durante cualquier tiempo el cargo de Presidente de la República por elección popular, o quien la haya ejercido por más de dos años en sustitución del titular, no podrá volver a desempeñarlo en ningún caso. En esta hipótesis, de no ser suficiente el sentido formal del texto, operaría el principio de interpretación bona fide de la Constitución, que no admite considerar que los constituyentes, expresión de la soberanía, hubiesen querido algo absurdo, como sería la de "desempeñado durante cualquier tiempo ... por elección popular", esto es por legitimidad constitucional, y, en cambio, la hubiesen dejando habilitado para quienes la detentaron de hecho."

Por ello concluyó en que:

"El artículo 186, inciso a) de la Constitución Política de la República contiene prohibición categórica o causa de inelegibilidad, para que puedan

portar los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, en cualquier período, las personas que hayan participado o participen en la condición de caudillo o jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar, que hayan alterado el orden constitucional, quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno u otra denominación que pudiera dársele al cargo, entendiéndose el acto de asunción correlativo a la alteración del orden constitucional (la aceptación de tales hechos), lo que comprende situaciones pasadas (anteriores a la vigencia de la actual Constitución) y futuras."

En lo que toca al segundo cuestionamiento, atendiendo el texto contenido en el inciso c) del artículo 186 citado, el cual reza que:

"...no podrán optar al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente o Vicepresidente de la República, cuando éste último se encuentre ejerciendo la Presidencia", adujo: "... la prohibición aludida en el inciso c) del artículo comentado se refiere claramente a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad; el vocablo 'dentro' involucra con absoluta certeza al cónyuge, no sólo porque el parentesco liga a las personas por su procedencia de un tronco común que se origina por excelencia en el matrimonio, sino porque sería inadmisible que la prohibición alcanzara a los consanguíneos de éste, -que no lo sean del otro cónyuge- y que el esposo o esposa, según el caso, quedara simplemente excluido de la prohibición, logrando con ello eludir la finalidad de la misma, que consiste en evitar una transmisión dinástica o nepótica del poder o de que un candidato a un cargo de elección popular pudiera participar en el evento electoral en condiciones de superioridad frente a los otros, con clara vulneración del principio de igualdad que el sistema democrático adopta."

B. DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES

1. Derechos económicos

Se han denunciado, por vulneración a estos derechos, leyes que regulan aspectos relacionados con políticas cambiarias y crediticias del Estado, así como las que regulan tasas de interés y otras.

Se menciona al respecto la acción de inconstitucionalidad promovida contra el Decreto 29-95 del Congreso de la República, que reguló la libre

contratación de las tasas de interés, activa y pasiva, que aplican los bancos, sociedades financieras y otras instituciones de esa índole.

En este caso se denunció que tal liberación no sólo posibilitó la usura en los contratos que se celebren, circunstancia que desprotege el patrimonio y el capital de los usuarios de los servicios que prestan aquellas entidades, sino que limitó las condiciones que permiten el desarrollo del comercio y la industria del país.

La Corte desestimó la acción, considerando para ello que la liberación decretada tiende a incentivar el flujo de capitales y la retención de los mismos dentro del sistema nacional, en lugar de que busquen otros mercados más atractivos; asimismo, a que, por efectos de la competencia, la tasa promedio ponderado de intereses pasivos o activos encuentre el nivel apropiado concorde con las condiciones económicas del país. Adujo, además, que lo establecido en el artículo 1948 del Código Civil, el cual norma que cuando la tasa de interés pactada sea manifiestamente desproporcionada con relación al interés corriente en el mercado, el juez podrá reducirlo equitativamente tomando en cuenta la tasa indicada en el artículo 1947 del mismo Código y las circunstancias del caso, enerva la posibilidad de que se produzca usura en los contratos que se celebren.

2. Derechos sociales

a. En esta materia, una ley que generó inconformidad por parte del sector patronal fue el Decreto 57-90 del Congreso de la República, que creó la compensación económica por tiempo de servicio. Tal prestación consistió en el derecho del trabajador a percibir, al finalizar su relación laboral, cualquiera que fuera la causa, un mes de salario por cada año de servicios prestados al mismo patrono, y cuantitativamente era igual y adicional a la indemnización.

El sector aludido atacó la ley imputándole defecto de retroactividad, pues sostuvo que al computarse la prestación a partir del inicio de la relación laboral se estaba legislando sobre la base de situaciones ocurridas con anterioridad a la vigencia de la misma.

La CC desestimó la acción sosteniendo que la norma no adolecía de aquel defecto, puesto que:

> *"la retroactividad consiste en la traslación de la aplicación de una norma jurídica creada en un determinado momento a uno anterior al de su creación. Se concreta cuando una disposición legal vuelve al pasado para apreciar condiciones de legalidad de un acto, o para modificar los*

efectos de un derecho plenamente realizado. Son leyes retroactivas aquellas que vuelven sobre los efectos ya consumados bajo el imperio de una ley anterior. Pero para calificar a una norma de retroactiva, no es suficiente hacer referencia al pasado, porque son las nuevas consecuencias las que se rigen por la ley nueva. El principio de retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados asumidos plenamente, a las situaciones agotadas o a las relaciones jurídicas consagradas; y no a las simples expectativas de derechos, ni a los pendientes o futuros. No hay retraoctividad en la disposición que regula situaciones pro-futuro pero que tienen su antecedente en hechos ocurridos con anterioridad". Concluyó la Corte en que la norma impugnada no tenía efectos retroactivos, porque se previó un pago del patrono al trabajador "cuando se concluya un contrato o relación de trabajo", es decir, una situación futura.[45]

Se suscitó tal disconformidad en el sector patronal, que, pese al pronunciamiento anterior, la aludida ley fue denunciada como inconstitucional en sesenta y nueve casos concretos, los cuales obtuvieron igual resolución desestimatoria.

La Ley fue excluida del ordenamiento jurídico vigente por derogatoria expresa que hizo el Congreso de la República, que la sustituyó por otra que reguló la Bonificación Anual para los Trabajadores del Sector Público y Privado, prestación que consiste en el pago anual de un bono cuyo monto es equivalente a un mes de salario.

El sector laboral impugnó por la misma vía esta nueva normativa, aduciendo que suprimió un derecho adquirido.

La Corte desestimó la acción sustentando que la legislación laboral contempla la posibilidad de que una normativa de esa índole sea sustituida por otra, siempre que ésta represente mayor favorabilidad a las condiciones de trabajo, y que efectuar tal calificación compete con exclusividad al Congreso de la República, lo que ocurrió en el caso examinado.

b. Se atacó también por esta vía la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado, en el apartado que prohíbe el ejercicio de estos derechos a las fuerzas de seguridad del Estado y modifica, estableciéndola como obligatoria, la vía conciliatoria para resolver los conflictos colectivos que se susciten entre los trabajadores del Estado y sus dependencias. Asimismo, otorgó facultad al Estado para que pueda destituir a sus trabajadores durante la fase del emplazamiento, en tanto que al patrono

[45] Expediente 364-90. Gaceta 20. Sentencia de 20 de junio de 1991.

del sector privado le impone la obligación de obtener autorización previa, sin importar la causal de despido.

Esta regulación provocó inconformidad en el sector laboral del Estado, que impugnó la referida ley aduciendo que la exclusión a los derechos de sindicalización y de huelga vulnera la igualdad de las personas que laboran en las fuerzas de seguridad, puesto que la Constitución los reconoce para "todos" los trabajadores sin excepción alguna. Asimismo, se argumentó violación, por ese mismo motivo, al derecho de libre asociación y a los principios de tutelaridad e irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en la Constitución y en los pactos internacionales en materia de derechos laborales.

La Corte desestimó la acción considerando que la exclusión objetada encuentra fundamento en los artículos 244 y 248 de la Constitución, que caracterizan al Ejército de Guatemala como una institución obediente y no deliberante, organizada jerárquicamente y sometida a principios de disciplina, con prohibición expresa de ejercer el derecho de petición en forma colectiva. Así, conforme lo preceptuado en el artículo 116 de la Constitución y en atención a la naturaleza de las fuerzas de seguridad, las funciones que la ley les asigna resultan incompatibles con el ejercicio de actividades deliberativas propias de las organizaciones sindicales. Estimó además, que el Ejército de Guatemala, al serle inherente la característica de ser una institución permanente, continua e ininterrumpida, tampoco podría ejercer el derecho de huelga.[46]

C. DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACION

1. Del patrimonio cultural

a. La UNESCO declaró patrimonio cultural de la humanidad a la Ciudad de Antigua Guatemala. Para su cuidado, protección, restauración y conservación de los bienes muebles e inmuebles, nacionales, municipales o particulares, situados en aquella ciudad y áreas circundantes, se creó el Consejo Nacional para la Protección de la Ciudad de Antigua Guatemala, como entidad estatal, descentralizada, con personalidad jurídica propia.

Dicho Consejo, en el cumplimiento de las funciones que le fueron encomendadas, ha emitido diversas disposiciones, entre ellas, el Reglamento

[46] Expediente 888-96. Gaceta 43, Setencia de 13 de enero de 1997.

relativo a los Depósitos y Expendios de Petróleo y sus Derivados en el Area de Protección de la Ciudad de la Antigua Guatemala, que fue impugnado ante la Corte de Constitucionalidad con fundamento en que, previo a entrar en vigencia, debió ser aprobado por el Ejecutivo conforme lo que establece el artículo 5o. de la Ley Protectora de la Ciudad de la Antigua Guatemala.

La Corte de Constitucionalidad al fallar estimó que:

> *"...el denominado Reglamento cuya inconstitucionalidad se reclama, no es propiamente el que desarrolla la ley, sino corresponde a una normativa que explicita las atribuciones del citado Consejo y que emite con publicidad para realizarlas. De ahí que no sea un requisito sine qua non para su validez, la aprobación del Ejecutivo (...) y no podría haber sido de otra manera, ya que se trata de una entidad descentralizada, que por su naturaleza debe realizar una labor específica de manera dinámica, fuera del alcance de la centralización del Estado."*

También adujeron los accionantes que la materia que se regula en dicho Reglamento no fue prevista en la ley, por lo que al emitirlo se invadió la actividad legislativa del Congreso de la República.

Al respecto la Corte consideró que:

> *"si bien aquella materia (el tratamiento de los depósitos de petróleo ya existentes) no fue prevista en la ley, no es ajena a los asuntos que le competen al Consejo, ya que tal materia tiene íntima relación con la función fundamental de éste."*

Como se ve, la interpretación realizada en este fallo se dirige a evitar que todas las disposiciones de aquel Consejo queden supeditadas a la aprobación del Ejecutivo, pues ello podría interferir la efectividad de las funciones que le fueron encomendadas; además, se definió el hecho de que dicho órgano esta facultado para regular cualquier aspecto que tenga relación con tales funciones.[47]

b. Cuando se conoció la inconstitucionalidad de las reformas a la Ley de Contrataciones del Estado, contenidas en el Decreto 20-97 del Congreso de la República, uno de los cuestionamientos se dirigió contra el artículo 98 de dicha ley, porque no enumeraba -se dijo- qué bienes o cosas del Estado pueden negociarse o enajenarse; no obstante la existencia de prohibición para enajenar cierto tipo de bienes, como los que constituyen el patrimonio

[47] Sentencia de 11 de diciembre de 1996. Expediente 905-96.

cultural a que se refiere el artículo 60 de la Constitución. En dicha oportunidad, la Corte expresó que la denuncia por este motivo careció de fundamento puesto que, aludiendo el artículo 60, es obvio que, por su naturaleza, los bienes que integran ese patrimonio no se encuentran sujetos a ningún tipo de comercio, y, como consecuencia, es imposible someterlos a enajenación alguna.

2. Del patrimonio natural

Tuvo la Corte la oportunidad de conocer del tema de reciente incorporación en la legislación relativa al patrimonio natural de la Nación, que, dadas las condiciones depredatorias del medio ambiente natural como por la respuesta de la sociedad internacional a dicho problema, se ha regulado con cierto énfasis en el texto constitucional. El caso fue planteado impugnando la ley que declaró área protegida la *Reserva de la Biósfera Ixil, Visis-Cabá,* alegándose violación a los fines del Estado, derechos de propiedad, de posesión y de protección de grupos étnicos en cuanto ocupantes de tierras ancestrales de comunidades indígenas.

En lo sustancial la Corte hizo estimaciones sobre la materia exponiendo:

> *"el desarrollo sostenible, que se encuentra cubierto por la aplicación de la Ley de Areas Protegidas, que es general para todo tipo de regulaciones sobre áreas concretas, debe endenderse comprendido en el patrimonio natural de la Nación tutelado por el artículo 64 constitucional. De idéntica manera como existe regulación de interés social sobre el patrimonio cultural también la preocupación del constituyente ha cubierto el acervo natural de los habitantes del país. En ambos casos, el principio de dominio eminente del Estado tiende a proteger una riqueza que pertenece a las diferentes generaciones guatemaltecas y, por ello, es viable su regulación legal y administrativa con fines a su preservación, protección, conservación y restablecimiento."*
>
> *"Es evidente -continúa parte de la sentencia- que la declaratoria de una zona de protección ecológica o de área protegida, tiende precisamente a preservar un entorno de riqueza natural que beneficia a la población que la habita. Esto, desde luego, sin que pudiera afectarse de manera irrazonable, inequitativa o injusta intereses legítimos en concreto de los individuos o grupos, que, en todo caso, podrían acudir a la defensa de ésos en cada situación en que creyeran vulnerados sus derechos. (...) Siguiendo el contexto*

[48] Sentencia de 23 febrero de 1999 dictada en el expediente 575-98.

de bien jurídico superior, protegido por el artículo 64 de la Constitución, Patrimonio Natural, es evidente que no puede haber contradicción con la protección a los grupos étnicos, la de las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas u otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, y su administración por éstas, o la dotación de tierras estatales a dichas comunidades (arts. 66, 67 y 68 de la Constitución) con la declaratoria de determinada área como protegida para evitar el agotamiento de los recursos naturales y la degradación ambiental en detrimento de la flora, fauna, potencial humano y biodiversidad. Antes bien, así se cumple no sólo con lo prescrito en el precitado art. 64 sino con los fines del Estado, previstos en el Préambulo y los arts 1o y 2o. Ibid, y, además, con las previsiones que deben proteger a los grupos a que se refieren los arts constitucionales invocados por los accionantes. Por iguales razones tampoco podría hallarse contravención en general al Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, que no es parámetro de constitucionalidad aunque sí de aplicación efectiva en razón de su incorporación como derecho interno." [48]

3. A la paz

La vida política de la sociedad guatemalteca se mantuvo alterada por cerca de cuatro décadas, tiempo durante el cual se sostuvo conflicto armado interno. Con el fin de poner fin a dicha lucha se desarrolló un proceso de negociación que culminó en 1996 con la firma de los Acuerdos de Paz.

En los Acuerdos de Esquipulas II, precedentes, se pactó que los gobiernos centroamericanos iniciarían el diálogo con todos los grupos armados de oposición política interna y con aquellos que se hubieran acogido a la amnistía decretada. Con base en tales instrumentos, se dictó Acuerdo Gubernativo que creó la Comisión Nacional de la Paz y se promulgó, aparte de otras, la Ley de Reconciliación Nacional como instrumento básico para la reconciliación de las personas involucradas en el enfrentamiento armado.

Como producto del libre juego de las ideas, el debate de la legalidad o ilegalidad de tales disposiciones no quedó excluido. De esa cuenta, algunas fueron sometidas a la instancia constitucional.

Así, se planteó ante la Corte una acción en la que se adujo que el Acuerdo Gubernativo que contiene la creación de la Comisión Nacional para la Paz era inconstitucional, ya que el Presidente de la República no tiene facultades para crear comisiones puesto que ello corresponde únicamente al

Congreso de conformidad con la regulación contenida en el artículo 171 de la Constitución.

Este Tribunal, partiendo del hecho de que conforme al artículo 182 de ese texto de normas fundamentales, el Presidente de la República representa la unidad nacional y debe velar por los intereses de toda la población, consideró que:

> *"el artículo 29 inciso 1) de la Ley del Servicio Civil, cuya normativa está prevista en el artículo 108 de la Constitución, atribuye al Presidente de la República el nombramiento de todos aquellos servidores cuyo nombramiento no está asignado a otras autoridades nominadoras, entre los que comprende a los funcionarios de la Presidencia de la República que dependan directamente del Presidente, previstos en el artículo 32 inciso 10) de la misma Ley, entre los puestos del servicio exento. De allí que el Presidente al crear la Comisión de la Paz nombró a un conjunto de funcionarios dependientes para que se hicieran cargo de un asunto que corresponde al Ejecutivo según los artículos de la Constitución que imponen al Estado entre sus obligaciones cumplir y hacer cumplir la Constitución y conservar el orden público..."*

También se cuestionó la Ley de Reconciliación Nacional sosteniéndose que eximía de responsabilidad penal a miembros o agentes del Estado por cualquier delito, siendo que el político no puede ser ejecutado por tales pues esencialmente va dirigido en contra y no en defensa del Estado; tampoco procedía emitir amnistía por delitos comunes pues el Congreso solamente tenía competencia para hacerlo en los casos que sean conexos con delitos políticos.

La CC, entre varias consideraciones al respecto, hizo enumeración de los acuerdos políticos precedentes a la negociación de la paz que sirvieron de fundamento para la emisión de la ley atacada, reconociendo:

> *"Estas declaraciones, solemnizadas en el marco internacional, guardan relación, en cuanto al orden interno guatemalteco, con lo preceptuado en el artículo 2o. de la Constitución que señala como deber del Estado garantizar a los habitantes, entre otros valores, el de la paz, lo que desarrolla el postulado fundamental previsto en el Preámbulo. Así, tales instrumentos adquieren un significado relevante en cuanto a perfeccionar el ideal de solidaridad humana como elemento motivador de una ley de carácter excepcional necesaria para alcanzar la paz nacional." En otro de sus enunciados asentó: "La amnistía se da como el ejercicio de una atribución que suele corresponder al poder legislativo, para emitir o derogar normas de carácter general, ya que la amnistía significa la derogación*

de la eficacia de una ley penal respecto de los casos particulares en que se aplica. En el ordenamiento constitucional guatemalteco, su emisión corresponde al Organismo Legislativo pero su aplicación la realiza el Organismo Judicial al dictar, dentro de la potestad jurisdiccional, el sobreseimiento definitivo del proceso penal correspondiente. La amnistía se refiere directamente al delito y no tiene fundamento en las condiciones personales del sujeto activo, ni en su conducta anterior o posterior al hecho punible, ya que se decreta en función de un interés público que exige o aconseja la extinción de la responsabilidad penal de ciertos hechos. Por tener en cuenta más los hechos que las personas la amnistía es fundamentalmente colectiva, siendo su efecto principal extinguir no sólo la pena sino también la acción penal pendiente. En el caso de la Ley impugnada la extinción de la responsabildiad penal que instituye es una amnistía de carácter condicional, puesto que sujeta su aplicación al acaecimiento de determinadas circunstancias." Por voto unánime declaró sin lugar las inconstitucionalidades planteadas.[49]

D. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Corte, por la vía de la opinión consultiva, conoció el contenido del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, a solicitud del Congreso de la República.[50] Este Convenio constituye el instrumento jurídico internacional mediante el cual la Organización Mundial de la Naciones Unidas, a través de su organismo especializado, reitera los principios que en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ha adoptado la comunidad internacional para reafirmar, fomentar y extender el goce efectivo de esos derechos a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, que forman parte de los Estados miembros de la ONU. Al hacer el análisis pormenorizado, la Corte se manifestó abarcando, entre otros, los siguientes aspectos:

1. En cuanto al temor existente de que la alusión de que el Convenio se aplicará a pueblos con identidad e instituciones propias, la Corte indicó que el Convenio es claro en cuanto a que versa sobre pueblos indígenas pertenecientes a países independientes, por ello expresó:

"... el término de 'pueblo' no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicacion alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional, sino que debe

[49] Sentencia de 7 de octubre de 1997 dictada en los expedientes acumulados 8-97 y 20-97.
[50] Opinión Consultiva. Expediente 199-95. Dictamen de 18 de mayo de 1,995.

entenderse como pueblo, según los conceptos del propio Convenio, aquellos sectores o grupos de la colectividad cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan del resto de la sociedad, y que estén regidos por sus propias costumbres y tradiciones, así como los que desciendan de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que perteneció el país en la época de la conquista o colonización."

2. Analizando, conforme el marco constitucional la libre determinación de estos pueblos, de acuerdo a los términos del Convenio, la Corte estimó:

"... el referido principio de autodeterminación no es aplicable a los pueblos a que el Convenio se refiere, ya que éste expresamente dispone que el ámbito personal y espacial de aplicación se circunscribe a pueblos indígenas y tribales en países idependientes, por lo que dicho Convenio no atenta contra la unidad ni la integridad territorial de los Estados de que forman parte estos pueblos."

3. En cuanto a que el Convenio establece que se debe tomar en consideración el derecho consuetudinario de los pueblos a conservar sus constumbres e instituciones propias, a juicio de la Corte, ello opera,

"siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, es decir, no existe incompatibilidad con la Constitución."

4. En lo relativo a las tierras, el Convenio reconoce la especial relación que tienen los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna manera. A este respecto la Corte estimó que:

"... la obligación de los gobiernos de respetar la importancia especial que para las culturas revista su relación con las tierras y territorios, así como el hecho de reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, se encuentra concurrente con los preceptos de los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución. Además, los procedimientos a utilizar para decidir las reinvindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados, deberán instituirse conforme al artículo 14 inciso 3 del Convenio, o sea adecuados al marco del sistema jurídico nacional, por lo que estando garantizada la propiedad privada como un derecho inherente a la persona en la Constitución, en el caso de que las tierras que ocuparan los pueblos interesados fuesen propiedad de una persona distinta, esta tiene a su

disposición los medios legales para reinvindicarlas y, para afectar su derecho de propiedad, tendría que recurrirse a un procedimiento legal establecido por la Constitución, el que en este caso podría ser la expropiación por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público (artículo 40), porque de otra manera, conforme a la Constitución se encuentra prohibida la confiscación de bienes, la que, por supuesto, tampoco está admitida por el Convenio."

5. La Corte concluyó que el indicado Convenio no contradice la Constitución, puesto que:

"... no existen disposiciones que puedan considerarse incompatibles con el texto constitucional, pues interpretadas dichas normas dentro del marco general de flexibilidad con que fue concebido, el citado Convenio sólo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala, así como la participación de ellos en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones sobre asuntos propios de su comunidad."

E. PROCESOS ELECTORALES Y FUNCIONAMIENTO DE PARTIDOS POLITICOS

a. Los últimos tiempos han sido propicios para abrir debates sobre los partidos politicos, tanto en su función integradora de los órganos del poder político como en cuanto mecanismos de relevo democrático. Particularmente interesante ha sido el debate sobre el apoyo que el Estado puede prestar a su desarrollo institucional. La Corte se ha referido en varias ocasiones al asunto, en particular por la vía de su facultad de opinión consultiva. Al respecto, se reproduce *in extenso*, algunas partes del pronunciamiento emitido el 31 de julio de 1990, que se refieren a las importantes cuestiones del financiamiento y la propaganda de tales instituciones.

"Los ponentes señalan la aspiración de que el proceso electivo para integrar los cuerpos de poder del Estado, que se realiza por vía democrática, pueda alcanzar mayores grados de pureza representativa al eliminar, o al menos disminuir, la influencia de factores que producen desniveles irrazonables en la participación de los partidos políticos, puesto que es indudable que el dinero, la organización y la propaganda, suministrados

desigualmente y con fines tendenciosos, especialmente cuando operan en medios insuficientemente desarrollados políticamente, pueden, por lo general, producir interferencias de grupos de intereses que salvan su extremada minoría social con la inversión económica, que incluso puede llegar a ser millonaria, en abierta desproporción a la realidad de pobreza y escasez de recursos de un pueblo. Por esto es que la iniciativa tiene indudable base en el régimen jurídico constitucional del país, en tanto la misma pretende regular uno de los aspectos que de manera más decisiva influyen en los procesos electivos, tal su costo en dinero, y ello involucra las fuentes de financiamiento de la propaganda política en los procesos eleccionarios. Esos principios pueden identificarse en el Preámbulo y en el articulado de la Constitución. En el primero, en cuanto como marco de referencia de su normatividad, afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social y reconoce al Estado como responsable de la promoción, entre otros, de la justicia y la igualdad, y de un orden institucional popular. En el segundo, específicamente en el Art. 2o, que obliga al Estado a garantizar a los habitantes la justicia; en el 4o, que proclama el principio de igualdad; en el 136, inc b), que reconoce el derecho de los ciudadanos a elegir y ser electo, e inciso c), que les confiere velar por la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral; en el 141, que declara que la soberanía radica en el pueblo. Todos estos enunciados constitucionales serían líricos si el Estado no procurara garantizar su efectividad, puesto que la pretendida normatividad podría chocar con situaciones de orden socieconómico y cultural que impidan en alguna medida la verdadera expresión ciudadana, por lo que debe preservarse a ésta, en lo posible, de la interferencia de cierta publicidad que por su desigual volumen y su alta tecnología la pueden distorsionar. En principio, pues, es evidente que los motivos de los ponentes coinciden con el marco de la Constitución, enfocado desde el ángulo social, democrático, representativo y de efectiva igualdad y de justicia que predica, por lo que procede examinar si las propuestas alcanzan a satisfacer las aspiraciones indicadas, y, en tal caso, si encajarían en el parámetro de constitucionalidad que es necesario observar. Los problemas planteados han sido resueltos en otros sistemas constitucionales a través de dos elementos básicos: el financiamiento de los partidos políticos durante la etapa electoral y la regulación de la utilización de los medios de comunicación. En cuanto al aspecto financiero, en dos formas principales: una restrictiva, prohibiendo la utilización unilateral de los recursos del Estado o tratando de impedir la afluencia de ayudas extranjeras; y otra positiva, reconociendo la llamada deuda política o disponiendo el financiamiento de los partidos políticos. En el aspecto de la publicidad, facilitando el acceso de los partidos a los medios de comunicacion oficial. Respecto del financiamiento oficial a los partidos políticos, para citar los ejemplos latinoamericanos, han constitucionalizado el principio,

las Constituciones de Costa Rica, que los regula minuciosamente en el art 96; de El Salvador (art 210); de Honduras (art 49); de Panamá (art 135). De manera no específica pero que se entiende habilitante para regularlo por ley secundaria: la de Ecuador (art 36) y la de México (art 41). La de Guatemala la establece en el art 17 del Título de Disposiciones Transitorias y Finales, remitiendo para su regulación a la Ley Electoral Constitucional. En materia de prohibiciones, la Constitución del Brasil regula los principios que deberán ser observados por los partidos políticos, entre ellos 'inexistencia de vínculo, de cualquier naturaleza, con gobiernos, entidades o partidos extranjeros' (art 152, inc 1o apartado III); la de Honduras que prescribe: 'Los partidos políticos no podrán recibir subvenciones o subsidios de gobiernos, organizaciones o instituciones extranjeras' (art 50); la de Paraguay que dice: 'Tampoco podrán recibir subvenciones ni directivas del exterior' (art 118). La guatemalteca no contempla ninguna clase de prohibición de ese tipo, no obstante que en el pasado hubo ley que fue muy específica, al disponer en su art 12: 'No podrán ser candidatos a Presidente de la República, diputados, alcalde o concejal los ciudadanos a quienes se pruebe que han recibido o reciben dinero de compañías extranjeras o de asociaciones o partidos internacionales, para su propaganda electoral o de partido' (Ley Electoral de 24 de junio de 1946). Además, hay algunas constituciones que establecen la fiscalización de los recursos financieros de los partidos, indudablemente para evitar que el subsidio sea gastado en otros fines o para beneficio particular; así la del Brasil (art 152 inc 1o apartado V), la de Costa Rica (art 96), y la de Panamá (art 135). En cuanto al acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social, se cuenta con los ejemplos siguientes: México: 'Los partidos políticos tendrán derecho al uso en forma permanente de los medios de comunicación social, de acuerdo con las formas y procedimientos que establezca la ley' (art 41); Panamá: 'Los partidos políticos tendrán derecho, en igualdad de condiciones, al uso de los medios de comunicación social que el Gobierno Central administre...' (Art 134); y Perú: 'Durante las campañas electorales, los partidos políticos inscritos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado' (art 71). Conforme el análisis del sistema guatemalteco, partiendo de la interpretación del art 17 del Título de Disposiciones Transitorias y Finales de la Constitución y de la amplia remisión que contiene el art 223, y apoyada la exégesis con el Derecho comparado citado, resulta que la ayuda financiera a los partidos políticos en tanto su participación electoral, que podrían incluir la de sus gastos en propaganda eleccionaria, encaja dentro de los márgenes de constitucionalidad."

En ese polémico campo, la Corte prosiguió manejando un tema altamente politizado por medio de criterios eminentemente jurídicos, como los que se consignan para tratar el caso de las limitaciones a los espacios de

publicidad electoral. De manera que en parte de sus consideraciones sustentó:

"Conforme estimaciones del valor justicia y del principio de igualdad que la Constitución proclama, y en relación más precisa respecto del carácter representativo del sistema democrático, a que los dignatarios de elección popular deben representar genuinamente al pueblo en elecciones libres y competidas y al deber de velar por la pureza del sufragio, no podría haber contravención constitucional en una regulación que cabalmente pretende introducir correctivos en los procedimientos electorales, en los que la eficacia del sufragio popular puede verse seriamente alterada por la interferencia de factores económicos propiciados por fuertes grupos de presión, que eventulamente podrían favorecer a partidos comprometidos por la inversión financiera. Parece ser que en otros sistemas políticos, la forma que han encontrado para nivelar la participación está en limitar los gastos de los partidos y las contribucioces que puedan recibir, pero esta modalidad requiere una educación fiscal más avanzada, que no es fácil obtener en medios en donde la aportación encubierta ha sido usual. En Inglaterra, para remediar la corrupción, se promulgó ya en 1883 una ley que reguló con la mayor minuciosidad la financiación de las elecciones y puso una tasa máxima a los gastos admisibles para cada voto. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 establece en su art 21:'1. Los partidos concurren a la formación de la voluntad política del pueblo, su fundación es libre, su organización interna debe responder a principios democráticos. Deben dar cuenta públicamente del origen de sus recursos.' En nuestro caso, no habiendo propuesta de una limitación y un control interno efectivo de las aportaciones económicas para los partidos, que pudiera constituir la base para poner techo a la inversión en campañas electorales y que de esa manera impidieran la notable desigualdad en recursos no ideológicos ni programáticos, sino simplemente materiales para sugestiones publicitarias, es correcto que se pongan los límites al uso de los medios de comunicación durante el período fijado por la ley. Desde luego debe advertirse que tales correctivos solamente cubren una parte del problema, en tanto no se corrijan (y esta es cuestión de la evolución jurídica de ese nuevo Derecho electoral que se va perfilando) otros formas ventajistas de competir electoralmente, como es la de adelantar las campañas con tanta anticipación que solamente quienes disponen de mayores recursos pueden tener presencia continuada, la de utilizar significativa e intencionalmente los bienes públicos para promociones personales que conducen luego a candidaturas, y el riesgo del excesivo poder que puede transferirse a las empresas de comunicación social que pueden influir en la proporción de la imagen pública de los candidatos y de los partidos a través de una supuesta información aparentemente no contabilizada, con la que pueden favorecer a unos e ignorar a otros de manera arbitraria. Ese Derecho electoral que se va

formando procura garantizar la competitividad de los partidos y las agrupaciones, como lo declaró el Tribunal Constitucional de Alemania Federal, en relación con las elecciones de 1976 para el Bundestag, en que el Gobierno Federal se lanzó a la campaña electoral, realizando su propia publicidad, que el Tribunal consideró como una violación del principio de igualdad de oportunidades en la contienda electoral (arts 21 párrafo 1 y 38 párrafo 2 de la Ley Fundamental)."

Opinando sobre el proyecto de reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, de cuyo dictamen se han extraído algunos pasajes en los anteriores párrafos (reformas que por cierto no fueron luego sometidas a trámite de aprobación en el Congreso), la Corte se refirió al financiamiento estatal de la propaganda política, de la que expuso:

"puede incurrir, y de hecho así ocurre, en vicios, que el mismo proyecto implícitamente reconoce al citar los llamados cortos propagandísticos y cortos comerciales, es que debe hacerse la debida separación de aquello que es compatible con la Constitución financiar, que sería la información político-electoral que tienda a que el ciudadano delibere y piense respecto de los méritos políticos de un programa y de la plataforma ideológica de un partido, y aquello que no compagina con la Constitución, como sería financiar campañas personalistas y la divulgación de conceptos vaciados de verdadero contenido que singularice a los partidos y que permita a los electores hacer distinción entre las propuestas. La propaganda que se base en la sugestionabilidad psico-motora del público y que no contribuya en nada a la educación política, porque pretende que éste acepte sin ninguna discriminación ni juicio, las candidaturas propuestas, a veces sustentadoras de un culto a la personalidad, totalmente inadmisible en un sistema democrático y que pregona la dignidad humana, no merece y tampoco puede ser financiado por el Estado, porque estaría en contravención a lo establecido en el 2o párrafo del art 154 de la Constitución, ya que debe entenderse que la obligación impuesta a los servidores públicos de estar al servicio del Estado y no de partido político alguno, incluye al propio poder legislativo, que de ninguna manera podría emitir disposiciones que favorecieran a los partidos si en ello no va implícito el sentido del bien común y el interés de la mayoría. Además, iría en contra del sistema de valores y principios que la CPR proclama (Preámbulo y arts 1o, 2o, 3o, 4o y 44) en orden a proteger a la persona humana, la cual no puede estar expuesta a atentados a su personalidad, no sólo física sino también moral, la que se vería atacada si el Estado mismo contribuyera con los fondos públicos que son producto del propio pueblo, a fomentar sistemas de propaganda política que son indeseables para la real educación ciudadana,

que le dote de verdadera libertad y capacidad igualitaria para saber elegir."[51]

Además del caso reseñado, en el examen retrospectivo de planteamientos de inconstitucionalidad se encontraron otros que se refirieron al tema de *procesos electorales y funcionamiento de partidos políticos.* De dicho examen se detectaron dos de especial relevancia que se exponen a continuación, como muestra del pensamiento jurídico que ha expresado esta Corte en cuanto a la materia relacionada.

b. En el primero se denunció la inconstitucionalidad del artículo 3 del Decreto número 35-90 del Congreso de la República, que reformó el artículo 205 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos.[52] El argumento se concentró en que la norma reguló tres categorías de elección de Diputados para integrar el Congreso de la República: la primera, por medio de listado nacional; la segunda, por distritos, dependiendo el número de diputados del universo poblacional del respectivo distrito, y la tercera, también de diputados distritales, aunque esta categoría de elección asigna un diputado por distrito tan sólo porque es distrito, lo que implica que por cada uno de los distritos existentes en la República habrá un diputado adicional sin importar el respectivo número de habitantes. La idea de que este último sistema de elección resulta contraria a la Constitución Política de la República deviene del hecho de que -según afirmó el accionante- ese texto de normas fundamentales contempla única y exclusivamente solamente los dos primeros sistemas mencionados.

La Corte de Constitucionalidad estimó que la denunciada inconstitucionalidad no se produjo, en vista de que si la Ley Electoral y de Partidos Políticos asigna un diputado a cada distrito, por el hecho mismo de ser distrito, lo hace con el objeto de que todas las áreas geográficas con sus respectivas poblaciones, que constituyen distritos electorales, obtengan un mínimo de representatividad en la integración del Congreso de la República; esto porque -aseveró- no puede separarse el distrito, como circunscripción geográfica, de la población, cualquiera que sea su número.

En esa misma acción se atacó de inconstitucional el artículo 2o. literal a) del Tratado del Parlamento Centroamericano. Se arguyó como fundamento que la citada norma preceptúa que el número de diputados por cada república centroamericana es de veinte titulares y veinte suplentes y, además, los Presidentes y Vicepresidentes, quienes pasarán a integrar el Parlamento inmediatamente después de cumplir su mandato. La inconstitucionalidad del precepto se centró en el hecho de que la legislación guatemalteca prohíbe al

[51] Expediente 90-90.
[52] Expedientes 147-90 y 67-91 (acumulados). Sentencia de 17 de julio de 1991.

Presidente y Vicepresidente de la República participar como candidatos a diputados cuando se encuentran ejerciendo aquellos otros cargos.

La Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar este apartado de la acción, basándose en que el Presidente y el Vicepresidente de cada república centroamericana obtienen por derecho propio un escaño en el Parlamento Centroamericano. Tal acto, se dijo, no está precedido de un proceso de elección, razón por la cual no puede entenderse, ni debe asumirse, que en el tiempo anterior a que finalicen el ejercicio de los citados cargos dichos funcionarios participan como candidatos a un puesto de elección.[53]

c. En cumplimiento de lo normado en el artículo 175 de la CPR, el Congreso de la República comunicó a la Corte de Constitucionalidad el trámite que se le dio a la iniciativa de ley tendiente a reformar los artículos 221 y 222 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos. Siendo que de conformidad con el contenido de la norma constitucional citada la Corte debe emitir dictamen sobre la reforma de las leyes calificadas como constitucionales, el mismo fue rendido.

La Corte consideró lo relativo a ambos preceptos. De esa consideración es la que se formuló respecto del artículo 222 la que se estima relevante para su inclusión en esta ponencia.

La reforma a dicha norma propuso: "Propaganda a costa del Tribunal Supremo Electoral. Los gastos de propaganda electoral de los partidos políticos legalmente inscritos para un proceso electoral, serán a costa del Tribunal Supremo Electoral hasta el 50% del tiempo y espacio utilizado en la radio, televisión y prensa escrita, dentro de los límites establecidos en el artículo anterior."

El dictamen que la CC emitió giró en torno del vocablo "propaganda", externando sobre el particular que:

> *"Tal acepción es susceptible de una definición gramatical, por cierto muy escasa, de una apreciación de orden técnico. En cuanto a la primera, el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, edición 1984, dice: '3. Acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores.' Admitiendo esta acepción, la Corte ha encontrado que, en relación con el proceso eleccionario, la propaganda política tenderá a exponer los méritos, o discutir los ajenos, de los programas y los valores ideológicos o políticos frente a un evento electoral al que el*

[53] Op. cit.

pueblo deba concurrir para expresar libremente su voluntad. Esta libertad debe ser no sólo física sino también moral, esto es, apoyada en la discrecionalidad crítica y racional y no en procesos de alta sugestionabilidad alógica. Por este motivo, la Corte estima que efectivamente hay concordancia con el bloque de constitucionalidad en cuanto a: a) imponer limitaciones temporales para la realización de la propaganda y actividades político-electorales; y b) contribuir al financiamiento de tal propaganda. Pero el asunto debe verse además de acuerdo con la realidad de la comunicación social, ampliamente estudiada por la sociología, y particularmente por la inserción de los conceptos mencionados en la iniciativa de ley: `cortos propagandísticos' y `cortos comerciales', porque entonces hay que hacer las consiguientes reservas, ya que, si bien todo el conjunto de la propaganda político electoral puede ser sometida a la limitación de tiempo y espacio, no se considera compatible con la Constitución el que alguna de esa propaganda, que se apartaría de la información ideológico-programática pura, para caer en lo sugestionable, pudiera ser financiada por el Estado, obligado a distribuir sus recursos de conformidad con la economía de su escasez, o sea, dar prioridad a otros gastos antes que distraerlos en el pago de actividades que se alejan de su finalidad sustancial. (...) Por tratarse aquí de una materia que no puede aislarse metafísicamente de la realidad, la definición de `propaganda' que ofrece el diccionario citado no puede resultar suficiente, ya que la acción envuelve realidades sociales que no pueden ser desconocidas. Estas realidades son las que toman en cuenta otras ciencias, que le conceden su verdadero alcance técnico. Así, en la sociología se la describe como: `Presentación al público de hechos, reales o supuestos, argumentos y opiniones organizadas de tal modo que induzcan a conclusiones favorables para los intereses o puntos de vista de quienes las han presentado' y por eso se asegura que es tendenciosa por esencia. El jurista Recaséns Siches dice que `en ocasiones se utiliza un mecanismo puramente sugestivo. Por ejemplo: se repite un lema en tono solemne, impresionante, una y otra vez, para que ese lema quede grabado en la conciencia o en la subconciencia de los destinatarios de la propaganda, de modo que llegue a instalarse automáticamene como una opinión, sin pasar por el tamiz de ninguna crítica, y sin apoyarse tampoco en ningún argumento'".[54]

Aparte del texto anterior expresó también que resultaba inconstitucional no la financiación en sí de la propaganda electoral, sino el hecho de que, según la propuesta, se afectarían los fondos del Tribunal Supremo Electoral, vulnerándose de esa manera su independencia al restringirle la libre disposición de sus fondos privativos, de los que quedaría virtualmente despojado al hacerse operante el sistema de financiamiento que contenía la pretendida reforma.

[54] Sobre este tema véase atras otra transcripción.

Con esa base conluyó en que, salvo las inconstitucionalidades señaladas, el proyecto de reforma es compatible con la Constitución, en tanto se refiere a regulaciones que tienden a garantizar la equidad en el ejercicio de los derechos al realizar propaganda y actividades político-electorales.

F. DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍAS INSTITUCIONALES Y REGIONALES

a. Otro aspecto de evidente controversia política fue decidida por la CC mediante sentencia en la acción por la cual fueron impugnados diversos apartados de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.[55]

Del cúmulo de sindicaciones de inconstitucionalidad que expresó el accionante, la Corte acogió aquella que se dirigió a atacar la creación de los Consejos Locales de Desarrollo Urbano y Rural. Estimó para ello que: *"...la Constitución reconoce en el Municipio un ente con autonomía y con autoridades representativas, designadas por el sistema electoral, cuyos principios y garantías figuran en la legislación respectiva. Atañe entonces al municipio como entidad y a través de los procesos democráticos tomar las decisiones, por lo que, la creación de otros entes públicos no integrados por medio de representación popular -cuyo control ni siquiera aparece conferido al órgano privativo que reconoce la Constitución-, significa en la práctica una privación de importantes funciones, con lo que se atenta contra la autonomía municipal al crear Consejos Locales de Desarrollo Urbano y Rural con las características que contempla la ley". Consideró también que: "Con la forma de designación de los consejos Ejecutivos, se produce la dispersión del poder municipal; con la forma de su funcionamiento, la duplicidad de gobierno de las localidades, y con la dependencia de estos Consejos al nacional, se pierde la autonomía municipal..."*

b. En acciones distintas se preservó de igual manera la autonomía que la ley confiere al Deporte y al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. La primer cuestión se tramitó por vía de la inconstitucionalidad general, mientras que la segunda se hizo por vía de la inconstitucionalidad de ley en caso concreto.

En el primer caso se denunció que diversos artículos de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación violaron la autonomía del Deporte y la configuración de la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala - CDAG-, al insertar órganos de decisión distintos a los órganos máximos de decisión establecidos por la propia Constitución.

[55] Identificada como expedientes acumulados 282-87 y 285-97. Gaceta 8, página 32.

La Corte acogió la pretensión, considerando que resultaba inconstitucional insertar "las delegaciones deportivas departamentales" en el órgano máximo de decisión de la CDAG, pues esta inclusión adicionaba nuevos elementos que desnaturalizarían la forma confederativa determinada por la propia Constitución en su artículo 92; refirió, además, que lo mismo ocurría cuando tales "delegaciones deportivas municipales" sustrajeron competencias que son propias del ente cuya autonomía y configuración emanan de la Constitución misma.[56]

En el segundo caso se impugnó el artículo 5o. inciso b) del Decreto 71-86 del Congreso de la República (Ley de Sindicalización de los Trabajadores del Estado), con el argumento de que violaba la autonomía del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social -IGSS- al requerir que la representación en la fase conciliatoria de un conflicto laboral fuera ejercida por quien designara la autoridad máxima del Ministerio Público, ya que al nombrarse como representantes del IGSS a personas, funcionarios o autoridades ajenas al mismo, y por procedimiento diferente al que contempla su ley orgánica, se vulnera el principio de autonomía conferido a aquella institución.

Al respecto la Corte estimó:

"...el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias lo que conduce a interpretar que para el cumplimiento de tales funciones (...) debe gozar de autoadministración sin perjuicio de los controles legales correspondientes. La ley impugnada señala que en la fase jurisdiccional de conciliación de los conflictos laborales como el de estudio, son sujetos procesales 'El Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas' y que 'la representación será ejercida por quien designe específicamente la autoridad máxima del Ministerio Público'. Conforme la parte últimamente citada de dicha disposición, se tiene que dentro del conflicto con sus trabajadores, en 'la vía jurisdiccional (conciliación)', el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social no podría designar mediante sus propias autoridades a los delegados que habrán de representarlo, lo que de por sí ya es incongruente con su carácter autónomo, sino que sus representantes deben ser designados por la autoridad máxima del Ministerio Público, con lo que se deja al instituto supeditado a la decisión de un funcionario ajeno a él en la designación de sus representantes (...) La eventual circunstancia de que el Jefe del Ministerio Público pudiera designar como representantes a

[56] Expediente 51-90. Gaceta 17, página 15.

funcionarios del propio instituto, no desvirtua el que, objetivamente, la parte de la disposición citada relativa a la representación no se conforma con el mandato constitucional que confiere autonomía a la entidad interponente..."[57]

G. PROCESOS DE DESINCORPORACIÓN Y PRIVATIZACIÓN

Destaca en este campo el caso en el que se cuestionaron las reformas introducidas a la Ley que regula las contrataciones del Estado, contenida en el Decreto 20-97 del Congreso de la República, por medio de las cuales cobró vigencia el proceso de venta, diseñado con el objeto de concretizar la política económica impulsada por el actual gobierno, que propugnaba por la privatización y desincorporación de los activos del Estado.[58] De este fallo se extraen los siguientes puntos:

1. Se impugnó la disposición que contempla un mecanismo para la enajenación de los bienes del Estado, supletoriamente aplicable para la venta de los bienes de las entidades autónomas y descentralizadas del Estado, cuando las disposiciones que las rijan privativamente no contemplen la enajenación de sus bienes o la transmisión de sus obligaciones o ambos aspectos en conjunto. Se estimó el artículo 124 de la Constitución, que preceptúa que la enajenación de bienes de las entidades autónomas o descentralizadas deberá efectuarse únicamente conforme lo dispongan sus propias leyes y reglamentos, ya que conferir por medio de una ley general, a dichas entidades, facultades que no existen en sus leyes propias resulta inconstitucional, puesto que transgrede su autonomía y su capacidad de regirse en forma exclusiva por las leyes que regulan su organización y funcionamiento. La Corte desestimó el cuestionamiento, considerando que las disposiciones respectivas tienen carácter supletorio, por lo que están llamadas a regir únicamente en ausencia de disposición legal o reglamentaria dentro del marco normativo que regula la organización y funcionamiento de las entidades autónomas y descentralizadas.

2. Se cuestionó, asimismo, la constitucionalidad de las normas porque en el caso concreto de la venta de la telefónica estatal -GUATEL-, se fijo el objetivo fiscal en la Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 1997, antes de la entrada en vigor de la ley

[57] Expediente 145-89. Gaceta 13, página 29.
[58] Expedientes 342-97, 374-97, 441-97, 490-97 y 550-97. Gaceta 45, página 23.

que autoriza la operación de enajenación, por lo que al no existir la secuencia lógica entre la ley que autoriza la operación y la que fija lo objetivos fiscales, se falta al principio de unidad y a la estructura porgramática del presupuesto del Estado a que se refiere el artículo 237 de la Constitución. La Corte estimó que la remisión de la Ley de Contrataciones del Estado a la Ley presupuestaria tiene perfecta coherencia con los fines y objetivos de ésta, en particular porque el Estado realiza su política fiscal precisamente por uno de sus más caracterizados instrumentos como lo es el presupuesto. Por otro lado, la ley cuestionada de inconstitucionalidad no tiene ninguna indicación concreta acerca de la empresa a que los accionantes se refieren, en cuyo caso el control de constitucionalidad hubiese sido enfocado a aquella operación en particular o en relación con la ley que aprobó el presupuesto aludido, que son materialmente diferentes a la ley aquí estudiada.

3. Se cuestionó también que los artículos impugnados exceden el contenido del artículo 124 de la Constitución, que refiere solamente a la enajenación de los bienes nacionales identificados en el artículo 121 de la misma, en tanto los artículos impugnados en el caso de patrimonios unitarios se refieren a la enajenación de una dependencia o entidad completa del Estado -insistiendo sobre el caso de la telefónica estatal-. La Corte estimó que el señalamiento se basa en cuestiones especulativas que no están bajo control abstracto de constitucionalidad. Además, la posible venta de bienes del Estado o de las entidades descentralizadas y autónomas está prevista en el artículo 124 de la Constitución y no en la ley atacada, pues ésta sólo regula el procedimiento.

4. Se objetó la constitucionalidad de generalizar -como consecuencia de la desincorporación- la aplicación del Código de Trabajo a todas las entidades descentralizadas, porque, según se sostuvo, transgredía el artículo 111 constitucional que establece que ese Código rige únicamente las relaciones de trabajo del personal con las entidades autónomas que realicen funciones económicas similares a las empresas de carácter privado. La Corte desestimó el planteamiento considerando que la norma atacada prevé la aplicación de este Código al caso de una sustitución patronal, aspecto del que carece la legislación del servicio civil, por lo que, en lugar de dejar sin regulación ese supuesto, está señalando la ley que debe aplicarse, lo que tiene consonancia con los derechos laborales establecidos en los artículos 101 y 102 de la Constitución.

5. Se cuestionó la constitucionalidad de los artículos que regulan la enajenación de bienes o patrimonios del Estado o de sus entidades descentralizadas o autónomas y los casos especiales de enajenación de los mismos a título de aportación a sociedades mercantiles constituidas o por

constituirse desvirtuando las finalidades del Estado que justifican su existencia. Sobre esta denuncia, la Corte estimó que para el cumplimiento de los fines del Estado, no existe más limitante que la de encuadrar la acción política y jurídica del poder público en el marco de legalidad. Así, no hay norma que restrinja o prohíba que el Estado, dentro de sus legítimas valoraciones políticas, tanto pueda participar en ciertas actividades mercantiles como inhibirse de ellas.

6. Se alegó la inconstitucionalidad del artículo por medio del cual se permite el otorgamiento de contratos o se concesionen a particulares servicios públicos exclusivos del Estado. La Corte acogió la tesis de los actores, al considerar que la norma impugnada contempla la posibilidad de disponer la contratación de terceros o la concesión de los servicios públicos que, por su naturaleza o por disposición constitucional o legal, estén excluidos de la actividad de los particulares; y, concluyó que esta disposición sí contiene una contradicción, ya que existiendo restricción constitucional no es viable que, por otro medio, lo faculte una ley de jerarquía inferior. Con esa base, esta disposición fue declarada inconstitucional.

7. Se impugnó la disposición que derogó el segundo párrafo del artículo 1520 del Código Civil, por considerar que implicaba una renuncia del poder soberano del Estado de controlar y aprobar las normas y tarifas de los servicios públicos, ya que la prestación de estos es una responsabilidad de esa supraentidad. La Corte desestimó el cuestionamiento al considerar que la derogatoria relacionada no releva de ninguna manera al Estado de ejercer la vigilancia que se alude. Por el contrario, en cuanto a los servicios públicos que puedan ser otorgados por contrato o concesión, la ley objetada dispone minuciosamente en los artículos 96 y 97 las condiciones en que los mismos han de ser otorgados y la aprobación final por el Congreso de la República, que mejora, en cuanto a estos aspectos, la disposición que hasta entonces estaba vigente.

H. POLITICA FISCAL Y TRIBUTARIA DEL ESTADO

En la tarea de localización de la jurisprudencia que condensa radiográficamente la labor que la Corte de Constitucionalidad ha realizado se reveló un dato importante: el tema legislativo que mayor sensibilidad produce en la población es el tributario. Tal aspecto se demuestra con el hecho de que, según muestra estadística, del universo total de las acciones de inconstitucionalidad promovidas, la mayoría se dirigió a impugnar preceptiva

de aquella materia. De esa manera, este Tribunal ha tenido la oportunidad de expresar su pensamiento jurídico, aplicado a aquella rama, enfocándolo bien en derechos y principios de índole general (tales como los de igualdad, defensa, irretroactividad de la ley y otros), así como en otros que son exclusivos del tema fiscal (unicidad de la tributación, capacidad de pago del contribuyente, equidad, justicia tributaria, proporcionalidad, razonabilidad, generalidad, universalidad del tributo y otros).

a. La contravención al derecho de igualdad en la promulgación de una ley en materia tributaria fue denunciada en los expedientes acumulados 886-96, 887-96, 889-96, 944-96 y 945-96. Se afirmó, en aquella ocasión, que la Ley del Impuesto de Solidaridad, Extraordinario y Temporal y de Emisión de Bonos del Tesoro de Emergencia Económica 1996, al regular que del pago de dicho impuesto se encontraban exentos únicamente las personas individuales que se desempeñaran en relación de dependencia y que hubieren percibido o percibieran ingresos hasta por la suma de Q48,000.00 por año, se generó un tratamiento desigual y se transgredieron los principios de justicia tributaria y de generalidad del tributo, ya que la exención debió alcanzar también a comerciantes, profesionales o personas que aunque no se desempeñaran en relación de dependencia hubieren obtenido u obtuvieran ingresos menores a la cantidad indicada, en el período de imposición. Contravino también el principio de igualdad al normar que personas con alta capacidad económica pudieran descontar el 10% del monto total de la obligación tributaria cuando pagaran el impuesto durante el primer mes de vigencia de la ley.

El primero de los argumentos expuestos fue acogido, y para ello la Corte de Constitucionalidad estimó que, en efecto, aun cuando el principio de igualdad reconoce un mismo tratamiento para los semejantes y posiblemente uno distinto para los que no lo son, en el caso analizado existe una diferencia irrazonable en cuanto al origen de los ingresos de los afectados para establecer la diferencia en relación al beneficio de la exención, debido a que siendo gravados los ingresos brutos en los que no hay posibilidad alguna de descontar gastos ni costos, no existe una diferencia sustancial entre los dos tipos de contribuyentes, debiendo descartarse por ello el argumento <aducido en las audiencias concedidas en la acción> de que el trato desigual establecido en la ley obedece a que quienes no tienen una relación exclusiva de dependencia están sujetos a menores controles fiscales y particulares y, por tanto, con mayores posibilidades de evasión del deber tributario, que quienes sí estan en esa relación; de esa cuenta -se dijo-, no resulta razonable que se pretenda recargar a determinadas personas el sacrificio, por cuestiones de deficiencia administrativa en el control de la recaudación.[59]

[59] Sentencia de 11 de septiembre de 1.996.

En cuanto a la otra denuncia de desigualdad que se ubicó en el descuento del diez por ciento en el pago del impuesto para aquellos que lo hicieran efectivo totalmente dentro del primer mes de vigencia de la ley, la Corte de Constitucionalidad no encontró suficiente peso en el argumento porque apreció que tal forma de regulación no agravó a los demás contribuyentes puesto que para éstos se estableció, en otro apartado de la ley, el beneficio de plazo amplio para cumplir la obligación sin recargo de intereses, situación que los niveló a los otros contribuyentes que dejan de ganar el plazo durante el semestre que tendrían para cumplir la obligación.

En la acción que se analiza se trató también el tema de capacidad de pago aplicado a la materia tributaria. Referente a éste se argumentó que devenía inconstitucional porque la base que determina el impuesto no se constituyó por la renta neta del obligado sino que por sus ingresos brutos.

La acción por el motivo aducido fue desestimada, habiendo fundamentado su fallo la Corte de Constitucionalidad en que al prever el legislador la capacidad de pago del contribuyente según la declaración jurada de un año anterior a la vigencia de la ley impositiva (la impugnada), optó por un método racional para estimar o calcular su nivel de riqueza; ello porque es sabido que el legislador se orienta por signos externos que le revelen, con mayor o menor precisión, la capacidad contributiva del habitante, como bien pueden ser su patrimonio, la propiedad, etc. Lo evidente en el caso examinado -afirmó la Corte- es que la norma contiene un indicador de esa capacidad, que se ha basado en los ingresos brutos obtenidos por el obligado, que únicamente estará constreñido a pagar el impuesto si ocurre en él la cualidad de obtenerlos hacia el futuro, esto es durante la vigencia de la ley, por actividades realizadas a título oneroso. El problema de la racionalidad y proporcionalidad del monto del impuesto sobre los estimados o indicadores de la capacidad contributiva debe resolverse -aseveró- a la luz de la experiencia que da el sentido común, que a esta Corte le permite apreciar que el porcentaje de los ingresos o, en su caso, de valor de los activos netos no está gravando más allá de las posibilidades que sustentan la economía de las personas en el giro normal de su actividad dependiente o empresarial. Los montos que grava el impuesto, por apreciación crítica de la realidad económica general, se consideraron aptos, en el fallo de marras, para el cumplimiento del deber tributario.

En esa misma acción se impugnó el hecho de que la ley permitiera al contribuyente trasladar su obligación al convertirla en inversión por medio de la adquisición de Bonos del Tesoro de Emergencia Económica 1996. Esto, según se adujo, generó desigualdad respecto de aquellos que, al carecer de

capacidad económica suficiente e inmediata, no podrían efectuar tal conversión y, por lo mismo, no obtendrían oportunidad de excluirse del cumplimiento obligatario del pago del impuesto.

La Corte consideró, respecto de este último punto, que la premisa invocada no tuvo fuerza suficiente para excluir la norma respectiva del ordenamiento jurídico vigente. No obstante, con aplicación del principio *iura novit curia* y haciendo uso de la facultad de aplicar el derecho aunque no hubiere sido esgrimido por el actor, encontró evidente la inconstitucionalidad de la norma impugnada, porque la misma -aseveró- contravino los elementos sustanciales de justicia y equidad proclamados en los artículos 239 y 243 de la Constitución. Percibió el vicio que contraría la Constitución en el hecho de que la norma, al expresar que las personas obligadas, al efectuar la totalidad de la inversión en bonos y extinguir así la obligación de pagar el impuesto por el año 1996, creó una forma de exonerar el pago del impuesto destruyendo la justicia en la imposición que debe distribuir los gravámenes basándolos en la generalidad y uniformidad. La generalidad -dijo- se refiere a que todos los individuos deben pagar impuestos, por lo que nadie puede quedar exento de la obligación del impuesto analizado, a no ser por la única excepción de que carezca de capacidad de pago. La norma producía un fenómeno a la inversa: la de exentar del pago no al que estuviere por debajo del límite económico razonablemente necesario para su subsistencia, sino la de aquellos que estando por encima del mismo decidieran invertir en operaciones financieras recuperables y rentables. El principio de justicia distributiva que se aplica en materia tributaria es la de que nadie que tenga capacidad contributiva debe abstenerse de pagar impuestos, porque los mismos sirven para la realización de los fines de carácter social y son necesarios para la subsistencia del Estado y, por esto, la equidad concede universalidad al tributo. La uniformidad demanda que los iguales sean tratados como iguales y los desiguales como desiguales, postulado que incumplió la norma atacada ya que para imponer la carga fiscal no tomó en cuenta la capacidad contributiva de los habitantes; al contrario, producía reversión del principio de que paga más el que más tiene y paga menos el que menos tiene.

b. En acción aparte fue impugnada la Ley del Impuesto Extraordinario y de Emisión de Bonos de Emergencia 1991.[60] Una de las denuncias expresadas en aquella oportunidad se centró en que el decreto legisló retroactivamente, pues la base imponible del impuesto debía determinarse tomando como referencia los ingresos que hubiere obtenido el sujeto pasivo durante el período fiscal correspondiente al año 1990, es decir, los de un año antes; ello provocó, además, doble tributación, ya que dichos ingresos habían sufrido gravamen con el Impuesto Sobre la Renta.

[60] Expedientes 217-91 y 221-91 (acumulados).

La Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar acción y se pronunció en el sentido de que la retroactividad denunciada no se produjo puesto que el impuesto, como se concibió, no afectó ningún hecho consumado ni ningún derecho adquirido con anterioridad, pues el cálculo del monto de los ingresos obtenidos durante 1990 servía únicamente como parámetro para fijar con precisión la capacidad contributiva del habitante y, por ende, la cuantía del impuesto. Estimó también la Corte que la doble tributación argüida no se produjo ya que el impuesto cuestionado se decretó con carácter extraordinario, es decir, que fue creado para cubrir necesidades que debían ser atendidas de manera urgente, y, de esa cuenta, no colisionaba con otros impuestos de distinta naturaleza, como el Impuesto Sobre la Renta y el Impuesto al Valor Agregado, que tienen su fundamento en las necesidades ordinarias y formales del Estado.

c. La Corte de Constitucionalidad derogó, por incompatibilidad con normas constitucionales, los artículos 61, 62, 64 y 66 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta en cuanto regulaban el pago a cuenta, es decir, anticipado, de dicho impuesto. Se fundamentó este Tribunal en el hecho de que la citada Ley se orienta en un sistema de recepción global de la renta, durante el período impositivo que fija en un año, y es al vencimiento de ese período que el contribuyente formula la liquidación, momento en el cual se determina si existe o no renta imponible. En consecuencia, es al final del período de imposición cuando el sujeto pasivo puede establecer cuál es el monto de los ingresos percibidos, a cuánto ascienden las deducciones que puede aplicar a esa renta bruta y, luego, determinar de manera cierta y segura la renta sobre la cual calculará el monto del impuesto a pagar. Entonces, el hecho imponible sólo puede considerarse realmente producido cuando se han integrado todos los elementos que normalmente lo configuran y la dimensión temporal se ha cumplido; de esa cuenta -sostuvo-, exigir el pago en forma coercitiva antes del nacimiento de la obligación y sin que se hubiere vencido el plazo que la misma ley señalaba, como lo hacía la regulación del pago a cuenta, faltaba a la razonabilidad, que es uno de los principios que limitan el poder tributario del Estado. [61]

d. Aparte del análisis que la Corte ha efectuado, tomando como base los derechos fundamentales o los principios contenidos en la Constitución Política de la República de los que se hizo alusión, ha desplegado otros estudios que atienden aspectos doctrinarios relativos a la materia fiscal.[62]

En la acción correspondiente fueron impugnados los artículos 1 y 2

[61] Expedientes 269-92, 326-92, 352-92 y 41-92. Sentencia de 11 de febrero de 1,994.
[62] Expediente 203-88, sentencia de 5 de octubre de 1,998.

del Decreto Ley 39-82 y los Acuerdos Gubernativos 485-88 y 101-88. Se sostuvo que las normas atacadas atribuyeron el carácter de "impuesto disfrazado" al sobrecargo compensatorio al consumo de combustibles, establecido en el Decreto Legislativo 31-79, por lo que tal hecho se sujetó a una doble tributación, lo que resultaba contrario a lo establecido en los artículos 239 y 243 de la Constitución.

La Corte consideró en aquella oportunidad, para denegar la acción, que el fin primordial de los impuestos (y de los tributos en general) es esencialmente fiscal, es decir, que procuran la dotación de recursos al Estado para que éste cumpla sus objetivos; advirtió, sin embargo, que también pueden conllevar fines parafiscales, pues se han utilizado como instrumentos útiles por medio de los cuales esa supraentidad intervenga orientando el proceso económico, bien sea favoreciendo a algunos sectores, bien sea gravando otros. Así, dedujo que la intención del legislador al decretar el sobrecargo compensatorio contemplado en la normativa impugnada, no fue la de agenciar recursos al Estado, sino la de instituir un mecanismo regulador de los precios internos de los combustibles. Se trató, en ese caso -aseveró-, no de la potestad tributaria, sino de la intervención del Estado en el proceso económico, que se justifica por la defensa de los intereses generales. Hizo la salvedad de que aun cuando se admite el fin parafiscal de los tributos, ha de tenerse presente que nunca puede tener preeminencia sobre su fin esencial que es el fiscal, el cual resulta ser, a la postre, el primario del impuesto, y el parafiscal, si lo hubiera, será el secundario. Así, una vez logrado ese fin primario, el tributo se agota en su contenido y cesa el aspecto tributario de la actividad estatal financiera, porque lo atinente al destino y administración de los recursos obtenidos es materia de orden presupuestario y no tributario.

I. CUESTIÓN DE BELICE

a. Esta materia se ilustra con el fallo dictado sobre el "Caso Belice", como ha dado en llamarse al diferendo entre Guatemala y la Corona Británica, que tiene sus orígenes desde la época colonial y que fue provocado por la ocupación ilegal realizada por los ingleses a la parte del territorio guatemalteco que actualmente se denomina Belice. Dicha disputa ha sido sostenida por muchos años y ha originado negociaciones que han resultado infructuosas para su resolución.

El 21 de septiembre de 1981 Belice declaró su independencia, aunque Guatemala no la reconoció. No obstante ello, Belice pasó a ser miembro de las Naciones Unidas, con el apoyo del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General.

La Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar acción y se pronunció en el sentido de que la retroactividad denunciada no se produjo puesto que el impuesto, como se concibió, no afectó ningún hecho consumado ni ningún derecho adquirido con anterioridad, pues el cálculo del monto de los ingresos obtenidos durante 1990 servía únicamente como parámetro para fijar con precisión la capacidad contributiva del habitante y, por ende, la cuantía del impuesto. Estimó también la Corte que la doble tributación argüida no se produjo ya que el impuesto cuestionado se decretó con carácter extraordinario, es decir, que fue creado para cubrir necesidades que debían ser atendidas de manera urgente, y, de esa cuenta, no colisionaba con otros impuestos de distinta naturaleza, como el Impuesto Sobre la Renta y el Impuesto al Valor Agregado, que tienen su fundamento en las necesidades ordinarias y formales del Estado.

c. La Corte de Constitucionalidad derogó, por incompatibilidad con normas constitucionales, los artículos 61, 62, 64 y 66 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta en cuanto regulaban el pago a cuenta, es decir, anticipado, de dicho impuesto. Se fundamentó este Tribunal en el hecho de que la citada Ley se orienta en un sistema de recepción global de la renta, durante el período impositivo que fija en un año, y es al vencimiento de ese período que el contribuyente formula la liquidación, momento en el cual se determina si existe o no renta imponible. En consecuencia, es al final del período de imposición cuando el sujeto pasivo puede establecer cuál es el monto de los ingresos percibidos, a cuánto ascienden las deducciones que puede aplicar a esa renta bruta y, luego, determinar de manera cierta y segura la renta sobre la cual calculará el monto del impuesto a pagar. Entonces, el hecho imponible sólo puede considerarse realmente producido cuando se han integrado todos los elementos que normalmente lo configuran y la dimensión temporal se ha cumplido; de esa cuenta -sostuvo-, exigir el pago en forma coercitiva antes del nacimiento de la obligación y sin que se hubiere vencido el plazo que la misma ley señalaba, como lo hacía la regulación del pago a cuenta, faltaba a la razonabilidad, que es uno de los principios que limitan el poder tributario del Estado. [61]

d. Aparte del análisis que la Corte ha efectuado, tomando como base los derechos fundamentales o los principios contenidos en la Constitución Política de la República de los que se hizo alusión, ha desplegado otros estudios que atienden aspectos doctrinarios relativos a la materia fiscal.[62]

En la acción correspondiente fueron impugnados los artículos 1 y 2

[61] Expedientes 269-92, 326-92, 352-92 y 41-92. Sentencia de 11 de febrero de 1,994.
[62] Expediente 203-88, sentencia de 5 de octubre de 1,998.

del Decreto Ley 39-82 y los Acuerdos Gubernativos 485-88 y 101-88. Se sostuvo que las normas atacadas atribuyeron el carácter de "impuesto disfrazado" al sobrecargo compensatorio al consumo de combustibles, establecido en el Decreto Legislativo 31-79, por lo que tal hecho se sujetó a una doble tributación, lo que resultaba contrario a lo establecido en los artículos 239 y 243 de la Constitución.

La Corte consideró en aquella oportunidad, para denegar la acción, que el fin primordial de los impuestos (y de los tributos en general) es esencialmente fiscal, es decir, que procuran la dotación de recursos al Estado para que éste cumpla sus objetivos; advirtió, sin embargo, que también pueden conllevar fines parafiscales, pues se han utilizado como instrumentos útiles por medio de los cuales esa supraentidad intervenga orientando el proceso económico, bien sea favoreciendo a algunos sectores, bien sea gravando otros. Así, dedujo que la intención del legislador al decretar el sobrecargo compensatorio contemplado en la normativa impugnada, no fue la de agenciar recursos al Estado, sino la de instituir un mecanismo regulador de los precios internos de los combustibles. Se trató, en ese caso -aseveró-, no de la potestad tributaria, sino de la intervención del Estado en el proceso económico, que se justifica por la defensa de los intereses generales. Hizo la salvedad de que aun cuando se admite el fin parafiscal de los tributos, ha de tenerse presente que nunca puede tener preeminencia sobre su fin esencial que es el fiscal, el cual resulta ser, a la postre, el primario del impuesto, y el parafiscal, si lo hubiera, será el secundario. Así, una vez logrado ese fin primario, el tributo se agota en su contenido y cesa el aspecto tributario de la actividad estatal financiera, porque lo atinente al destino y administración de los recursos obtenidos es materia de orden presupuestario y no tributario.

I. CUESTIÓN DE BELICE

a. Esta materia se ilustra con el fallo dictado sobre el "Caso Belice", como ha dado en llamarse al diferendo entre Guatemala y la Corona Británica, que tiene sus orígenes desde la época colonial y que fue provocado por la ocupación ilegal realizada por los ingleses a la parte del territorio guatemalteco que actualmente se denomina Belice. Dicha disputa ha sido sostenida por muchos años y ha originado negociaciones que han resultado infructuosas para su resolución.

El 21 de septiembre de 1981 Belice declaró su independencia, aunque Guatemala no la reconoció. No obstante ello, Belice pasó a ser miembro de las Naciones Unidas, con el apoyo del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General.

En fecha posterior, el Presidente de Guatemala emitió dos Acuerdos que contenían: a) Nombramiento de un Embajador Extraordinario y Plenipotenciario del Gobierno de Guatemala ante Belice; y, b) Otorgamiento de beneplácito al nombramiento de Embajador de Belice en Guatemala.

Dichas disposiciones fueron impugnadas por vía de inconstitucionalidad, pues se consideró que violaban los principios de integridad territorial y de dignidad nacional.

El asunto, como es obvio suponer, provocó un fuerte debate nacional debido a su naturaleza altamente sensible, puesto que durante muchísimos años ha causado malestar a los habitantes por haber sufrido lo que estiman un despojo de su territorio y no haber logrado aún solución satisfactoria a sus demandas reivindicatorias en el diferendo territorial, y cuya iniciativa de solución diplomática corresponde al organismo ejecutivo. La sentencia de la Corte, pronunciada en votación dividida (cuatro contra tres) fue objeto de comentarios de diversos sectores de opinión que, en buena parte, no compartieron el criterio que la inspiró. Algunos párrafos de dicha resolución evidencian lo difícil que resultaba decidir jurídicamente un asunto cargadamente político y justamente emotivo. Entre tales enunciados se consideró:

> *"...el reconocimiento del Estado de Belice fue una decisión unilateral de política exterior del Gobierno de Guatemala, para poder negociar directamente con Belice una solución definitiva al diferendo existente..."*

En relación a la decisión de establecer relaciones diplomáticas con Belice y el nombramiento de un embajador estimó que:

> *"...son actos de política exterior que sirven cabalmente a los objetivos de negociación de desarrollo de relaciones sociales, económicas y culturales con Belice."*

La Corte concluyó en que tales actos *"no violan, por sí mismos, ninguna disposición de la Constitución Política de la República, pero por la materia con la cual se relacionan, deben cumplir con el requisito posterior de ser sometidos a su calificación y, en su caso a la aprobación del Congreso de la República"*.[63] Lo anterior significó que los actos debían ser sometidos, para su validez, a la función contralora del Congreso de la República, que debería calificar si los mismos

[63] Ello a tenor del contenido del artículo 19 de las Disposiciones Transitorias y Finales de la Constitución, el cual establece que "El Ejecutivo queda facultado para realizar las gestiones que tiendan a resolver la situación de los derechos de Guatemala respecto a Belice, de conformidad con los intereses nacionales. Todo acuerdo definitivo deberá ser sometido por el Congreso de la República al procedimiento de consulta popular previsto en el artículo 173 de la Constitución".

afectaron o no el dominio de la Nación, y a la vez, supeditados al máximo contralor de la actividad política que es el pueblo, en el que reside la soberanía.

b. Suponemos interesante el caso planteado ante la Corte en que se impugnó de inconstitucionalidad la *Convención entre la República de Guatemala y Su Magestad Británica relativa a los límites de Honduras Británico del treinta de abril de 1859,* el Acuerdo del 1 de mayo de 1859 y el Acto de aprobación de la misma Convención emitido por la Cámara de Representantes el 30 de enero de 1860.

Los accionantes[64] concluyeron que dicha convención es nula ipso jure por falta de objeto lícito, por ausencia de causa lícita, por vicio del consentimiento y por falta de capacidad de una de las partes. En cuanto a los actos de aprobación y ratificación, señalaron la ilegitimidad del procedimiento constitucional *(interna corporis).*

La Corte, en su sentencia de 27 de agosto 1997, reiteró lo que había resuelto en sentencia de 16 de agosto de 1994 que declaró la improcedencia de inconstitucionalidad similar, por no corresponder a sus competencias hacerlo en cuanto se haga referencia a una constitución que no está vigente. En este nuevo asunto, replanteado por los impugnantes, la variable consistió en que éstos sostuvieron que la Convención atacada forma parte del orden jurídico vigente del país y como consecuencia la CC estaba obligada a pronunciarse. Al respecto, en lo esencial, la Corte estimó que a la Convención fue denunciada y se declaró caducada y sin valor por parte de Guatemala. Por ello sostuvo:

> *"De manera reiterada esa Corte ha sostenido que el control de constitucionalidad de normas se pronuncia únicamente en relación con disposiciones vigentes cuya incompatibilidad con el orden supremo establecido exige que se les excluya del sistema jurídico del país. Así, en varios fallos ha declarado sin lugar la inconstitucionalidad demandada: a) por pérdida de vigencia de la norma atacada; b) por derogatoria expresa; c) por derogatoria tácita; o d) por haber sido declarada previamente inconstitucional. (...) es materialmente improcedente referirse al confrontamiento constitucional de una Convención suscrita por Guatemala que, por denuncia y declaratoria de caducidad del mismo Estado, ha dejado de tener vigencia y aplicabilidad. A pesar de que la llamada Convención de mil ochocientos cincuenta y nueve fue suscrita por la contraparte inglesa en abierta violación a una norma imperativa que la obligaba a no asumir ni ejercer ningún dominio en América Central, por imponérselo el tratado Clayton-Bulwer de mil ochocientos cincuenta (no obstante reserva formulada*

[64] Alberto Herrarte González y Gabriel Orellana Rojas

durante el canje de ratificaciones, pues, por el principio res inter allios actae, no era vinculante para un tercer Estado) y, también, por los vicios de consentimiento al forzar la simulación del objeto de aquella Convención, y por la suscripción y ratificación imperfectas por parte de Guatemala de la misma, al vulnerar disposiciones constitucionales existentes y vigentes entonces que prohibían la enajenación del territorio, esta Corte no puede hacer declaración al respecto -como quedará explicado en la parte resolutiva de esta Sentencia interpretativa- porque jurídicamente la Convención entre la República de Guatemala y Su Magestad Británica, relativa a los límites de "Honduras Británico" de treinta de abril de mil ochocientos cincuenta y nueve, es nula e inexistente para nuestro país desde el cinco de abril de mil ochocientos ochenta y cuatro en que se suscribió la nota guatemalteca que, por su fondo y efectos, constituye una denuncia de dicho tratado y que notas diplomáticas posteriores de Guatemala vinieron a ratificar, hasta la emisión del Decreto 224 del Congreso de la República que las confirmó. Por derivación de caducidad del asunto principal, aquellos otros que le son accesorios y de mero procedimiento, como sucede en este caso con el acuerdo de uno de mayo de mil ochocientos cincuenta y nueve, en virtud del cual el Presidente de la República de Guatemala, aprobó y ratificó la Convención precitada, y el acto de aprobación de la misma emitida por la Cámara de Representantes de Guatemala el treinta de enero de mil ochcoeintos sesenta, no tienen vigencia ni positividad por lo que carecen de materia confrontativa con las normas constitucionales en vigor, lo que hace imposible estimar la impugnación planteada en su contra." La parte resolutiva de la sentencia, por su forma interpretativa, orienta sobre la materia en su punto I, que reza: "Sin lugar la inconstitucionalidad planteada en cuanto ante los tribunales constitucionales de la República de Guatemala no es jurídicamente viable pretender una declaración de inconstitucionalidad de la Convenión..., cuya caducidad y nulidad in toto devino por legítima denuncia por la parte inocente de su violación sustancial y, como consecuencia, carece de vigencia y positividad para el Estado guatemalteco, el que, en instancias extranacionales, puede invocar, apoyado entre otras razones fundamentales de nulidad, la causa manifiesta de vicio de consentimiento por parte de Guatemala al suscribir la Convención, y el Acto de ratificación y Acuerdo de aprobación impugnados, que son accesorios a lo principal, al haberse vulnerado con su suscripción y emisión correspondientes, disposiciones constitucionales existentes y vigentes en la época, que prohibían la enajenación de su territorio."

J. TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

a. Se impugnó de inconstitucional el Tratado de Extradición suscrito el 27 de febrero de 1903 entre los Gobiernos de Guatemala y los Estados Unidos de América, así como la Convención Suplementaria a dicho Tratado, de 20 de junio de 1940. Se argumentó que violaba la prohibición de subordinación entre los poderes del Estado, establecida en la Constitución, al establecer que el Organismo Judicial debía sujetar su decisión a la del Organismo Ejecutivo, puesto que a éste se confiaba decidir en definitiva la entrega o no del delincuente.

La Corte consideró que la extradición es un instituto complejo, cuya extensión abarca diferentes ámbitos del derecho: el internacional, el penal, el procesal y el administrativo, y, de esa cuenta, cuando un Estado solicita la extradición de determinada persona, el Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, traslada el asunto a conocimiento del Organismo Judicial y serán los tribunales los que resolverán si procede o no la extradición solicitada. Este procedimiento tiene su razón de ser en el hecho de que el Presidente de la República no puede conceder la extradición por sí solo, sino que previamente debe agotar un procedimiento jurisdiccional que garantice al requerido el respeto a su derecho de defensa. Por ello, concluyó que dicho Tratado no viola el artículo 141 de la Constitución, porque en ningún caso se atenta contra la independencia de un Organismo, pues se trata de una serie de actos jurisdiccionales y administrativos en los que cada órgano actúa en la esfera de su respectiva competencia.

b. Se impugnó también la Convención Suplementaria del Tratado, sosteniéndose que violaba el principio de legalidad que, para efectos de la Convención, consistía en que el hecho imputado, debe estar tipificado como delito tanto en la legislación del Estado requirente como en la del requerido. Con esa base resultaba inconstitucional que en la normativa penal guatemalteca se estableciera el delito de tráfico de fármacos, drogas y estupefacientes y en el citado instrumento no apareciera esa denominación.

La Corte sostuvo que uno de los elementos que integran el régimen jurídico sustantivo de la extradición que se regula en los tratados, lo constituye la calidad del hecho que se imputa al sujeto pasivo. A su juicio, es necesario que tal hecho constituya delito de orden común y para el efecto se enuncie en el tratado las infracciones penales para las que procede la extradición, sin requerirse que la denominación sea coincidente en el tratado y en las legislaciones de los Estados contratantes.

La inconstitucionalidad solicitada se fundamentó, además, en el hecho de que la Constitución limita la extradición a los delitos de lesa humanidad y cometidos contra el Derecho Internacional, sin autorizarla para los delitos comunes.

En este sentido se estimó que la Constitución prohibe la extradición únicamente para los delitos políticos, salvo los de lesa humanidad y contra el derecho internacional, en atención a que de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, la erradicación de ese tráfico es responsabilidad colectiva de todos los Estados y para ese fin es necesaria la acción coordinada en el marco de la cooperación internacional.

c. Este tratado y su convención suplementaria fueron también objeto de impugnación en la vía de inconstitucionalidad en caso concreto,[65] con el argumento de que si bien el artículo 27 de la Constitución preceptúa que el derecho de asilo y extradición se rigen por lo dispuesto en los tratados internacionales, también establece la salvedad de que en ningún caso los guatemaltecos serán entregados a gobierno extranjero, salvo lo dispuesto por tratados y convenciones con respecto a los delitos de lesa humanidad y contra el derecho internacional. Adicionalmente se adujo que el gobierno de los Estados Unidos de América solicitó la extradición de una persona por la supuesta comisión del delito de tráfico ilegal de drogas, que no constituye delito de lesa humanidad o contra el derecho internacional.

La Corte consideró, con base en el artículo V del Tratado de Extradición impugnado, que no hay obligación por parte del Estado de entregar a los ciudadanos requeridos, salvo cuando el Poder Ejecutivo lo creyere conveniente. Con ese fundamento y según lo establecido en el artículo 27 de la Constitución, que regula la institución de la extradición, concluyó en que existe prohibición constitucional para extraditar a los nacionales.

K. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

Las reformas a la Constitución del país siempre han generado cierto celo, temor y desconfianza, quizá por el sentimiento constitucional incipiente, o bien porque a sus escasos 13 años la Constitución ha sido objeto de reformas de varios artículos, y se proyectó la reforma de otros cuarenta y siete. En el año de 1993, el Congreso de la República, por medio del Acuerdo 18-93,

[65] Expediente 458-94, Gaceta 35, página 30.

reformó la Constitución Política, acto del cual se cuestionó su falta de iniciativa; sin embargo, dicha carencia quedó desvirtuada puesto que la moción fue respaldada por el pleno del Legislativo, como lo hizo ver la Corte al considerar:

> *"del estudio de la versión taquigráfica de las sesiones del Congreso en las cuales se discutieron las reformas, se establece que cuando se planteó la moción de las reformas, ésta fue apoyada por el pleno, dando inicio al proceso de creación hasta su aprobación final. Toda iniciativa lleva la intención de presentar al Congreso de la República un proyecto de ley para su discusión por lo que cabe destacar que cuando la reforma de la Constitución se planteó en el pleno, fue acogida de inmediato, lo que indica que la propuesta calzada con la firma de diez o más diputados no se hacía necesaria toda vez que la misma era respaldada por el pleno del Congreso."*

Sobre este Acuerdo también se cuestionó el hecho de que el Tribunal Supremo Electoral se haya tomado la atribución de fijar la pregunta que sirvió para recabar la voluntad popular sobre ratificar o no las reformas a la Constitución. Sobre el particular la Corte consideró:

> *"el procedimiento de Consulta Popular previsto en el artículo 173 de la Constitución, es genérico y se aplica a todas aquellas decisiones políticas de especial trascendencia y, como no tiene orientación específica, se previó que las preguntas las podía fijar el Presidente de la República o bien el Congreso, dependiendo del asunto de que se tratara; sin embargo, cuando la Consulta Popular se hace con el fin de ratificar o no las reformas a la Constitución, lo genérico de la consulta según el artículo 173 citado, desaparece, para dar lugar al asunto específico de ratificación, en el que el asunto era conocer si el pueblo decía no o decía sí a las reformas; y así fue como se hizo. De ahí que la pregunta a formular era obvia y por ello la fijo el Tribunal Supremo Electoral, conforme a lo previsto en la propia Constitución en el artículo 43 de las Disposiciones Transitorias y Finales."*

Con esta afirmación la CC aclaró que cuando se trate de consulta popular para ratificar reformas a la Constitución, el Tribunal Supremo Electoral está legitimado para proponer la o las preguntas a formular.[66]

Adicionalmente, se puso en duda la constitucionalidad de algunos artículos de este Acuerdo, con el argumento de que contradecían algunos artículos de la Constitución y como ésta fue emitida por el Poder Constituyente, tenía primacía respecto de las reformas, que fueron hechas por el poder

[66] Sentencia 10 de agosto de 1995. Gaceta 37, Página 22.

asentó que

> *"las normas en virtud de las cuales se reformaron algunos de los preceptos de la Constitución, pasaron a formar parte de la misma, que es un cuerpo único e indivisible, en el que todas sus normas tienen igual jerarquía. Las reformas constitucionales han desaparecido como un cuerpo autónomo y siendo parte de la Constitución no pueden provocar la contradicción de sí misma y, por lo mismo, es ilógico que ellas mismas violen el principio de supremacía constitucional..."*

Como consecuencia de aplicar este criterio, a juicio de la Corte no es posible declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional, puesto que ella es el marco de referencia en relación con el que se calificarán las normas impugnadas.[67]

L. PROFUNDA SIGNIFICACIÓN POLÍTICA

En este apartado se analizarán dos fallos: la sentencia de "25 de mayo de 1993" y el fallo que resolvió la impugnación planteada contra el Acuerdo Legislativo que autorizó al Presidente de la República para ausentarse del territorio centroamericano durante un año. Ambos se consideran de significación política; el primero, porque detalla desde la óptica de la Corte cómo obtener, por vía jurídica, el retorno a la institucionalidad del país en un momento en que se veía seriamente amenazada, y el segundo, porque retrata de manera significativa el principio de la división y separaración de poderes.

a. Sentencia de 25 de mayo de 1993. Retorno a la Constitucionalidad.

La vida política del país ha requerido la intervención oportuna de la Corte de Constitucionalidad con el objeto de ofrecer una solución jurídico-constitucional a los problemas coyunturales de significación política. La mayoría de veces, su intervención obedece al requerimiento de alguno de los ciudadanos, de cualesquiera de los poderes del Estado o, bien, de alguna de sus instituciones; sin embargo, ante el fallido intento de quebrantamiento del orden constitucional provocado por el Acuerdo que contenía las "Normas Temporales de Gobierno" emitido por el Presidente de la República, por medio del cual pretendió disolver el Congreso de la República y la Corte de

[67] Sentencia 12 de marzo de 1996. Gaceta 39, Página 42.

Suprema de Justicia, la CC se vio en la necesidad de salir al paso de los acontecimientos y de oficio, en la misma fecha en que se suscitó el acontecimiento, decidió poner coto a aquellas disposiciones que amenazaban la constitucionalidad del país y el Estado de derecho y, para el efecto, emitió la sentencia de "25 de mayo de 1993". Este ha sido hasta ahora el acto de significación política más representativo, porque viabilizó el retorno a la constitucionalidad del país, por la vía jurídica (de la razón y no de la fuerza).

En este histórico fallo, al analizar lo relativo a la supresión del Congreso de la República y de la Corte Suprema de Justicia, la Corte consideró:

> *"... el artículo 157 de la Constitución establece que la potestad legislativa corresponde al Congreso de la República integrado por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal, por el sistema de lista nacional y distritos electorales", y conforme al artículo 162, los diputados durarán en sus funciones cinco años. En consecuencia la decisión de suprimir al mencionado Organismo del Estado, es un acto contrario a la normatividad constitucional. De la misma manera, la Constitución Política regula en el Título IV, Capítulo IV, la organización y funcionamiento del Organismo Judicial y, entre las garantías de este organismo figura su independencia funcional y la no remoción de los magistrados y jueces, salvo los casos establecidos en la ley. La Constitución determina la forma en que se designan los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y fija para el desempeño de sus atribuciones un período de seis años (artículos 203, 205 y 215 de la Constitución). La Constitución no atribuye al Presidente de la República la facultad de nombrar ni destituir jueces y magistrados, por lo que la decisión que se analiza es contraria a las disposiciones contenidas en las normas fundamentales que rigen la vida de la República."*

Para los estudiosos del derecho este caso resulta relevante, puesto que, aún cuando algunos disienten del proceder oficioso de este Tribunal, coinciden en que el mismo se hizo en cumplimiento de la misión esencial de defender la Constitución y, sobre todo, porque cumplió con la finalidad de restablecer el orden constitucional transgredido, como se desprende del último considerando de este fallo, en el que la Corte expresó:

> *"Los actos realizados por el Presidente de la República antes referidos y los actos que de ellos se deriven, no solo se transgreden determinados artículos constitucionales, sino que representan el rompimiento del orden constitucional, situación que no puede pasar inadvertida para esta Corte cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Consecuentemente, procede declarar que los actos realizados por el Presidente de la República adolecen de nulidad ipso jure y, por lo tanto,*

carecen de toda validez jurídica, por lo que es imperativo para este Tribunal hacer la declaratoria correspondiente y dejar sin efecto aquellas disposiciones, restableciendo así el orden jurídico quebrantado."

Como era de esperar, este fallo no fue bien recibido por el poder Ejecutivo y, debido a su oposición, a acatarlo no fue suficiente, por sí mismo, para restablecer el orden constitucional transgredido. Fue necesario, entonces, que la Corte emitiera el auto de "31 de mayo de 1993", por medio del cual requirió a los Ministros de Gobernación y de Defensa para que se prestara el apoyo necesario para que aquel otro se publicara en el Diario Oficial, a efecto de que fuera cumplido por el Presidente. Habiéndose efectuado la publicación, el Presidente abandonó el país, y cuando se disponía a tomar posesión del cargo el Vicepresidente, la Corte, en auto de "4 de junio" lo declaró inhabilitado, no sólo para continuar el ejercicio del cargo, sino que también para optar a la Presidencia de la República, habiendo considerado que:

"... el actual Vicepresidente, señor Gustavo Adolfo Espina Salguero, actuó durante el lapso que duró el golpe de Estado propiciado por el Presidente y participó notoriamente en los actos ilegítimos realizados por el Organismo Ejecutivo -entre otros, en el acto en que se dio posesión a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por el Gobierno de Facto- con lo cual su situación se subsume en la prescripción contenida en el citado artículo 186 inciso a) de la Constitución Política, lo que trae aparejada la consecuencia de que no puede optar al cargo de Presidente de la República. En todo caso, el Vicepresidente tiene corresponsabilidad política con el Presidente, por cuanto que el artículo 191 inciso c) de la Constitución establece, entre las funciones del Vicepresidente, 'Coadyuvar, con el Presidente de la República, en la dirección de la política general del gobierno y ser corresponsable de ellas.' De las actuaciones del Vicepresidente, en un régimen que alteró el orden constitucional, dimana la consecuencia de que se encuentra inhabilitado para continuar en el ejercicio de la Vicepresidencia y para optar al cargo de Presidente de la República."

Con esa base, la Corte fijó al Congreso de la República el plazo de veinticuatro horas para proceder a designar a la persona que debía desempeñar el cargo de Presidente de la República para completar el período constitucional interrumpido. Tal mandato fue cumplido, por lo que, debido al acatamiento, se resolvió la crisis política del país.[68]

[68] Sentencia de 25 de mayo de 1,993. Gaceta 28, página 1.

b. División o separación de poderes

Conforme la Constitución de la República, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido que uno de los principios básicos del Estado de Derecho es el de la división o separación de poderes, en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos a los casos controvertidos que se someten a su conocimiento, y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar. La división de poderes constituye, además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados. Por ello entiende que el:

> *"sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente la de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad".*

Con base en esta doctrina, la Corte afirma que los controles interorgánicos se dan cuando:

> *"el Organismo Ejecutivo realiza dicho control sobre el Legislativo cuando ejercita el derecho de veto sobre las leyes aprobadas por éste (artículo 178 de la Constitución), o cuando ejerce su facultad de dictar disposiciones en casos de emergencia o calamidad, en materias que son propias del Congreso de la República (artículo 183 inciso f); a su vez, el Organismo Legislativo ejerce control sobre el Ejecutivo, entre otros, en la interpelación a los ministros de Estado (artículos 166 y 167 de la Constitución) y sobre el Organismo Judicial cuando, por ejemplo, tramita los antejuicios contra el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (artículo 165 inciso h), o cuando elige a los Magistrados de dicho Organismo (artículo 215 y 217 de la Constitución). Por su parte el Organismo Judicial ejerce un control jurisdiccional sobre el legislativo cuando los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia deben observar el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado; y sobre el Ejecutivo, por medio del control que ejerce el Tribunal de la Contencioso Administrativo sobre la juridicidad de los actos de la administración pública."*

Estas funciones obedecen a mandato constitucional, lo que significa que responden al voluntad soberana del pueblo, que en ejercicio del poder constituyente elaboró la Constitución; a ello obedece que, a juicio de la Corte:

> *"los órganos estatales no pueden delegar, modificar ni tergiversar el contenido ni el sentido de la función de la función que les ha sido otorgada; cualquier tergiversación, delegación o disminución que hagan de sus funciones, o de parte de ellas, pasando por encima de la delimitación que la Constitución ha establecido en cuando a su competencia es inconstitucional, porque comporta el hecho de que un poder constituido, ubicándose en el mismo plano del poder constituyente, modifica por sí la ley suprema del país."*

Con base en esta doctrina, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Acuerdo Legislativo 3-92 que otorgaba autorización al Presidente y Vicepresidente de la República para ausentarse del territorio de Centroamérica durante el período de un año; porque estimó que se contravenía el artículo 165 inciso e) de la Constitución, que asigna al Congreso de la República la función de conceder o no permiso a dichos funcionarios, en atención a que el mismo:

> *"establece una serie de controles del Legislativo sobre el Ejecutivo que deben se realizados de conformidad con el texto y finalidad constitucionales. El poder que el artículo 165 de la Constitución confiere al Congreso, no es un derecho o facultad que pueda ser renunciado o modificado; por el contrario, se trata de una función que le ha sido confiada por el poder soberano del pueblo como parte del poder interorgánico; el Poder Constituyente que creó el Organismo Legislativo, le impuso (...) la función de determinar la necesidad, oportunidad y conveniencia de los viajes que el Presidente y Vicepresidente de la República puedan realizar fuera del territorio centroamericano."* y porque, concluyó que dicho en Acuerdo, *"el Congreso de la República renuncia a ejercer el control que le otorga la Constitución en la materia analizada, haciendo nugatoria la efectividad de la norma constitucional."*[69]

[69] Sentencia de 19 de mayo de 1992. Gaceta 24, página 1.

ANEXO

1. ANÁLISIS ESTADÍSTICO

A. TOTAL DE IMPUGNACIONES POR VÍA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CASO CONCRETO PROMOVIDAS DEL 1 DE JUNIO DE 1986 AL 31 DE DICIEMBRE DE 1998

CASOS PLANTEADOS	258
PROCEDENTES	16
IMPROCEDENTES	242

IMPUGNACIONES MÁS FRECUENTES

1.- LEY DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR TIEMPO DE SERVICIO
TOTAL DE IMPUGNACIONES: 69

2.- ARTÍCULO 243 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL
TOTAL DE IMPUGNACIONES: 23

3.- ACUERDO 34-95 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, QUE REGULÓ LA COMPETENCIA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TOTAL DE IMPUGNACIONES: 14

B. ESTADÍSTICA, POR MATERIA, DE OPINIONES CONSULTIVAS EMITIDAS POR LA CORTE

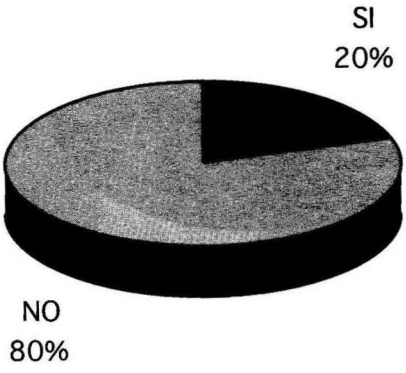
DERECHO CONSTITUCIONAL	9
DERECHO ADMINISTRATIVO	3
DERECHO PENAL	4
DERECHO LABORAL	1
TOTAL DE OPINIONES EMITIDAS	17

C. ESTADISTICA REFERENTE A DICTÁMENES

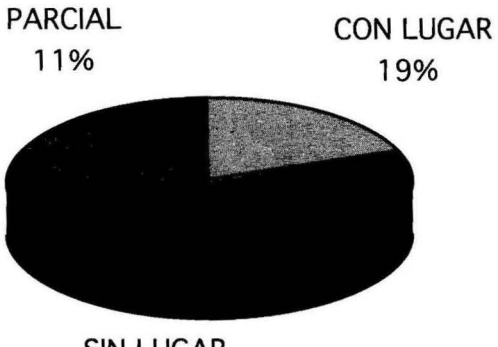
Existe un total de 11 dictámenes, de los cuales 9 son relacionadas con reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos y 2 relacionadas con reformas a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

GRÁFICAS

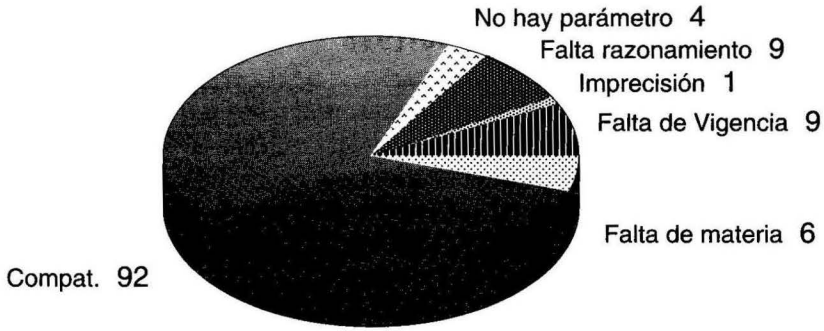
Inconstitucionalidad General
SUSPENSIÓN PROVISIONAL
1986-1998



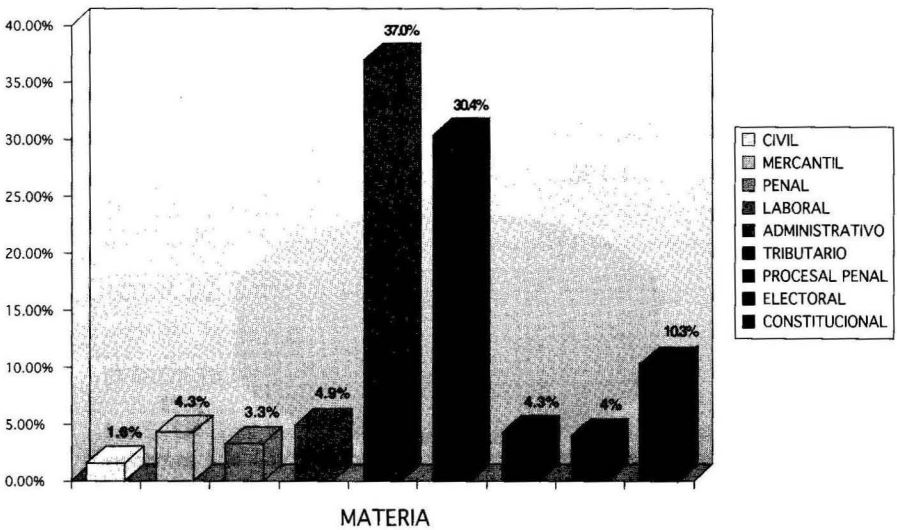
Inconstitucionalidad General
SENTENCIA
1986-1998



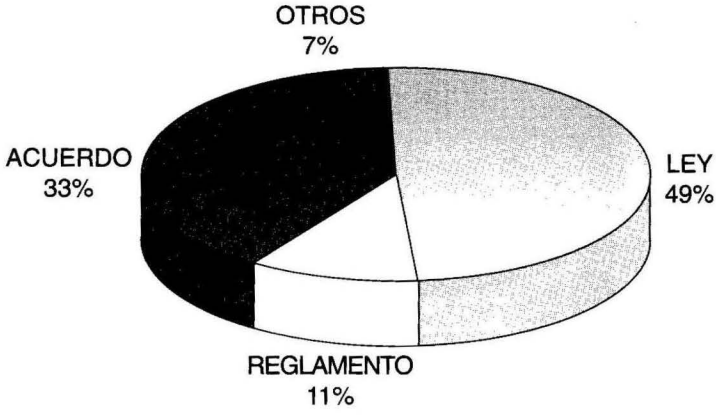
Inconstitucionalidad General
DECLARATORIA DE IMPROCEDENCIA
1986-1998



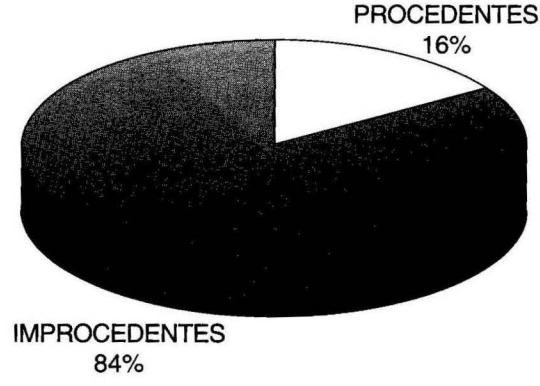
Inconstitucionalidad General
MATERIA DE LA NORMA ATACADA
1986-1998



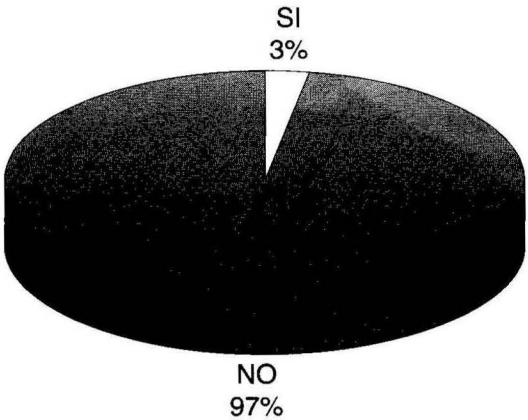
Inconstitucionalidad General
JERARQUÍA DE LA NORMA ATACADA
1986-1998



Inconstitucionalidad General
PROCEDENTES E IMPROCEDENTES
1986-1998

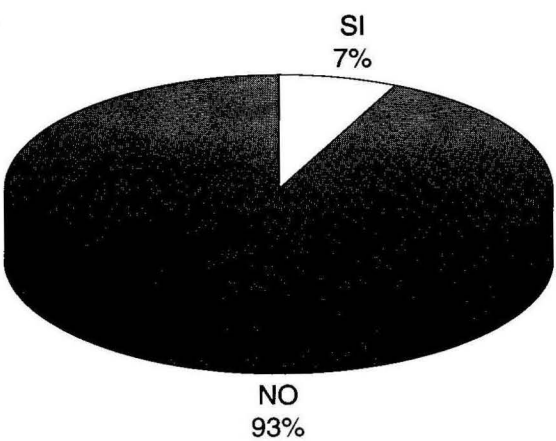


Inconstitucionalidad General
AMICUS CURIAE
1986-1998

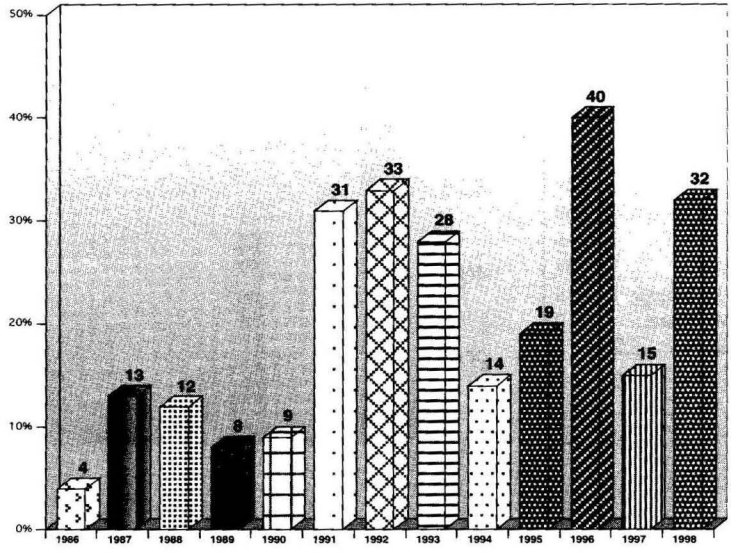


PAG. 110

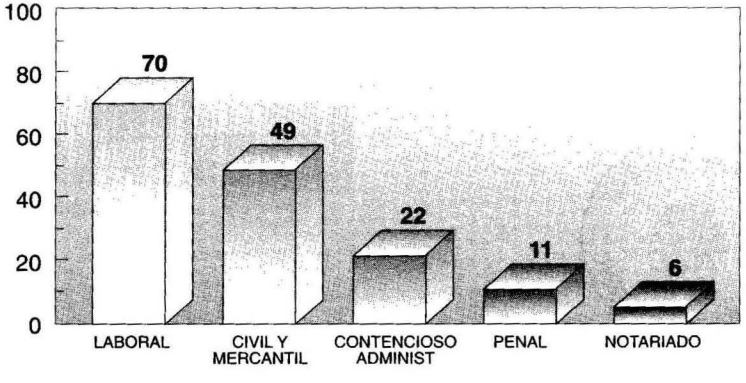
Inconstitucionalidad General
REPERCUSIONES EN PRONUNCIAMIENTO
1986-1998



Inconstitucionalidad
EN CASO CONCRETO
1986-1998

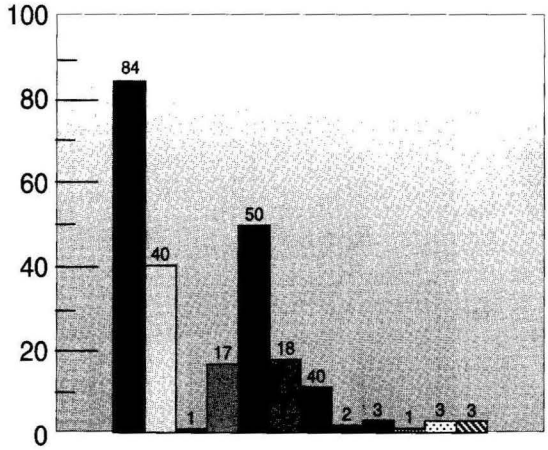


Inconstitucionalidad en Caso Concreto
MATERIA DE LA NORMA ATACADA (PROCESALES)
1986-1998



Inconstitucionalidad General
AMICUS CURIAE
1986-1998

Ordinarios	84
Sumarios	40
Oral	1
Ejecución	17
Contencioso-admitivo	50
Penal	18
Amparos	11
Colectivo laboral	10
Punitivo laboral	2
Recurso de casación	3
Económico coactivo	1
Juicio de cuentas	3
Liquid. honorarios	3



III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Honduras



INFORME DE LA DELEGACION DE LA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE HONDURAS

A LA III CONFERENCIA DE

JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE

IBEROAMERICA, PORTUGAL Y ESPAÑA

Tegucigalpa, M.D.C., Honduras, C.A. Noviembre, 1999

INFORME DE LA DELEGACION DE LA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE HONDURAS

A LA III CONFERENCIA DE

JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE

IBEROAMERICA, PORTUGAL Y ESPAÑA

Tegucigalpa, M.D.C., Honduras, C.A. Noviembre, 1999

CC#

ccpregua@concyt.gob.gt

INFORME DE LA DELEGACION DE LA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE HONDURAS

A LA III CONFERENCIA DE

JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE

IBEROAMERICA, PORTUGAL Y ESPAÑA

Tegucigalpa, M.D.C., Honduras, C.A. Noviembre, 1999

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

En Honduras existen dos formas para el control de la constitucionalidad, una es por la vía de la Inconstitucionalidad y la otra por medio de la Demanda de Amparo, la primera se regula por lo establecido en los artículos 184 y 185 de la Constitución de la República y la segunda por lo establecido en el artículo 183 de la Carta Fundamental y desarrollado por la vigente Ley de Amparo.

a) **SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA IMPUGNACION:**

Nuestra Constitución establece dos formas de plantear la cuestión de inconstitucionalidad: 1o. a instancia de parte interesada, por acción ó excepción, y 2o. de oficio por el Juez ó Tribunal que conozca de un procedimiento judicial (en interés de la ley); requiere en el primer caso, que la misma sea solicitada por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo, es decir que queda restringido o condicionado a que el recurrente sufra, por consecuencia del acto fundado en una norma contraria a la Constitución de la República, un agravio directo, personal y legítimo.

Mientras que en el Amparo, cualquier persona que se sienta afectada o cualquier otra a nombre de ésta, se encuentra facultada para interponerlo, sin necesidad de poder, con tal sea civilmente capaz. En nuestra legislación no existe el derecho a la acción popular, ya que solo los afectados en sus derechos constitucionales, son los legitimados a ejercitar tales acciones, por ende no cabe la

posibilidad de acudir por los llamados intereses difusos y en cuanto a gremios o agrupaciones profesionales, económicas, culturales, etc., los que pueden ostentar la representación son los designados en sus propias leyes o estatutos constitutivos.

En cuanto a la existencia de proyectos de reforma a la ley de desarrollo, sus motivaciones y expectativas, cabe señalar que el PROGRAMA DE MODERNIZACION DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, por medio de su Unidad Ejecutora está patrocinando una **LEY SOBRE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES**, cuyo anteproyecto se encuentra actualmente en discusión con las diferentes instituciones involucradas y otros sectores de la materia, a través de talleres que se han venido desarrollando y así posteriormente someterlo al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, quien haciendo uso de su iniciativa de ley lo deberá presentar ante el Congreso Nacional, para su conocimiento y aprobación.

b) **SUJETOS DEL DEBATE:**

Como se explicara en el inciso anterior, no sólo el que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo puede ejercitar la acción o recurso de inconstitucionalidad, sino, que de oficio lo puede efectuar, antes de dictar resolución, el Juez ó Tribunal cuando conociere de un procedimiento judicial.- El Estado, como tal, si bien no se encuentra formalmente excluido para poder ejercitar éste Recurso, ya que la Constitución de la República solo requiere que la solicite "quien se considere

lesionado en su interés directo, personal y legítimo"; en interés de la ley en el proceso de formación, sanción y promulgación de aquella, el Presidente de la República tiene la facultad constitucional de sancionar, vetar, promulgar y publicar las leyes que apruebe el Congreso Nacional (art. 245 numeral 33 de la Ley Fundamental), y por ende puede devolver al Congreso Nacional el proyecto de una Ley por considerarla inconstitucional, para que el órgano legislativo la someta a una nueva deliberación, para lo cual se debe oír previamente a la Corte Suprema de Justicia (art. 216 Constitucional), siendo éste el camino correcto por el cual el mismo Estado puede subsanar éste tipo de situaciones.- Ahora bien, situación distinta es la del Ministerio Público, que bien puede ejercitar el Recurso de Inconstitucionalidad, siempre y cuando concurran los requisitos contemplados en el artículo 185 de la Constitución de la República (quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo) y del recurso de amparo en forma general.

En materia de Amparo, el criterio de quien puede ejercitarlo es más amplio, con tal que se le cause un agravio en sus derechos constitucionales (defensa, petición, debido proceso, etc.) o que en un caso concreto, una ley, resolución, acto o hecho de autoridad, no le obliga por contravenir o tergiversar cualquiera de esos derechos.

En el trámite de la Inconstitucionalidad y del Amparo, se escucha el dictamen del Fiscal Especial del Ministerio Público cuando no es el recurrente, el cual si bien no es vinculante si ilustra el

criterio del Tribunal en los fallos que se dictan,

Además de ello, no existe la posibilidad de que un tercero, aún teniendo interés en el proceso o materia, pueda intervenir en el trámite, ya que solo se consideran como partes, al recurrente y al Fiscal Especial, y cualquier escrito que se presenta es rechazado por tal motivo.

c) CUESTIONES FORMALES DE ACCESO AL PROCESO:

En la Inconstitucionalidad no existe una Ley especial que la regule, por ende en su tramitación se ha venido aplicando analógicamente la Ley de Amparo, sin embargo, es básico que para hacer uso de dicha garantía el solicitante debe demostrar que la Ley de que se trate, le lesiona en su interés directo, personal y legítimo, lo cual quiere decir que se requiere que tal declaración sea con base a los siguientes requisitos principales:

1.- Que sea contra una ley, y el recurrente deberá acompañar el ejemplar del Diario Oficial La Gaceta en el cual haya salido publicada la ley que se cuestiona de inconstitucional, haciendo mención del caso concreto en que la misma no le es aplicable; por lo que no cabe contra los Reglamentos, actos o resoluciones administrativas, etc., contra las cuales procede ejercitar la acción contenciosa administrativa;

2.- Que exista una lesión en el interés directo, personal y legítimo del solicitante;

3.- Si es de oficio, el Juez ó Tribunal que conozca de cualquier

procedimiento judicial debe solicitarla antes de dictar la resolución correspondiente en la que tendría aplicación la Ley que se considere inconstitucional.

Cuando la inconstitucionalidad sea solicitada por vía de acción ó de excepción, se requiere la fundamentación y argumentación propia del caso, con base a los requisitos antes indicados en los numerales 1 y 2, puntualizando si la inconstitucionalidad de la Ley es por razón de forma o de contenido, señalando las normas constitucionales a las cuales es contraria o transgrede la ley a que se hace referencia y como le afecta en el caso concreto de que se trate.

En el Amparo, se deben cumplir los siguientes requisitos formales:

1. Señalamiento del acto, resolución, orden o mandato contra el cual se reclama.
2. El derecho o garantía constitucional que se considere violada.
3. La designación de la autoridad, funcionario o empleado público contra quien se pidiere el Amparo.
4. Expresión del juicio o diligencia en que ha sido dictada la resolución, orden o mandato reclamado y los recursos de que se ha hecho uso para obtener su subsanación;
5. Expresión de la ley, reglamento o disposición de que se trate, cuando para casos concretos, se pide amparo para que se declare que dicha ley, reglamento o disposición de la autoridad, no le es aplicable por ser inconstitucional.

Además resulta importante señalar que contra la resolución, acto ó

mandato de que se trate, se hayan interpuesto todos los recursos ordinarios que procedan, tampoco cabe el amparo, si se tenía derecho a ejercitar el recurso extraordinario de Casación ó si tratándose de un acto ó resolución administrativa, se podía interponer la acción contenciosa administrativa, ya que el amparo resulta improcedente en los siguientes casos:

1.- En los asuntos judiciales puramente civiles, con respecto a las partes que intervengan o hubieren intervenido en ellos y a los terceros que tuvieren expeditos recursos o acciones legales en el mismo juicio, y contra las sentencias definitivas, ejecutoriadas en causa criminal;

2.- Contra las resoluciones dictadas en los juicios de Amparo;

3.- Contra los actos consumados de modo irreparable;

4.- Cuando han cesado los efectos del acto reclamado; y

5.- Contra los actos consentidos por el agraviado.

Además, en los casos de orden administrativo, la Ley de Amparo exige que se interponga dentro de sesenta días siguientes al de la notificación o de ser conocido el acto.

En ambos casos, no existen posteriormente medios de subsanación previa de deficiencias por la falta de motivación ó justificación jurídica de la acción, pero, generalmente aún con ese tipo de deficiencia, se continua el trámite normal hasta dictar la sentencia definitiva, en la que por ello se puede desestimar la acción.

d) **SISTEMAS O VIAS DE PROMOCION DEL PROCESO:**

El artículo 185 de la Constitución de la República, señala tres formas de interponer el recurso de Inconstitucionalidad:

1.- Por vía de acción (vía directa)

2.- Por vía de excepción (vía indirecta)

3.- De oficio.

En el primer caso, o sea **POR VIA DE ACCION,** se entabla directamente ante la Corte Suprema de Justicia.

Respecto al segundo caso, es decir **POR VIA DE EXCEPCION**, se opone en cualquier procedimiento judicial, ante el juez conocedor de la causa.

En cuanto al tercero, es la solicitada por el Juez o Tribunal que conozca en cualquier procedimiento judicial y deberá pedirla a la Corte Suprema de Justicia, antes de dictar resolución.

Tanto en el segundo como en el tercer caso, se suspenderán los procedimientos y se elevarán las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia.

Los sistemas antes señalados, si garantizan un resultado oportuno y efectivo que impide preventivamente la aplicación a un caso concreto de una disposición que se estime incompatible con la Constitución, especialmente cuando el recurso se interpone por vía de excepción, ya que los Jueces y Tribunales ordenan la suspensión del proceso hasta que el máximo Tribunal de Justicia emite el pronunciamiento respectivo sobre el mismo.

Pero, también ocurre con mucha frecuencia, que tales recursos de

Inconstitucionalidad, han servido para fines distintos a la recta aplicación de la justicia, especialmente en el caso de demandas o juicios ejecutivos, y últimamente en procesos penales.

En cuanto a su tramitación y plazos, no hay una ley especial que indique cual es el trámite para el recurso de inconstitucionalidad y actualmente se sigue de forma supletoria el señalado para los recursos de amparo.

En este punto hay que recordar que la vigente Ley de Amparo data del año 1936, desarrollando en consecuencia los preceptos de la Constitución de ese año y la Constitución vigente actualmente data de 1982, de donde resulta obvio que la primera no puede reglamentar el recurso de inconstitucionalidad en todo el contenido que contempla ésta última.

Este criterio, que comparten muchos Profesionales del Derecho entre los que nos incluimos, lo plasma muy acertada y explícitamente el Abogado Flores Valeriano en la obra en la cual expone que **"esta ley (la de Amparo) no puede ni debe reglamentar este recurso constitucional".**

El hecho de que la tramitación del recurso de inconstitucionalidad esté asimilada a la del recurso de amparo, produce que se le confunda con éste e incluso se les atribuya efectos idénticos.

Pero como actualmente no se dispone de esa ley especial, continuará este recurso rigiéndose por lo estipulado en la Ley de Amparo, en lo pertinente, así:

POR VIA DE ACCION (ante la Corte Suprema de Justicia)

Con el escrito en que se interpone el recurso de inconstitucionalidad

* "Los recursos procesales"

el recurrente deberá acompañar el ejemplar del Diario Oficial La Gaceta en el cual haya salido publicada la ley que se cuestiona de inconstitucional, haciendo mención del caso concreto en que la misma es inaplicable. Aquí no hay antecedentes que solicitar, por lo que en el auto inicial solo se admite el escrito, se ordena pasar al Fiscal para que emita dictamen y efectuado lo anterior, se procede a emitir sentencia.

POR VIA DE EXCEPCION. (ante el juez conocedor de la causa).- Presentado el escrito ante el Juzgado correspondiente, éste dictará un auto ó proveído, teniéndolo por interpuesto mandando suspender los procedimientos y elevar las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia.

Recibidas las diligencias en la Corte Suprema de Justicia, se ordena dar vista al recurrente para formalizar, luego al Fiscal para que dictamine y después se pronuncia la sentencia respectiva. Como se ha explicado anteriormente, es en el caso de interponer éste recurso por vía de excepción ó cuando la inconstitucionalidad la solicita de oficio el Juez ó Tribunal, que se suspenden los trámites del juicio ó proceso y no es apelable el auto ó resolución que resuelva tal cuestión.

En el amparo, el recurrente debe solicitar en su escrito inicial ó después, la suspensión provisional del acto ó hecho reclamado, y el Tribunal la ordena siempre que de su ejecución resulte un daño o gravamen irreparable, o que sea notoria la falta de jurisdicción ó competencia de la autoridad, empleado ó agente contra quien se interpusiere el recurso, o cuando el acto sea de aquellos que ninguna autoridad pueda ejecutar legalmente.- Sin embargo, de hecho y en la mayoría de los juicios, éstos se suspenden en su trámite, al arrastrarse los antecedentes, pese a que la Ley de Amparo en su artículo 28 dispone que el envió de los mismos no obsta para que los funcionarios ó empleados recurridos, sigan la averiguación del

hecho que persiguen, y con tal fin, dejarán un extracto de las actuaciones principales.

e) **DEBATE O DISCUSION PROCESALES:**

No existe ningún tipo de debate en el procedimiento del amparo y de la inconstitucionalidad, por ende no existe señalamiento de audiencia para vistas públicas, ya que todo el trámite se realiza por escrito.

f) **ORGANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:**

En ambos casos (Amparo e Inconstitucionalidad) es la Corte Suprema de Justicia el tribunal competente que resuelve en definitiva sobre el control de constitucionalidad; la única variante es en el caso del Amparo, donde las Cortes de Apelaciones y los Jueces de Letras conocen de ciertos casos de violaciones cometidas por funcionarios inferiores, pero sus fallos siempre deben ser sometidos a revisión ante la Corte Suprema de Justicia, quien tiene potestad de reformar, confirmar ó revocar la sentencia consultada, con solo la vista de los autos, tal como lo establece el artículo 33 de la Ley de Amparo vigente.

FORMA DE ELECCION DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia son electos por el Congreso Nacional, en un número de nueve Magistrados Propietarios y siete Suplentes, por un período de cuatro años y pueden ser reelectos, dicho Tribunal se divide en cuatro Salas, así: Laboral, Penal, Civil y Constitucional.

Los Magistrados gozan de inmunidad en el ejercicio de sus funciones, y para ser juzgados debe previamente el Congreso Nacional, declarar si ha lugar o no a formación de causa, además, no pueden ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por las causas y con las garantías previstas en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales. Su calidad de Magistrado en funciones es incompatible con el libre ejercicio de la Profesión del Derecho y con la de funcionario o empleado de otros poderes públicos, excepto la de docente y de Diplomático ad-hoc; además, no pueden ser elegidos Magistrados los que tengan cualquier inhabilidad para ser Secretario de Estado, ni los parientes entre sí en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El Artículo 306 de la Constitución de la República establece que el Poder Judicial tendrá una asignación anual no menor del tres por ciento del Presupuesto de Ingresos Netos de la República, excluidos los préstamos y donaciones, pero ello no se cumple a cabalidad y lo asignado anualmente es menor a dicho porcentaje.

Existe un REGLAMENTO INTERNO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, donde se establece el procedimiento para el conocimiento y resolución de los casos y asuntos conforme a la naturaleza de los mismos, los cuales se distribuyen conforme a la sala que corresponda conocer de los mismos, cada una de las cuales designa un Coordinador, por turnos anuales, quien es el encargado de distribuir los expedientes, conforme el orden de ingreso al Tribunal y a otros criterios a su discreción.- Designado el Ponente, éste prepara un proyecto de fallo, se somete posteriormente a la discusión y

votación de los integrantes de la Sala, si el mismo no se puede aprobar por mayoría, el proyecto se desestima y se asigna el caso a otro Magistrado, pero, si es aprobado pasa al Pleno, donde también es objeto de discusión y votación, siendo necesaria una mayoría mínima de cinco votos para su aprobación.

g) **NORMAS IMPUGNABLES:**

1.- En el Recurso de Inconstitucionalidad solo son impugnables las normas legales, es decir las leyes, por razón de forma ó de contenido, conforme lo establece el primer párrafo del artículo 184 de la Constitución de la República.
Una Ley es contraria a la Constitución no sólo cuando por su finalidad viola una prohibición expresa ó virtual contemplada en aquella Carta Fundamental (inconstitucionalidad material), sino que también cuando el órgano que la crea carece de competencia para ello, o teniendo tal competencia, la dicta transgrediendo las normas constitucionales que regulan su proceso de formación (inconstitucionalidad formal).
La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, podrá solicitarse por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo.- También la tienen el Juez ó Tribunal que conociendo de cualquier procedimiento judicial, podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad y su inaplicabilidad antes de dictar resolución.
2.- El Amparo, regulado como una garantía constitucional en el artículo 183 de la Carta Fundamental, es un derecho que puede ejercitar toda persona agraviada o cualquier otra en nombre de ésta, sin necesidad de poder, para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos y garantías que la Constitución establece; y, para que se declare en casos concretos que una ley, resolución, acto o hecho de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por la Constitución de la República.

El plazo para su interposición es de 60 días siguientes al de la notificación del acto ó de ser conocido éste, en los asuntos de orden administrativo y es requisito que se agoten todos los recursos ordinarios que la ley franquea o sea que no se trate de actos consentidos por el recurrente, y la misma tiene lugar contra cualquier autoridad o funcionario, ya sea que obren por sí o en cumplimiento de una ley o de orden de un superior.

h) **RESOLUCIONES Y EFECTOS:**

La decisión definitiva se resuelve mediante sentencia, en la cual en el preámbulo se señala la resolución, acto o disposición recurrida, el nombre del recurrente y a favor de quien se interpone el recurso o demanda, la autoridad recurrida, en los resultas se transcribe la formalización de la petición y el dictamen del Ministerio Público, así como los antecedentes del caso, en los considerandos se establece la motivación del fallo y finalmente en la parte dispositiva, las normas aplicables y la resolución que proceda.

Las sentencias en los recursos de amparo no producen efecto de cosa juzgada, limitándose a proteger o a amparar a las personas en el caso sobre que versa el recurso, sin hacer declaratoria respecto al acto que lo motivare, así lo indican los artículos 41 y 47 de la Ley de Amparo. Esto quiere decir que la sentencia de amparo persigue evitar arbitrariedades contrarias a las garantías y derechos que la Constitución establece, manteniendo o restituyendo el goce de los mismos, pero sin decidir la cuestión principal debatida.

En cambio el recurso de inconstitucionalidad si resuelve el asunto principal enunciado, en el sentido de * la ley que se considera contraria al precepto constitucional, pero circunscrito únicamente al caso concreto planteado y a la parte a quien afecte directamente y que haya intervenido en el juicio, sin que tales efectos sean generales, es decir que ninguna otra persona, salvo quien lo haya solicitado, podrá acogerse a la sentencia

* Declarar inaplicable

pronunciada.
No existe obligación de publicar las sentencias que se dicten en estos asuntos, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad para publicar en La Gaceta Judicial los fallos de los casos que resulten de mayor interés para los operadores de la justicia, los Profesionales del Derecho y público en general.

i) **INTERDICCION DEL USO INDEBIDO DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD:**

En la vía del Amparo, la ley que regula dicha garantía constitucional, en su artículo 36 reformado indica en su parte final "**Dentro del Trámite**, sobreseerá las diligencias tan luego como conste en autos la causal de improcedencia".
Y el sobreseimiento se fundamentará en cualquiera de las causales de improcedencia que estipula la norma referida, que son:

1.- En los asuntos judiciales puramente civiles, con respecto a las partes que intervengan o hubieren intervenido en ellos y a los terceros que tuvieren expeditos recursos o acciones legales en el mismo juicio, y contra las sentencias definitivas, ejecutoriadas en causa criminal;
2.- Contra las resoluciones dictadas en los juicios de Amparo;
3.- Contra los actos consumados de modo irreparable;
4.- Cuando han cesado los efectos del acto reclamado; y
5.- Contra los actos consentidos por el agraviado.

Al aparecer del estudio de antecedentes cualquiera de las causales apuntadas, se relacionará el juicio y se mencionará la causal que se invocará para sobreseer.
Pese a que se conocen muchos casos de uso indebido de la demanda de Amparo, no existe dentro de la Ley de Amparo, más que la facultad de decretar el sobreseimiento y por las causas antes citadas; en el caso del Recurso de Inconstitucionalidad, como no existe vigente una ley especial que lo regule, no existe una medida legal para evitar la mala fe o el uso indebido de los mismos, por lo cual la

Corte Suprema de Justicia con base a su iniciativa de Ley, ha preparado el proyectó de una nueva Ley de Garantías Constitucionales que contemple medidas efectivas para evitar éste tipo de situaciones.

En la práctica, lo que hace el Tribunal Supremo, es agilizar los casos en que se advierta que el proceso se utilice con otros fines, lo cual no ha evitado que se continúe abusando de ello.

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de México



PONENCIA PRESENTADA POR EL SEÑOR MINISTRO GUILLERMO I. ORTÍZ MAYAGOITIA, EN LA III CONFERENCIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE IBEROAMÉRICA, PORTUGAL Y ESPAÑA, REALIZADA EN GUATEMALA, GUATEMALA, LOS DIAS 22 A 26 DE NOVIEMBRE DE 1999[1].

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MEXICO

I. Introducción

En México, la jurisdicción constitucional se ha desarrollado de manera predominante a través del *amparo contra leyes*, juicio que tiene la peculiaridad de asumir la doble configuración de acción y, a la vez, de recurso de inconstitucionalidad.

Sin embargo, contamos en nuestro derecho positivo con otros dos instrumentos de control de constitucionalidad: las *controversias constitucionales* y las *acciones de inconstitucionalidad*.

Aun cuando de alguna manera podemos identificar al amparo y a las controversias constitucionales con lo que en la doctrina internacional se conoce como control concreto de constitucionalidad y, asimismo, a la acción de inconstitucionalidad, con el control abstracto de constitucionalidad, lo cierto es que no hay una identificación plena entre nuestros sistemas de control constitucional y tales nociones.

En esa virtud, si bien orientaremos la presente exposición a los aspectos operativos y procedimentales del ejercicio de la jurisdicción constitucional, hemos estimado oportuno hacer algunas precisiones de carácter descriptivo respecto de cada uno de los sistemas de control antes referidos, a efecto de que se comprendan con mayor facilidad.

Esto también en atención a que, por un lado, México no participó en la Segunda Conferencia llevada a cabo en el año de 1998, lo que implica que no se tenga, respecto de nuestro país, la secuencia completa sobre los temas abordados en cada Conferencia; en segundo término, porque la justicia constitucional en nuestra nación es un tópico de cierta complejidad que requiere de un análisis relativamente detallado para su cabal

[1] La redacción de esta ponencia estuvo a cargo de la Lic. Mara Gómez Pérez, Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la dirección y con la aprobación del sustentante.

comprensión; a lo que se aúna el hecho de que, a principios del año en curso, el Constituyente Permanente o Poder Reformador aprobó diversas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos relativas a las normas que rigen al Poder Judicial Federal lo que, en alguna medida, vino a modificar sensiblemente el control de constitucionalidad en nuestro país.

Así pues, sin perjuicio de tratar de adecuarnos a los requerimientos y puntos sugeridos para la elaboración de la ponencia, abordaremos cada uno de los sistemas de control constitucional que contempla el derecho mexicano tratando de explicar en qué consiste, cómo se desarrolla y cuáles han sido los criterios más relevantes que sobre cada uno ha adoptado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Antes de entrar en materia, no está por demás precisar que, si bien el artículo 133 constitucional señala que los jueces de cada Estado se deberán sujetar a la Constitución Federal, a pesar de las disposiciones que puedan haber en contrario en las Constituciones o leyes de las entidades federativas, de lo cual se podría desprender que en México se sigue un control difuso de la constitucionalidad, dada la evolución que ha seguido nuestro orden constitucional y por diversos motivos que en este momento no vale la pena detallar, la Corte Suprema ha señalado que el citado precepto constitucional de ninguna manera autoriza el control difuso de la constitucionalidad de normas generales[2], sino que dicha función se encuentra conferida, de manera exclusiva, a ciertos órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal y se ejercita, fundamentalmente, a través de los tres mecanismos que veremos a lo largo de toda la exposición.

Por último, vale aclarar desde este momento que los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a los que se aludirá a lo largo de la presente exposición, están contenidos en las tesis aisladas o jurisprudenciales cuyos rubros y datos de publicación se citan al pie de cada página, en la inteligencia de que el texto completo de cada una de ellas, se encuentra en el anexo ubicado al final de este texto.

II. El Juicio de Amparo

1. Consideraciones Preliminares

En términos muy generales, el amparo mexicano es un juicio que procede contra actos de autoridad (individuales o generales) que vulneren o restrinjan alguna de las garantías individuales consagradas en la Constitución Federal.

No obstante, dada la amplísima interpretación que se le ha dado a las garantías individuales contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, es posible controlar, mediante este juicio, la adecuación de cualquier acto autoritario a cualquier norma general, bien se trate de un precepto de la Constitución, de cualquiera de las Constituciones locales, de las leyes ordinarias, de los reglamentos o de cualquier otra

[2] Cfr. Tesis P./J. 74/99 "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN", página 5 del Tomo X, Agosto de 1999, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

disposición de carácter general, federal o de los Estados. En la práctica, el amparo funciona como un sistema de control no sólo de constitucionalidad, sino también de mera legalidad, respecto de cualquier acto, general o individual, proveniente de cualquier autoridad pública.

A primera vista, la vía de amparo o juicio de garantías -como también se le conoce- es verdaderamente amplia, sin embargo ella se encuentra acotada por una gran cantidad de requisitos formales y, de manera muy especial, por las causales de improcedencia que contemplan tanto la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante la LA), como la Constitución Federal y algunas otras que se han establecido jurisprudencialmente.

Es pertinente mencionar aquí que nuestra legislación prevé dos tipos de amparo: el *amparo indirecto*, que se acerca considerablemente a lo que en la doctrina se conoce como acción concreta de constitucionalidad, y el *amparo directo*, que aun cuando también constituye un control concreto de constitucionalidad, en la práctica funciona más bien como un recurso de casación o de última instancia. Sin perjuicio de esto último, lo cierto es que a través de cualquiera de ellos es posible determinar la inconstitucionalidad de una norma de carácter general.

En nuestra exposición nos concentraremos, de manera especial, en el amparo como control de la constitucionalidad de leyes.

2. Sujetos Legitimados para la Impugnación

a) Legitimación Activa

De conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo *individuo* goza de las garantías que la propia Constitución establece.

En esa medida, cualquier persona: física o moral, mayor o menor de edad, ciudadano o no ciudadano, nacional o extranjero, residente o no en territorio mexicano pero que tenga algún derecho protegido dentro del mismo, que vea afectada su esfera jurídica por parte de una ley mexicana que considere inconstitucional, puede incoar un juicio de amparo en su contra.

Incluso, de acuerdo con los artículos 8º y 9º de la LA, las personas morales oficiales[3] también pueden ocurrir al juicio de amparo en contra de una ley que estimen inconstitucional, cuando vean afectados sus intereses patrimoniales.

---

[3] El concepto de "personas morales oficiales" se identifica, en cierta medida, con lo que en la doctrina se conoce como entidades paraestatales u órganos desconcentrados de la Administración Pública. Sobre el particular, la Suprema Corte ha sentado el criterio de que dichas entidades sólo pueden pedir el amparo y protección de la justicia federal cuando actúan ejercitando derechos privados o de carácter civil. Cfr. Tesis s/n "PERSONAS MORALES OFICIALES", página 346 del Tomo IX, Pleno; Tesis s/n "PERSONAS MORALES DE ORDEN PÚBLICO", página 107 del Tomo XVIII, Pleno y Tesis s/n "PERSONAS MORALES OFICIALES", página 1236 del Tomo XLI, Segunda Sala, todas ellas de la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación.

b) Requisitos substanciales para activar la jurisdicción constitucional. Agravio personal y directo. Interés Jurídicamente protegido

Sin perjuicio de lo dicho en el apartado anterior, debe precisarse que el artículo 4º de la LA señala que *"El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley..."* y que de las fracciones V y VI del artículo 73 de este mismo ordenamiento se desprende que el amparo es improcedente contra leyes que no afecten los intereses jurídicos del quejoso; es decir que se requiere que el promovente resienta un agravio en su esfera jurídica, bien sea con la sola entrada en vigor de la ley, o bien, con motivo de su primer acto de aplicación, a efecto de estar en posibilidad de entablar este tipo de juicio.

Así pues, aunque de conformidad con la LA el amparo indirecto procede en contra de una ley desde que ésta entra en vigor, lo cierto es que ello sólo es así cuando la ley le produce al quejoso un agravio desde ese mismo momento y sin que sea menester ningún acto posterior, es decir, cuando se trate de una ley *autoaplicativa* o de *individualización incondicionada*[4].

En esa virtud, resulta claro que la necesidad de que el ejercicio de la acción de amparo esté ligada a la existencia de un interés jurídicamente protegido, deriva de la propia ley de la materia.

Independientemente de ello, la Suprema Corte de Justicia ha precisado que el agravio requerido para la procedencia de estos juicios, debe ser un *agravio personal y directo.*

Efectivamente, ese Alto Tribunal ha sostenido que el amparo sólo puede promoverse por quien resulte *directamente* perjudicado y en su *propia persona* por el acto reclamado, por lo que el daño o perjuicio que resiente un individuo con motivo del que se le ocasiona a otro, no da derecho a ocurrir al juicio de garantías[5].

En ese mismo sentido, la Corte ha señalado que el interés jurídico de una persona, como condición de la procedencia del juicio de amparo, surge cuando la ley que se estima inconstitucional se relaciona con su esfera jurídica, entendiendo por ésta el cúmulo de derechos y obligaciones poseídos por un sujeto; de tal forma que si la ley impugnada no se refiere a algún derecho perteneciente a la esfera jurídica del quejoso, éste carece de interés jurídico para impugnarla a través del juicio de amparo[6].

---

[4] Sobre este particular, la Suprema Corte ha establecido la Tesis de Jurisprudencia P./J. 55/97 "LEYES AUTOAPLICATIVAS Y HETEROAPLICATIVAS. DISTINCIÓN BASADA EN EL CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACIÓN INCONDICIONADA", página 5 del Tomo VI, Julio de 1997, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[5] Cfr. Tesis s/n "AGRAVIO INDIRECTO", página 3708 del Tomo LXVII, Tercera Sala y Tesis s/n "AGRAVIO INDIRECTO", página 127 del Tomo IV, Pleno; ambas de la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación.

[6] Cfr. Tesis s/n "INTERÉS JURÍDICO, CONCEPTO DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO", página 68, volumen 64 Primera Parte, Pleno, Séptima Época, del Semanario Judicial de la Federación.

b) Requisitos substanciales para activar la jurisdicción constitucional. Agravio personal y directo. Interés Jurídicamente protegido

Sin perjuicio de lo dicho en el apartado anterior, debe precisarse que el artículo 4º de la LA señala que *"El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley..."* y que de las fracciones V y VI del artículo 73 de este mismo ordenamiento se desprende que el amparo es improcedente contra leyes que no afecten los intereses jurídicos del quejoso; es decir que se requiere que el promovente resienta un agravio en su esfera jurídica, bien sea con la sola entrada en vigor de la ley, o bien, con motivo de su primer acto de aplicación, a efecto de estar en posibilidad de entablar este tipo de juicio.

Así pues, aunque de conformidad con la LA el amparo indirecto procede en contra de una ley desde que ésta entra en vigor, lo cierto es que ello sólo es así cuando la ley le produce al quejoso un agravio desde ese mismo momento y sin que sea menester ningún acto posterior, es decir, cuando se trate de una ley *autoaplicativa* o de *individualización incondicionada*[4].

En esa virtud, resulta claro que la necesidad de que el ejercicio de la acción de amparo esté ligada a la existencia de un interés jurídicamente protegido, deriva de la propia ley de la materia.

Independientemente de ello, la Suprema Corte de Justicia ha precisado que el agravio requerido para la procedencia de estos juicios, debe ser un *agravio personal y directo*.

Efectivamente, ese Alto Tribunal ha sostenido que el amparo sólo puede promoverse por quien resulte *directamente* perjudicado y en su *propia persona* por el acto reclamado, por lo que el daño o perjuicio que resiente un individuo con motivo del que se le ocasiona a otro, no da derecho a ocurrir al juicio de garantías[5].

En ese mismo sentido, la Corte ha señalado que el interés jurídico de una persona, como condición de la procedencia del juicio de amparo, surge cuando la ley que se estima inconstitucional se relaciona con su esfera jurídica, entendiendo por ésta el cúmulo de derechos y obligaciones poseídos por un sujeto; de tal forma que si la ley impugnada no se refiere a algún derecho perteneciente a la esfera jurídica del quejoso, éste carece de interés jurídico para impugnarla a través del juicio de amparo[6].

---

[4] Sobre este particular, la Suprema Corte ha establecido la Tesis de Jurisprudencia P./J. 55/97 "LEYES AUTOAPLICATIVAS Y HETEROAPLICATIVAS. DISTINCIÓN BASADA EN EL CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACIÓN INCONDICIONADA", página 5 del Tomo VI, Julio de 1997, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[5] Cfr. Tesis s/n "AGRAVIO INDIRECTO", página 3708 del Tomo LXVII, Tercera Sala y Tesis s/n "AGRAVIO INDIRECTO", página 127 del Tomo IV, Pleno; ambas de la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación.

[6] Cfr. Tesis s/n "INTERÉS JURÍDICO, CONCEPTO DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO", página 68, volumen 64 Primera Parte, Pleno, Séptima Época, del Semanario Judicial de la Federación.

3. Sujetos del Debate

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5º de la LA, son partes en el juicio de amparo:

a) El agraviado o agraviados.

A esta parte, también se le suele denominar *quejoso*.

Evidentemente, tendrá el carácter de quejoso o agraviado aquél a quien perjudique una norma general y controvierta su constitucionalidad en un juicio de amparo.

b) La autoridad o autoridades responsables.

En términos del artículo 11 de la LA, es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley impugnada o el acto individual a través del cual ésta se reclama.

Cabe hacer la precisión de que, por lo que hace al amparo directo, donde lo que se impugna es una sentencia o una resolución que pone fin a un juicio, únicamente es menester llamar al juez o tribunal ordinario que dictó la resolución que en la que se aplicó la ley que se tacha de inconstitucional.

Sin embargo, tratándose del amparo indirecto, o sea, cuando se ataca directamente la ley, es necesario citar a juicio con ese carácter, al órgano legislativo que expidió la ley, al órgano administrativo que la promulgó y, además, a aquél otro al que las leyes le confieren la publicación oficial de la norma impugnada; en la inteligencia de que si la ley se reclama no por su sola entrada en vigor sino a través de su primer acto de aplicación, también se debe llamar a las autoridades que hayan emitido el acto de aplicación y/o a las que lo hayan ejecutado o traten de ejecutarlo en perjuicio del agraviado.

En este punto, hay que señalar también que, en fechas relativamente recientes, la Corte modificó el concepto de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo que rigió durante muchos años, a efecto de ampliarlo y de esa forma, ensanchar la procedencia del juicio de garantías.

Efectivamente, hasta hace muy poco tiempo, se estimaba que el término *autoridad responsable* comprendía básicamente a aquellas personas que disponían de la fuerza pública en virtud de circunstancias legales o de hecho y que, por lo mismo, estaban en posibilidad material de obrar como autoridades por el hecho de ser pública la fuerza de que disponían.

Este antiguo criterio, cuyo primer precedente data del año de 1919, tuvo por el mérito de reconocer que podían considerarse como autoridades para efectos del juicio de amparo, a las denominadas *autoridades de facto*, o sea, aquéllas que, sin ostentar un cargo público, de alguna manera contaban con la posibilidad material de obrar como tales por disponer de uso de la fuerza pública.

Recientemente, se advirtió que este concepto dejaba fuera a la Administración Pública Paraestatal conformada, fundamentalmente, por los organismos públicos descentralizados y las empresas de participación estatal que, con independencia de que por regla general no disponen por sí mismas de fuerza pública, sí se encuentran facultadas por la ley para emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado; esto es, ejercen facultades decisorias que les están atribuidas en la ley, cuyo ejercicio es irrenunciable y que, por tanto, se traducen en verdaderos actos de autoridad.

Por ello, la Corte estimó necesario suspender el criterio primeramente citado y señalar que se debe atender a las particularidades de cada caso para el efecto de establecer si a quien el quejoso le atribuye el acto impugnado está legalmente facultado o no para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente su esfera jurídica y cuyo cumplimiento se le puede exigir mediante el uso de la fuerza pública o a través de otras autoridades, o bien, no se trata de tal[7].

c) El tercero o terceros perjudicados.

Substancialmente, la LA señala que pueden intervenir con ese carácter:

i. Cuando el acto reclamado emana de un juicio que no sea del orden penal, la contraparte del agraviado;

ii. En los juicios de amparo promovidos en contra de actos judiciales del orden penal, el ofendido o las personas que, conforme a la ley, tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad proveniente de la comisión de un delito, y

iii. Cuando el acto reclamado no provenga de un procedimiento de carácter jurisdiccional, la persona que haya gestionado en su favor el acto contra el que se pide el amparo o aquélla que, sin haberlo gestionado, tenga interés directo en la subsistencia del acto reclamado.

Es pertinente hacer la aclaración de que, por regla general, en los juicios de amparo indirecto en los que se reclama la ley desde su entrada en vigor, es decir, como autoaplicativa, no existe la figura del tercero perjudicado.

d) El Ministerio Público

---

[7] Cfr. Tesis P.XXVII/97 "AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO", pág. 118 y Tesis P.XXVIII/97 "AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. NO LO SON LOS FUNCIONARIOS DE UNA UNIVERSIDAD CUANDO EL ACTO QUE SE LES ATRIBUYE DERIVA DE UNA RELACIÓN LABORAL", página 119; ambas del Tomo V, Febrero de 1997, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

En nuestro país, la figura del Ministerio Público se instituye como el representante de la sociedad y protector de los intereses públicos. En esa virtud, la LA dispone que esta autoridad podrá intervenir en todos los juicios de amparo e interponer todos los recursos que señala la propia LA, salvo por lo que hace a los amparos indirectos en materias civil y mercantil en que sólo se afecten intereses particulares (excluyendo la materia familiar), en donde el Ministerio Público no podrá interponer los recursos que dicha ley señala.

La intervención de este órgano público, por regla general, se da a través de la emisión de un escrito al que se le denomina *pedimento* y que no es otra cosa que la solicitud que se formula al juez o tribunal de amparo para que resuelva el juicio en determinado sentido.

4. Cuestiones Formales de Acceso al Proceso

Los aspectos formales de mayor importancia para el acceso al juicio de garantías, en nuestra opinión, son tres: la determinación del tipo de actos en contra de los cuales procede el amparo; los plazos para interponerlo y los requisitos que debe llenar la demanda o escrito inicial.

Sin perjuicio de lo anterior, en este punto aludiremos también a las reglas que rigen en materia de personería, representación y patrocinio profesional, a las que operan respecto de la motivación jurídica que debe expresar el promovente del juicio y a la institución que en nuestro derecho se conoce como *suplencia de la queja*.

a) Actos reclamables en el juicio de amparo

La primera cuestión, esto es, el tipo de actos en contra de los cuales procede el juicio de amparo, es de especial importancia porque en la práctica cotidiana no son pocos los casos en los que resulta complejo determinar si en contra del acto que reclama el quejoso procede el amparo directo, o bien, el indirecto.

De acuerdo con el artículo 114 de la LA el amparo indirecto procede, fundamentalmente, contra:

a) Leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos federales o locales, decretos, acuerdos y cualquier disposición de carácter general que, por su sola entrada en vigor o con motivo de su primer acto de aplicación, causen un perjuicio al particular;

b) Contra actos que no provengan de tribunales jurisdiccionales, y

c) Contra actos que, aun cuando provengan de tribunales jurisdiccionales, hayan sido ejecutados fuera de juicio o después de concluido, o tengan sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación, o bien, afecten a personas extrañas al juicio.

La Suprema Corte ha emitido algunos criterios respecto de lo que debe entenderse por actos ejecutados fuera de juicio o después de concluido, actos que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación y por actos que afecten a personas extrañas al juicio. No obstante, no nos detendremos en ello, toda vez que estos conceptos escapan de nuestro objetivo esencial que es el amparo como control de la constitucionalidad de leyes.

Por su parte, el amparo directo, que como decíamos, funciona más bien como un recurso de última instancia, procede contra sentencias definitivas y resoluciones que pongan fin a un juicio, dictadas por órganos jurisdiccionales. En este caso, la constitucionalidad de una ley se analiza en función de la aplicación que de ella hizo el tribunal o juez en contra del cual se solicita el amparo, pues de la constitucionalidad de la ley aplicada dependerá, en igual medida, la de la sentencia o resolución que se impugna a través de esta vía.

Al efecto, el artículo 46 de la LA señala que se entiende por sentencias definitivas aquéllas que deciden el juicio en lo principal y por resoluciones que ponen fin al juicio, las que, sin decidir el juicio en lo principal, lo dan por concluido; en el entendido de que, en ambos casos, se debe tratar de resoluciones respecto de las cuales las leyes ordinarias no concedan ningún recurso ordinario por el cual puedan ser modificadas o revocadas.

b) Plazos de interposición del juicio de amparo

La regla general, contenida en el artículo 21 de la LA, dispone que el plazo para la interposición del amparo es de quince días -que deben entenderse como hábiles- contados a partir del día siguiente a aquél en que haya surtido efectos la notificación al quejoso del acto que pretenda reclamar, o al día en que haya tenido conocimiento de él o se haga sabedor del mismo.

No obstante, de acuerdo con el artículo 22 de dicho ordenamiento, en los casos en que a partir de la vigencia de una ley ésta sea reclamable en la vía de amparo, es decir, cuando se trate de una ley autoaplicativa, el término para la interposición de la demanda será de treinta días.

Sobre este plazo, la Corte ha precisado que los treinta días deben contarse a partir de aquél en que la ley entre en vigor, salvo cuando se trate de un día inhábil, caso en el cual no deberá contarse este último[8].

Vale la pena hacer aquí la aclaración de que las leyes autoaplicativas, se pueden reclamar en dos momentos: dentro del plazo de treinta días contados a partir de su entrada en vigor, o bien, dentro de los quince días siguientes al primer acto de aplicación en perjuicio del quejoso, lo cual deriva de lo dispuesto en los artículos antes citado y, muy

[8] Cfr. Tesis P. CIX/98 "LEYES AUTOAPLICATIVAS. EL PLAZO DE TREINTA DÍAS PARA PROMOVER EL AMPARO INICIA DESDE LAS CERO HORAS DEL MISMO DÍA EN QUE ENTRAN EN VIGOR", página 251 del Tomo VIII, Diciembre de 1998, Pleno, Novena Época; y Tesis 2ª. LXI/99 "LEYES AUTOAPLICATIVAS. CUANDO EL PLAZO PARA IMPUGNARLAS INICIA EN DÍA INHÁBIL, NO DEBE CONTARSE ÉSTE", página 506 del Tomo IX, Mayo de 1999, Segunda Sala, Novena Época, ambas del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

especialmente, de lo señalado en el artículo 73, fracción XII, segundo párrafo, de la propia LA.

c) Requisitos de la demanda de amparo

Respecto de este punto, el artículo 116 de la LA señala que, tratándose de un amparo indirecto, la demanda debe contener:

i. El nombre y domicilio del quejoso y de quien promueve en su nombre;

ii. El nombre y domicilio del tercero perjudicado, si lo hay;

iii. La autoridad o autoridades responsables;

iv. La ley que se reclame y, en su caso, el acto de aplicación que le produce un agravio al quejoso;

v. Los hechos o abstenciones que le constan al promovente y que constituyen antecedentes de la ley que reclama o fundamentos de los conceptos de violación; en la inteligencia de que dicha manifestación deberá hacerse bajo protesta de decir verdad, y

vi. Los preceptos constitucionales que contengan las garantías individuales que el quejoso estime violadas, así como el concepto o conceptos de las violaciones.

Ahora bien, por lo que hace a los requisitos que debe contener una demanda de amparo directo, el artículo 166 de la LA dispone que es necesario expresar:

i. El nombre y domicilio del quejoso;

ii. El nombre y domicilio del tercero perjudicado;

iii. La autoridad o autoridades responsables;

iv. La sentencia definitiva o resolución que se reclame;

v. La fecha en que se haya notificado al quejoso la sentencia definitiva o resolución impugnada, o aquélla en que éste haya tenido conocimiento de ella; y

vi. Los preceptos constitucionales cuya violación se reclame y el concepto o conceptos de la misma violación.

A este respecto, los artículos 146 y 178 de la LA señalan que si el escrito de demanda no satisface los requisitos mencionados, el juez o tribunal de amparo deberá prevenir al quejoso para que los subsane en un plazo de cinco días y que, si éste no lo hace, se podrá tener por no interpuesto el juicio de amparo.

Por último, resulta de especial relevancia destacar que, en el amparo directo, la ley aplicada por el juez o tribunal ordinario en la resolución impugnada y que el quejoso estima inconstitucional, no debe señalarse como acto reclamado, sino sólo se deben expresar, dentro del capítulo de conceptos de violación, las razones o motivos por los cuales se considera que dicha ley es inconstitucional.

d) Personería, representación y patrocinio profesional en el juicio de amparo

Tanto el amparo directo como el indirecto pueden promoverse por la propia persona a quien perjudique la ley (cuando es una persona física) o por conducto de su representante legal, previa la correspondiente acreditación de que se ostenta tal calidad.

Durante el procedimiento, el agraviado puede constituir apoderado para que lo represente en el juicio de amparo por medio de un escrito ratificado ante el juez o tribunal que conozca del amparo.

Sin embargo, cuando alguno de los interesados tenga reconocida su personalidad ante la autoridad responsable, tal personalidad le será admitida en el juicio de amparo.

Por último, de acuerdo con el artículo 9º de la LA, Las personas morales oficiales concurren al juicio de garantías por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes.

Éstas son las reglas generales que rigen en lo referente a la personería y a la representación del agraviado en el juicio de garantías. No obstante, existen algunos casos de excepción que, sin lugar a dudas, tienen por objeto extender en todo lo posible la protección de las garantías individuales.

En materia penal, se admite que el amparo lo promueva el abogado del reo (defensor), un pariente o, incluso, una persona extraña; en la inteligencia de que el juez o tribunal de amparo deberá tomar de inmediato todas las medidas legales que sean necesarias para constatar dicha representación (artículos 4º, 16, 17 y 18 de la LA).

Además, tratándose de menores de edad, el amparo lo podrá promover el propio menor sin la intervención de su legítimo representante, cuando éste se halle ausente o impedido, pero en tal caso, el juez le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio (artículo 6º de la LA).

Ahora bien, por lo que hace al patrocinio profesional, el artículo 27 de la LA dispone que el quejoso podrá autorizar a cualquier persona con capacidad legal, para realizar cualquier acto que resulte necesario para la defensa de los derechos del autorizante (presentar escritos, ofrecer pruebas, concurrir a las audiencias, promover algún recurso, etcétera), pero que, en las materias civil, mercantil o administrativa, la persona autorizada en dichos términos deberá acreditar encontrarse legalmente autorizada para ejercer la profesión de abogado y, asimismo, deberá proporcionar los datos correspondientes en el escrito en que se otorgue dicha autorización.

e) Conceptos de violación y suplencia de la queja

Los *conceptos de violación*, a que se refieren tanto el artículo 116 como el 166 de la LA, constituyen los razonamientos jurídicos que expresa el quejoso en su demanda y que tienen por objeto demostrar la inconstitucionalidad de la norma general o los actos concretos combatidos a través del juicio de garantías.

Antiguamente, la Corte había señalado que los conceptos de violación debían formularse como silogismos, siendo la premisa mayor el precepto constitucional violado, la premisa menor los actos autoritarios reclamados, y la conclusión, la contraposición entre ambas que tendiera a demostrar la inconstitucionalidad de los actos reclamados.

El formalismo que se requería para la expresión de los conceptos de violación ha sido reconsiderado por la Corte y, actualmente, se ha establecido el criterio de que, con el hecho de que se manifieste con claridad la *causa de pedir*, es decir, que se exprese cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima que le causa la ley impugnada y los motivos que originaron ese agravio, es suficiente para que se tengan por formulados dichos conceptos y el juez o tribunal de amparo deba entrar a su estudio[9].

Ahora bien, en el juicio de garantías rige el Principio de Estricto Derecho, conforme al cual, sólo se debe atender a los argumentos jurídicos expuestos por el quejoso en su demanda, a efecto de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o acto concreto impugnado. Sin embargo, existen ciertos casos, expresamente previstos en la LA, en los cuales el juez o tribunal que conoce del amparo está obligado a suplir las omisiones o las deficiencias jurídicas en que pudiese haber incurrido el quejoso. A esta institución es a la que se le conoce como *suplencia de la queja*.

Sobre el particular, el artículo 76-bis de la LA dispone que procede suplir la deficiencia de la queja:

a) En materia penal, en favor del reo, aún ante la ausencia de conceptos de violación;

b) En materia agraria, en favor de los campesinos;

c) En materia laboral, en favor del trabajador;

d) En favor de los menores de edad o incapaces;

e) Cuando la ley reclamada haya sido declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte y

f) Cuando se advierta claramente que ha habido en contra del quejoso una violación legal que lo haya dejado sin defensa.

---

[9] Cfr. Tesis 2ª./J. 63/98 "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR", página 323 del Tomo VIII, Septiembre de 1998, Segunda Sala, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación.

Asimismo, el artículo 79 de la LA señala que los jueces y tribunales de amparo deberán corregir los errores que adviertan en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda.

5. Sistemas o Vías de Promoción del Amparo y Suspensión de los Actos Reclamados

a) Planteamiento

Aún cuando el amparo directo funciona en la práctica como una especie de recurso de última instancia, de conformidad con nuestra legislación positiva el amparo, directo o indirecto, siempre es un juicio especial, de carácter constitucional, diverso del procedimiento administrativo, proceso legislativo o procedimiento jurisdiccional del que emane el acto reclamado y que se promueve mediante el ejercicio de la acción de amparo.

b) Suspensión

Nuestro derecho sí contempla la suspensión de los actos reclamados como medida cautelar que tiene por objeto mantener viva la materia del amparo, en lo que éste se tramita, y evitar que se ejecute el acto reclamado, o bien, impedir sus consecuencias o su total y pleno desarrollo en perjuicio del quejoso.

En el amparo indirecto se tramita, vía incidental, ante el juez a quien corresponda conocer del juicio de amparo. Por contra, en el amparo directo la suspensión se gestiona ante la propia autoridad responsable, siendo ésta quien debe resolver sobre su procedencia.

Para que sea procedente conceder esta medida cautelar, en términos muy generales diremos que el quejoso normalmente debe solicitarla; que asimismo, debe tratarse de un acto cuya suspensión no produzca perjuicios al interés social o la contravención a disposiciones de orden público, y también, que debe ser un acto que, de ejecutarse, le pueda producir al quejoso daños o perjuicios de difícil reparación (artículo 124 de la LA).

Además, en caso de que dicha medida cautelar le pueda ocasionar un daño o perjuicio a un tercero, el quejoso deberá otorgar garantía bastante para reparar el daño y/o indemnizar los perjuicios que se causaren si no obtiene sentencia favorable en el amparo (artículo 125 de la LA).

6. Debate o Discusión Procesal

a) Substanciación del Juicio de Amparo

i. Amparo Directo

La tramitación del juicio de amparo directo, que se encuentra regulada en los artículos 177 a 191 de la LA, es relativamente sencilla, pues no está prevista la posibilidad de que se lleve a cabo ninguna audiencia o vista pública entre las partes, ni tampoco se pueden ofrecer más pruebas que las que se hayan ofrecido durante la substanciación del juicio del que emana la sentencia definitiva o resolución impugnada.

La demanda se presenta por conducto de la autoridad responsable, quien tiene obligación de emplazar al tercero perjudicado para que comparezca ante el tribunal de amparo a deducir sus derechos y resolver lo relativo a la suspensión del acto reclamado en caso de que el quejoso la haya solicitado. Una vez que se ha llevado a cabo lo anterior, la autoridad debe remitir la demanda, junto con las constancias del juicio en el que se haya emitido la resolución impugnada, al tribunal de amparo.

Recibida la demanda por el tribunal de amparo, su Presidente debe proveer sobre la admisión, dar vista al Ministerio Público a fin de que formule su pedimento y, posteriormente, entregar el asunto a uno de los tres Magistrados integrantes del tribunal para que elabore el proyecto de sentencia que corresponda. A dicho Magistrado se le denomina *Ponente*.

Elaborado el proyecto, se *lista el asunto*, es decir, se integrará en la lista formada por los asuntos que deban verse en la siguiente sesión, la cual se debe fijar el día anterior en un lugar visible, a efecto de que los interesados se impongan de su contenido.

Los asuntos se fallan en el orden en que hayan sido listados.

El día señalado para la sesión, uno de los secretarios del Magistrado Ponente dará cuenta al tribunal con el proyecto de resolución, leerá las constancias que le señalen los Magistrados y se pondrá a discusión el asunto. Suficientemente debatido, se procederá a la votación y, acto continuo, el Presidente del tribunal hará la declaratoria que corresponda, esto es, expresará si en el caso concreto procede conceder el amparo y protección de la justicia federal solicitado por el quejoso, si por el contrario, procede negar el amparo, o si se debe sobreseer en el juicio.

Si el proyecto del Magistrado Ponente fuere aprobado sin adiciones ni reformas, se tendrá como sentencia definitiva.

Si no fuere aprobado pero el Magistrado ponente aceptare las adiciones o reformas propuestas en la sesión, procederá a redactar la sentencia con base en ello. Si no estuviese de acuerdo, se designará a otro Magistrado para que redacte la sentencia que corresponda.

El Magistrado que no estuviere de acuerdo con el sentido de la resolución, podrá formular su *voto particular*, expresando los fundamentos del mismo y la resolución que, en su opinión, debió dictarse.

Salvo por lo que veremos adelante, la sentencias dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito no son impugnables.

Para concluir, cabe hacer notar que el procedimiento que sigue la Suprema Corte de Justicia para la elaboración de los proyectos y la discusión de los asuntos de su competencia, es prácticamente el mismo.

ii. Amparo Indirecto

La tramitación del juicio de amparo indirecto es mucho más compleja y se encuentra regulada por los artículos 145 a 147 de la LA.

En términos muy generales, podemos decir que la demanda se presenta directamente ante el juez de amparo, o bien, en los casos en que haya varios juzgados en el lugar del juicio, en la oficialía de partes común para que ésta la remita al juez que corresponda.

Recibida la demanda, el juez debe proveer respecto de su admisión, emplazar a las autoridades responsables a efecto de que rindan su *informe justificado*, citar en su caso al tercero o terceros perjudicados a fin de que comparezcan a deducir sus derechos, dar vista al Ministerio Público para que formule su pedimento y, por último, señalar día y hora para que tenga verificativo la audiencia constitucional.

El informe justificado debe contener la manifestación por parte de la autoridad responsable sobre si es cierto el acto reclamado o no, es decir, si efectivamente se emitió o llevó a cabo el acto que el quejoso le imputa y, de ser así, las razones y fundamentos legales que la autoridad estime pertinentes para sostener la constitucionalidad del acto reclamado, o bien, la improcedencia del juicio.

Cabe señalar que las autoridades responsables están obligadas a rendir su informe con justificación en el término de cinco días, en la inteligencia de que, si no lo hacen, el juez presumirá cierto el acto reclamado (salvo prueba en contrario) e impondrá a la autoridad omisa una sanción de carácter pecuniaria.

En el juicio de amparo indirecto es admisible toda clase de pruebas salvo la de *posiciones* y aquéllas que fueren contra la moral o contra el derecho.

Las pruebas deberán ofrecerse y rendirse en la audiencia constitucional, excepto la documental, que podrá presentarse con anterioridad.

La audiencia constitucional en los juicios de amparo indirecto son públicas.

Abierta la audiencia, se procederá a recibir, por su orden, las pruebas, los alegatos por escrito y, en su caso, el pedimento del Ministerio Público. Las partes podrán alegar verbalmente en la audiencia, pero sin exigir que sus alegaciones se hagan constar por escrito (salvo en materia penal) y sin que los alegatos puedan exceder de media hora por cada parte, incluyendo las réplicas y contraréplicas.

De conformidad con la LA, una vez que se ha llevado a cabo lo anterior, el juez dictará, en la propia audiencia, el fallo que corresponda. Sin embargo, por regla general las sentencias se dictan algunos días después de celebrada la audiencia constitucional,

sobre todo cuando lo que se impugna es una ley pues, como es de suponerse, ésta es una cuestión que amerita un análisis profundo y detallado que, desde luego, resulta imposible de hacerse en la propia audiencia.

Contra las sentencias dictadas en un juicio de amparo indirecto, procede el recurso de revisión previsto en el artículo 83 de la LA.

b) Impugnación de las sentencias de amparo. Competencia para conocer de la revisión.

Con motivo de la reforma a los artículos 94, 97, 100, 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de este mismo año, se restringió considerablemente la posibilidad de impugnar las sentencias dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito en los juicios de amparo directo y, por otro lado, se modificó la competencia para conocer de la impugnación de las sentencias emitidas por los Jueces de Distrito en los juicios de amparo directo.

Efectivamente, antes de la reforma, las sentencias de amparo directo podían impugnarse a través del recurso de revisión previsto en el artículo 83 de la LA, ante la Suprema Corte de Justicia, cuando el Tribunal Colegiado hubiese decidido sobre la constitucionalidad de leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República y reglamentos de leyes locales expedidos por los Gobernadores de los Estados, o cuando hubiese establecido la interpretación directa de un precepto de la Constitución, es decir, cuando la sentencia versase sobre alguna *cuestión de constitucionalidad*. Contra las demás sentencias emitidas por los Tribunales Colegiados no procedía, y no procede aún, ningún recurso o medio de defensa.

En la actualidad, de conformidad con la reforma referida y con el Acuerdo Plenario 5/1999 dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 21 de junio, para que sea impugnable una sentencia de amparo directo, además de resolver sobre alguna cuestión de constitucionalidad en los términos apuntados, se deberá tratar de un asunto que entrañe la fijación de un criterio jurídico de **importancia** y **trascendencia** a juicio de la propia Corte, en el entendido de que, entre otros supuestos, no se entenderá que se surten dichos requisitos cuando exista jurisprudencia sobre el tema, o bien, los agravios expresados en contra de la sentencia impugnada deban desestimarse por cualquier causa.

Por otro lado, antes de la reforma constitucional citada, cuando se impugnaba una sentencia emitida en un juicio de amparo indirecto dictada por un Juez de Distrito a través del recurso de revisión, si la litis planteada importaba alguna cuestión de constitucionalidad, la competencia para conocer de dicho recurso se surtía siempre en favor de la Suprema Corte de Justicia, en el entendido de que, en los demás casos, le correspondía conocer de ello a un Tribunal Colegiado de Circuito. No está por demás reiterar aquí que la sentencias de amparo indirecto siempre son impugnables.

A partir de la reforma y de la emisión del Acuerdo Plenario 6/1999, dictado el 22 de junio de este año, la Suprema Corte se encuentra facultada para remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito para su resolución, los recursos de revisión interpuestos

en contra de sentencias de amparo indirecto que se especifican en el propio Acuerdo, pese a que en el juicio se haya tratado alguna cuestión de constitucionalidad.

Cabe decir que los asuntos a que se refiere el Acuerdo Plenario 6/1999, son juicios en los que, el criterio jurídico que llegara a sustentar la Suprema Corte, no reviste importancia ni trascendencia.

Como puede advertirse, la reforma constitucional referida ha modificado trascendentalmente la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a efecto de permitirle resolver sólo los asuntos en los que se advierta la necesidad de su injerencia, y desentenderse de aquéllos que, a su juicio, no la ameriten. Esta cuestión es de suma importancia, pues constituye un paso más hacia la conversión paulatina del máximo órgano en la jerarquía judicial mexicana, en verdadero un Tribunal Constitucional.

7. Órganos de Control de Constitucionalidad

a) Naturaleza y composición

La resolución de los juicios de amparo se encuentra confiada al Poder Judicial de la Federación; concretamente, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los Tribunales Colegiados de Circuito y a los Juzgados de Distrito.

Corresponde el conocimiento de los juicios de amparo indirecto, en primera instancia, a los Jueces de Distrito.

De conformidad con el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal (en adelante LOPJF), los Juzgados de Distrito se componen de un Juez y del número de secretarios proyectistas, actuarios y empleados que determine el presupuesto.

De los juicios de amparo directo conocen los Tribunales Colegiados de Circuito.

En términos del artículo 33 de la LOPJF, dichos tribunales se integran por tres Magistrados, un secretario de acuerdos y el número de secretarios proyectistas, actuarios y empleados que determine el presupuesto. Cabe mencionar que, de acuerdo con el artículo 40 del ordenamiento en cita, cada tribunal debe nombrar anualmente, de entre sus miembros, a su propio Presidente, el cual no podrá ser reelecto para el período inmediato posterior.

De los recursos de revisión que se interpongan en contra de las sentencias de amparo directo o indirecto, con las precisiones hechas en el apartado anterior, conoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación[10].

Este Alto Tribunal se compone de once Ministros y funciona en Pleno o en Salas (artículo 2º de la LOPJF).

[10] Las garantías de imparcialidad e independencia de este tribunal, están contenidas en los artículos 94, 95, 96, 100, 108 y 110 de la Constitución Federal.

El Pleno se integra por los once Ministros, pero basta con la presencia de siete miembros para que pueda funcionar (artículo 4º de la LOPJF).

Por su parte, las Salas, que son dos, se componen de cinco Ministros cada una, bastando la presencia de cuatro de ellos para funcionar (artículo 15 de la LOPJF). Las Salas se encuentran especializadas por materia. La Primera Sala conoce de los asuntos que versen sobre materia civil o penal, y la Segunda, de los que se promuevan en materia administrativa o laboral.

El número total de Ministros es de once y, con excepción del Presidente de la Suprema Corte que solamente participa en el Pleno, los demás integran el Pleno y, paralelamente, alguna de las Salas.

En términos de los artículos 2º y 12 de la LOPJF, cada cuatro años, los miembros de la Suprema Corte de Justicia eligen de entre ellos a su Presidente, el cual no podrá ser reelecto para el período inmediato posterior y, además, no integrará Sala.

En igual medida, de conformidad con el artículo 23 de la LOPJF, cada dos años, los miembros de las Salas eligen de entre ellos a la persona que deba fungir como Presidente, la cual tampoco podrá ser reelecta en ese cargo para el período inmediato posterior.

b) Ordenación de los órganos de control constitucional

Como señalamos desde un principio, el control de la constitucionalidad de leyes, en México, le corresponde en exclusiva al Poder Judicial de la Federación, el cual se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, en los Juzgados de Distrito y en un Consejo de la Judicatura Federal.

De dichos órganos, corresponde el ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo a la Suprema Corte de Justicia, a los Tribunales Colegiados de Circuito y a los Juzgados de Distrito[11].

En la actualidad, se encuentran en funciones 117 Tribunales Colegiados de Circuito, de los cuales 62 están especializados en alguna rama del derecho (civil, penal, administrativa o laboral) y 55 son mixtos.

Asimismo, existen 197 Juzgados de Distrito; 55 especializados en alguna materia y 142 mixtos.

Cabe mencionar que tanto los Tribunales Colegiados de Circuito como los Juzgados de Distrito, están distribuidos en todo el territorio nacional y organizados en 25 *circuitos*, que son las demarcaciones territoriales establecidas por el propio Poder Judicial de la Federación que delimitan la jurisdicción de los órganos judiciales establecidos en cada uno de ellos.

[11] No está por demás precisar que el Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal también ejerce esta facultad, pero únicamente por lo que se refiere a actos concretos en materia electoral.

Por último, no está por demás señalar que la identidad de los juzgadores, en México, siempre se hace del conocimiento de los interesados, sus representantes y sus abogados.

8. Normas Impugnables

Mediante el juicio de amparo puede impugnarse la constitucionalidad de un número muy amplio de normas generales.

Comenzando por las normas de jerarquía superior, es posible cuestionar la constitucionalidad de los vicios procedimentales en que hubiere incurrido el Constituyente Permanente o Poder Revisor de la Constitución, al reformarla; en la inteligencia de que, en ningún caso, será posible impugnar el contenido de una disposición constitucional, ni en su texto original, ni tampoco respecto del originado con motivo de una reforma.

En lo que respecta a las normas federales de carácter general, el amparo es procedente contra leyes emitidas por el Congreso de la Unión, por el Ejecutivo Federal en uso de facultades extraordinarias, contra tratados internacionales y contra reglamentos expedidos por el Presidente de la República.

En materia local, el juicio de amparo es procedente en contra de las Constituciones de los Estados, las leyes emitidas por las Legislaturas locales y los reglamentos expedidos por los Gobernadores de los Estados.

Tratándose del Distrito Federal, el amparo procede contra leyes dictadas por la Asamblea Legislativa y contra los reglamentos expedidos por el Gobernador del Distrito Federal.

Evidentemente, también son impugnables a través de esta vía, los vicios procedimentales en que los órganos legislativos ordinarios incurran al emitir o dictar normas de carácter general[12].

Incluso es posible reclamar en amparo, normas generales abrogadas o preceptos derogados, respecto de las consecuencias que hubiesen derivado de su cumplimiento durante el período en que estuvieron vigentes[13].

---

[12] Sobre este punto, la Corte ha sentado la tesis P.LXIV/99 "INICIATIVA DE LEYES Y DECRETOS. SU EJERCICIO ES IMPUGNABLE MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO, POR FORMAR PARTE DEL PROCESO LEGISLATIVO", página 8 del Tomo X, Septiembre de 1999, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[13] Cfr. Tesis P./J. 52/97 "LEYES AUTOAPLICATIVAS. CUANDO ESTABLECEN HIPÓTESIS NORMATIVAS DE NATURALEZA POSITIVA, SU DEROGACIÓN NO IMPLICA, GENERALMENTE, LA CESACIÓN DE SUS EFECTOS", página 69 y tesis P./J. 51/97 "CESACIÓN DE EFECTOS. APLICACIÓN DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL QUE LLEVA POR RUBRO: LEY DEROGADA, ESTUDIO IMPROCEDENTE DE SU CONSTITUCIONALIDAD, SIN ACTO CONCRETO DE APLICACIÓN", página 5; ambas del Tomo V, Junio de 1997, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

No obstante todo lo anterior, es pertinente señalar que el amparo es improcedente contra la omisión absoluta por parte del legislador ordinario de expedir una ley cuya emisión esté prevista en la Constitución, o bien, contra la omisión de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional[14] y que, asimismo, no es posible reclamar una ley, a través de esta vía, durante la *vacatio legis*[15].

9. Las Resoluciones de Amparo y la Jurisprudencia

a) Clases de resoluciones y sus efectos

En el juicio de amparo hay tres tipos de sentencias que ponen fin a dicho juicio: las que sobreseen, las que niegan al quejoso el amparo y protección de la justicia federal y las que se lo conceden.

Las primeras, esto es, las que sobreseen, ponen fin al juicio sin resolver nada acerca de la constitucionalidad del acto reclamado. Son resoluciones que se dictan en atención a que, por alguna circunstancia jurídica o de índole fáctico, el juicio de amparo no tiene razón de ser; por ejemplo, porque no hay interesado en la valoración de la ley reclamada, como ocurre cuando el quejoso desiste de la acción intentada o fallece, o porque la acción sea legalmente inejercitable, es decir, cuando se surte en el juicio alguna causal de improcedencia.

La sentencia de sobreseimiento se concreta a puntualizar la sin razón del juicio, por lo que no tiene ejecución alguna y las cosas quedan cómo si no se hubiese promovido tal juicio.

Por su parte, las sentencias que niegan el amparo constatan la constitucionalidad del acto reclamado, bien sea porque, contrariamente a lo manifestado por el quejoso, no atente contra la Constitución, o bien, porque los conceptos de violación expresados sean deficientes y no proceda suplir la deficiencia de los mismos.

Por el contrario, las sentencias que conceden la protección de la Justicia Federal, fuerzan a la autoridad responsable a actuar o a dejar de actuar en determinado modo. En ese sentido, el artículo 80 de la LA es categórico al señalar que dichas sentencias tendrán por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación.

Vale precisar que las sentencias de amparo indirecto en las que se declara la inconstitucionalidad de una ley, obligan a las autoridades ejecutoras a no aplicar al quejoso nunca más, la ley declarada inconstitucional y, asimismo, a dejar sin efectos

---

[14] Cfr. Tesis P. CLXVIII/97 "LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUÉL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL", página 180 del Tomo VI, Diciembre de 1997, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[15] Cfr. Tesis 2ª./J. 81/95 "AMPARO CONTRA LEYES. VACATIO LEGIS. CARENCIA DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR UNA LEY DURANTE ESE PERÍODO", página 289 del Tomo II, Diciembre de 1995, Segunda Sala, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

todos los actos que hubiesen llevado a cabo en ejecución de la misma. Empero, no sucede lo mismo tratándose de las sentencias dictadas en un juicio de amparo directo en que se determine que la ley aplicada por la autoridad responsable resulta inconstitucional. En este último caso, dado que el acto reclamado lo constituye una sentencia o una resolución que pone fin a un juicio y no propiamente la ley, el amparo sólo tiene por efecto declarar que la aplicación que de ella se llevó a cabo en perjuicio del quejoso, es incorrecta y que, por ende, la resolución impugnada se debe emitir en tal o cual sentido, o quedar sin efectos.

De fundamental importancia resulta lo dispuesto en el artículo 76 de la LA respecto a que, las sentencias que concedan el amparo y protección de la justicia federal, se ocuparán sólo de los individuos que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos o protegerlos en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer un pronunciamiento general respecto de la ley que la motivare.

Habida cuenta de lo que señaló con anterioridad, este precepto debe entenderse en el sentido de que el amparo concedido al quejoso en contra de una ley, sólo le protegerá a él y a ninguna otra persona que no haya promovido el juicio de garantías en su contra, en la inteligencia de que tal protección durará en tanto el texto de la ley o del precepto impugnado no sea reformado o substituido por otro, aún cuando se sustituya por una norma de contenido similar o igual[16].

b) Contenido de las sentencias de amparo

En torno a este punto, el artículo 77 de la LA dispone que las sentencias que se dicten en los juicios de amparo deben contener:

i. La fijación clara y precisa del acto o actos reclamados;

ii. Los fundamentos legales en que se apoye el juez o tribunal de amparo para sobreseer en el juicio, o bien, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, y

iii. Los puntos resolutivos con que deban terminar, concretándose en ellos, con claridad y precisión, el acto o actos por los que sobresea, conceda o niegue el amparo.

No obstante ello y pese a que no existe ningún otro precepto que señale la forma en que se debe estructurar una sentencia, en la práctica éstas suelen contener los siguientes apartados:

---

[16] Cfr. Tesis P. CXXXVIII/96 "LEYES, AMPARO CONTRA. LA SENTENCIA SÓLO PROTEGE AL QUEJOSO MIENTRAS EL TEXTO EN QUE SE CONTIENE NO SEA REFORMADO O SUBSTITUIDO POR OTRO", página 136 del Tomo IV, Noviembre de 1996, Pleno, Novena Época y Tesis P./J. 89/97 "LEYES, AMPARO CONTRA. CUANDO SE REFORMA UNA LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL O SE SUSTITUYE POR UNA DE CONTENIDO SIMILAR O IGUAL, PROCEDE UN NUEVO JUICIO POR TRATARSE DE UN ACTO LEGISLATIVO DISTINTO", página 10 del Tomo VI, Diciembre de 1997, Pleno, Novena Época; ambos del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

a) Los *resultandos*: en donde se precisa el problema a resolver, se expresa quien ha solicitado la protección de la Justicia Federal, contra qué autoridades y respecto de qué actos, así como todos los antecedentes procesales o de trámite que resulte conveniente relatar;

b) Los *considerandos*: en donde se expresa la competencia del órgano para resolver la controversia planteada, se determina si el juicio es procedente o no; en caso de que lo sea, se hace una relación de los argumentos aducidos por las partes y, finalmente, se realiza el examen pormenorizado de la litis a efecto de determinar si la norma impugnada es o no constitucional, y

c) Los *puntos resolutivos*: en los que se contiene la decisión del juzgador, es decir, donde se expresa si se sobresee en el juicio, si se niega el amparo o, por el contrario, si procede conceder al quejoso el amparo y protección de la justicia federal.

c) La jurisprudencia

En términos muy generales, podemos decir que la jurisprudencia es la interpretación que realizan la Suprema Corte de Justicia o los Tribunales Colegiados de Circuito, de la Constitución y las leyes, a través de sus resoluciones.

De conformidad con los artículos 192 y 193 de la LA y décimo quinto transitorio de la LOPJF, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas, por lo menos por ocho Ministros, si se trata de jurisprudencias del Pleno, por cuatro Ministros, si se trata de jurisprudencia de alguna de las Salas, y por unanimidad de votos, si la jurisprudencia proviene de algún Tribunal Colegiado de Circuito.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte que diluciden las contradicciones de tesis de las Salas, así como las resoluciones del Pleno o de las Salas que diriman las contradicciones de criterios provenientes de Tribunales Colegiados.

La jurisprudencia, dependiendo del órgano que la emita, es obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal de rango inferior a aquél que la dicta y, además, obliga a los tribunales federales que no están integrados a dicho poder y a todos los jueces y magistrados del orden común.

En México, la jurisprudencia se elabora mediante la preparación de un extracto del criterio sostenido y de sus fundamentos o razones, siendo necesario que los órganos que la emiten, aprueben en una sesión el texto y el rubro de cada tesis jurisprudencial que se adopte.

A las tesis o criterios extractados que no cumplen con los requisitos de ley para considerarse como jurisprudencia, bien sea porque aún no se resuelven cinco asuntos en el mismo sentido o porque no se dictaron al resolver una contradicción de tesis, se les

conoce como tesis aisladas y, aun cuando no son obligatorias, lo cierto es que sí son de gran auxilio y, en cierta medida, también norman el criterio de los jueces y tribunales para decidir.

Tanto las tesis jurisprudenciales, como las tesis aisladas aprobadas por el órgano emisor, se publican para su conocimiento y difusión en el Semanario Judicial de la Federación, que es una publicación que corre a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la actualidad, también es posible consultar la jurisprudencia y tesis aisladas del Poder Judicial Federal, utilizando medios electrónicos; concretamente, mediante la lectura de discos compactos o accesando a la red conocida como internet.

10. Medidas para Contrarrestar el Uso Exagerado o Indebido de la Acción de Amparo

Además de los requisitos formales de procedencia a los cuales ya hemos hecho referencia, el artículo 73 de la LA dispone que el juicio de amparo es improcedente, substancialmente:

i. Contra actos de la Suprema Corte de Justicia;

ii. Contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo o en ejecución de las mismas;

iii. Contra disposiciones generales o actos concretos que sean materia de otro juicio de amparo que se encuentre pendiente de resolución, ya sea en primera o única instancia, o en revisión, promovido por el mismo quejoso, contra las mismas autoridades y el mismo acto, aunque las violaciones constitucionales que se aduzcan sean diversas;

iv. Contra disposiciones generales o actos concretos que hayan sido materia de una ejecutoria en otro juicio de amparo, en los términos de la fracción anterior;

v. Contra disposiciones generales o actos concretos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso;

vi. Contra leyes, tratados internacionales, reglamentos u otras disposiciones generales, que por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio. En este caso, el quejoso deberá esperar a que se le aplique la ley para estar en posibilidad de impugnarla;

vii. Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral;

viii. Contra las resoluciones o declaraciones de órganos legislativos, federales o locales, que tengan por objeto elegir, suspender o remover un funcionario público (juicio político);

ix. Contra actos consumados de un modo irreparable;

X. Contra actos concretos emanados de un procedimiento judicial, o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud del cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica;

Xi. Contra disposiciones generales o actos concretos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento;

Xii. Contra disposiciones generales o actos concretos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los plazos que se señala la LA;

Xiii. Contra las resoluciones jurisdiccionales respecto de las cuales la legislación positiva conceda algún recurso o medio de defensa por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aun cuando la parte agraviada no lo hubiese hecho valer oportunamente;

XiV. Cuando se esté tramitando ante los tribunales ordinarios algún recurso o medio de defensa legal, que pueda tener por efecto modificar, revocar o nulificar el acto reclamado;

XV. Contra actos administrativos que deban ser revisados de oficio o respecto de los cuales proceda algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados;

XVi. Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado;

XVii. Cuando subsistiendo el acto reclamado, no pueda surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o la materia del mismo, y

XViii. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley.

Por su parte, la Constitución Federal señala que el amparo es improcedente, además, en contra de la expulsión de extranjeros dictada en términos del artículo 33 constitucional, en contra de las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal y en contra de las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal.

Aunado a ello, la Corte ha establecido diversos criterios conforme a los cuales, el juicio de garantías tampoco procede, entre otros casos:

i. Contra de actos derivados de otros actos consentidos;

ii. Cuando no se exprese en la demanda qué actos se le reclaman a la autoridad señalada como responsable;

iii. Cuando el juicio se promueva en contra de quien no tenga el carácter de autoridad para los efectos del juicio de amparo, y

iv. Cuando se reclamen en un juicio de amparo indirecto, violaciones procesales que no sean de ejecución irreparable.

Por último, resulta importante señalar que las causales de improcedencia son de estudio preferente y que, si no se expresan por alguna de las partes, el juez o tribunal de amparo debe hacerlas valer de oficio.

11. Datos estadísticos

Para concluir con el juicio de amparo, resulta interesante mencionar algunos datos estadísticos respecto del ingreso de este tipo de procedimientos que han tenido en los últimos cinco años los Juzgados de Distrito, los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los asuntos que se han resuelto por dichos órganos en cada uno de estos años.

DATOS ESTADÍSTICOS

	1995	1996	1997	1998	1999
AMPAROS INDIRECTOS ANTE JUECES DE DISTRITO	**INGRESO 195,052**	**INGRESO 206,662**	**INGRESO 215,499**	**INGRESO 206,743**	**INGRESO 188,090**
	FALLADOS 192,404	**FALLADOS 203,587**	**FALLADOS 213,341**	**FALLADOS 206,069**	**FALLADOS 187,088**

	1995	1996	1997	1998	1999
AMPAROS DIRECTOS ANTE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO	**INGRESO 99,821**	**INGRESO 112,648**	**INGRESO 146,897**	**INGRESO 160,810**	**INGRESO 109,066**
	FALLADOS 96,981	**FALLADOS 105,594**	**FALLADOS 132,256**	**FALLADOS 145,433**	**FALLADOS 102,212**

	1995	1996	1997	1998	1999
AMPAROS EN REVISIÓN ANTE LA SUPREMA	**INGRESO 1,364**	**INGRESO 2,281**	**INGRESO 2,175**	**INGRESO 2,018**	**INGRESO 1,733**

CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	**FALLADOS 1,313**	**FALLADOS 3,311**	**FALLADOS 2,043**	**FALLADOS 1,769**	**FALLADOS 1,984**

III. Las Controversias Constitucionales

1. Consideraciones preliminares

Las controversias constitucionales, son procesos contenciosos que tienen su origen en la adopción de un régimen federal por el Estado Mexicano y en la aceptación del principio de división de poderes.

Sobre el particular, la Constitución mexicana dispone en su artículo 105, fracción I, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá de las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a materia electoral, se susciten entre:

a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;

b) La Federación y un municipio;

c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;

d) Un Estado y otro;

e) Un Estado y el Distrito Federal;

f) El Distrito Federal y un municipio;

g) Dos municipios de diversos estados;

h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y

k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

En efecto, las controversias constitucionales son conflictos que se suscitan entre poderes, órganos o entidades públicas y en las que lo que está a discusión es, precisamente, si un órgano o entidad afecta a otro en su esfera competencial.

En esa virtud, podemos afirmar que se trata de una vía de control constitucional que parte de la existencia de una afectación en la competencia del promovente originada por un acto concreto, o bien, por una disposición de carácter general.

La ley que regula tanto a este tipo de controversias, como a las acciones de inconstitucionalidad que veremos adelante, se denomina Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, LR105)

2. Sujetos Legitimados para la Impugnación

a) Legitimación Activa

De acuerdo con lo antes señalado, pueden reclamar la invalidez de normas generales que estimen violatorias de su ámbito competencial[17]:

I. Los niveles de gobierno establecidos en la Constitución Federal, es decir:
- **i.** La Federación;
- **ii.** Los Estados;
- **iii.** Los municipios, y
- **iv.** El Distrito Federal

II. Los Poderes Federales:
- **i.** El Presidente de la República, y
- **ii.** El Congreso de la Unión o cuales quiera de las dos Cámaras que lo integran (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores) e, incluso, la Comisión Permanente (que es el órgano que funciona en los períodos en que entra en recesos el Congreso de la Unión).

III. Los Poderes Locales:
- **i.** Los Gobernadores;
- **ii.** Las Legislaturas de los Estados, y
- **iii.** Los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados.

IV. Los órganos de gobierno del Distrito Federal:
- **i.** El Jefe de Gobierno del Distrito Federal;

[17] Cfr. Tesis P.LXXXIII/98 "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y LEGITIMACIÓN PASIVA", página 790 del Tomo VIII, Diciembre de 1998, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

ii. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y

iii. El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

No está por demás mencionar que, aun cuando antes del año de 1995 los municipios no estaban considerados en la Constitución Federal dentro de los sujetos legitimados para incoar este tipo de procedimientos, la Suprema Corte ya les había concedido dicha legitimación[18].

b) Requisitos substanciales para activar la jurisdicción constitucional

Como ha quedado precisado en líneas anteriores, para incoar este tipo de juicios es necesario que el promovente vea afectada su esfera competencial por virtud de la norma general o acto concreto que impugna.

Si bien la existencia de un agravio en los intereses del promovente, como presupuesto para poder ocurrir al juicio de controversia constitucional, deriva tanto de la LR105 como de la propia Constitución Federal, la precisión de que dicho agravio sea de carácter competencial no está contenida de manera expresa en los referidos ordenamientos, sino que deriva de diversos criterios que, al efecto, ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cabe decir que la Corte ha sostenido también que, a través de esta vía, sólo se puede conocer de las violaciones de carácter competencial establecidas en la Constitución Federal, por lo que los planteamientos contra leyes o actos a los que se atribuyan violaciones a la Constitución de un Estado o a leyes locales o federales, no pueden ser materia de una controversia constitucional[19].

Otra cuestión que resulta importante establecer, es que el ejercicio de la acción de controversia constitucional no requiere que el agravio competencial se haya actualizado o concretado en el momento de presentar la demanda, pues mediante esta acción se puede impugnar una norma general que todavía no ha entrado en vigor, o bien, una que para causar el agravio correspondiente, requiera de un acto posterior.

Finalmente, no está por demás señalar que la Corte ha dicho que la finalidad del control de la regularidad constitucional que se realiza a través de la controversia constitucional incluye también, de manera relevante, el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los entes u órganos de poder promoventes[20].

---

[18] Cfr. Tesis P.XLIII/96 "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS MUNICIPIOS TIENEN LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL TREINTA Y UNO DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO; Y ANTES DE LA REFORMA, POR INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE DICHO PRECEPTO, VIGENTE EN ESA ÉPOCA", página 262 del Tomo III, Marzo de 1996, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[19] Cfr. Tesis P.XKIV/96 "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES ENTRE UN ESTADO Y UNO DE SUS MUNICIPIOS. A LA SUPREMA CORTE SÓLO COMPETE CONOCER DE LAS QUE SE PLANTEEN CON MOTIVO DE VIOLACIONES A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES DEL ORDEN FEDERAL", página 320 del Tomo III, Marzo de 1996, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[20] Cfr. Tesis P./J.101/99 "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

3. Sujetos del Debate

De conformidad con el artículo 10 de la LR105 tienen el carácter de parte en las controversias constitucionales:

a) Como *actor* o *demandante*: la entidad, poder u órgano que promueva la competencia;

b) Como *demandado* o *demandados*: las entidades poderes u órganos que hubieren emitido y promulgado la norma general, o pronunciado el acto concreto que sea objeto de la controversia;

c) Como *tercero o terceros interesados*: las entidades, poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 constitucional que, sin tener el carácter de actores o demandados, pudieren resultar afectados por la sentencia que llegara a dictarse, y

d) El Procurador General de la República.

No está por demás aclarar que la Procuraduría General de la República es el órgano perteneciente a la Administración Pública centralizada al cual le están confiadas, entre otras atribuciones, la de representar de la sociedad y la de defender los intereses públicos, y que es precisamente a dicho órgano al que se encuentran adscritos los Agentes del Ministerio Público que participan en los juicios de amparo.

4. Cuestiones Formales de Acceso al Proceso

a) Principales requisitos formales para el planteamiento de la acción de controversia constitucional

La incoación de este tipo de procedimientos es bastante sencilla.

No obstante, resulta conveniente mencionar en este punto lo relativo a los plazos para su interposición, los requisitos que debe contener una demanda de controversia constitucional y la forma en que se acredita la legitimación activa.

I. Plazos para su interposición

De acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la LR105, el plazo para la interposición de una demanda de controversia constitucional será:

i. Tratándose de actos concretos, de treinta días contados a partir del día siguiente aquél en que surta efectos la notificación del acto que se impugne o de aquél en que el promovente haya tenido conocimiento de él o de su ejecución o al en que se ostente sabedor del mismo, y

---

DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN, DE MANERA RELEVANTE, EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER", página 708 del Tomo X, Septiembre de 1999, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

ii. Tratándose de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o del día siguiente a aquél en que se produzca el primer acto de aplicación de la norma que dé lugar a la controversia.

Atento a lo anterior, la Corte ha señalado que los órganos de poder legitimados para intentar una controversia constitucional, gozan de una doble oportunidad para cuestionar la constitucionalidad de una norma de carácter general, ya que pueden hacerlo con motivo de su publicación, o bien, del primer acto de aplicación en perjuicio del órgano demandante[21].

Asimismo, este Alto Tribunal ha dicho que, en los casos en que se impugne una norma general con motivo de un acto de aplicación, aun cuando de la lectura literal de la fracción II del artículo 21 de la LR105 podría desprenderse que el plazo para presentar la demanda debe comienza a correr a partir de que se genera dicho acto, el plazo debe contarse a partir del día siguiente a aquél en que el actor tuvo conocimiento o se haga sabedor del mismo, pues la aplicación textual del citado precepto podría generar la indefensión del actor[22].

II. Requisitos que debe contener la demanda

En términos del artículo 22 de la LR105, el escrito de demanda de una controversia constitucional deberá señalar:

i. La entidad, poder u órgano actor, su domicilio y el nombre o cargo del funcionario que lo represente;

ii. La entidad, poder u órgano demandado y su domicilio;

iii. Las entidades, poderes u órganos terceros interesados, si los hubiere, y sus domicilios;

iv. La norma general o acto cuya invalidez se demande, así como, en su caso, el medio oficial en que se hubieren publicado;

v. Los preceptos constitucionales que, en su caso, se estimen violados;

vi. La manifestación de los hechos o abstenciones que le consten al actor y que constituyan los antecedentes de la norma general o acto cuya invalidez se demande, y

---

[21] Cfr. Tesis P./J.29/97 "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. OPORTUNIDAD PARA PROMOVERLAS CUANDO SE IMPUGNEN NORMAS GENERALES", página 474 del Tomo V, Mayo de 1997, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[22] Cfr. Tesis P./J: 64/96 "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CÓMPUTO PARA DETERMINAR LA OPORTUNIDAD DE LA DEMANDA, CUANDO SE IMPUGNAN NORMAS GENERALES CON MOTIVO DE UN ACTO DE APLICACIÓN, SE INICIA AL DÍA SIGUIENTE AL EN QUE TUVO CONOCIMIENTO EL ACTOR O SE HAGA SABEDOR DEL MISMO", página 324 del Tomo IV, Noviembre de 1996, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

vii. Los conceptos de invalidez.

III. Forma en que debe acreditarse la legitimación activa

Sobre el particular, el artículo 11 de la LR105 señala que el actor debe comparecer a juicio por conducto de él o los funcionarios que, en los términos de las normas que lo rigen, estén facultados para representarlo y que, en todo caso, se presumirá que quien comparece a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario.

Sin embargo, la Suprema Corte ha sostenido que dicha presunción no opera cuando de la propia demanda deriva que quienes pretenden actuar con el carácter de representantes del órgano de poder promovente, carecen de la legitimación para ejercitar la acción de controversia constitucional[23].

Vale decir que ésta es una cuestión que, en la práctica, genera ciertos problemas, dado que no siempre resulta sencillo determinar a quien corresponde la representación de un órgano de poder.

b) Modo de subsanar deficiencias

En atención a que este tipo de procedimientos llevan implícito siempre un interés público, de acuerdo con los artículos 39 y 40 de la LR105 la Suprema Corte de Justicia está obligada a suplir las deficiencias que hallare en la demanda, en la contestación a la demanda, en los alegatos e, incluso, en los agravios y, asimismo, a corregir de oficio los errores que advierta en la cita de los preceptos legales invocados y a examinar, en su conjunto, los razonamientos de las partes a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada.

En esa virtud, la Suprema Corte ha estimado que no es posible considerar deficientes los conceptos de invalidez planteados en una demanda de controversia constitucional, pues independientemente de las deficiencias que pudieren tener, se debe estudiar la constitucionalidad del acto o norma general impugnada a efecto de determinar su constitucionalidad[24].

Igualmente, la Corte ha señalado que, dada la amplitud de la suplencia de la queja deficiente que contemplan los preceptos citados con anterioridad, es posible corregir, no sólo los errores que se adviertan en la cita de los preceptos invocados, sino también

---

[23] Cfr. Tesis P. X/96 "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA PRESUNCIÓN LEGAL EN CUANTO A LA REPRESENTACIÓN Y CAPACIDAD DE LOS PROMOVENTES NO OPERA CUANDO DE LA DEMANDA SE DESPRENDE QUE CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA EJERCER ESA ACCIÓN", página 166 del Tomo III, Febrero de 1996, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[24] Cfr. Tesis P./J. 68/96 "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EN ELLA NO ES POSIBLE JURÍDICAMENTE CONSIDERAR DEFICIENTES LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ PLANTEADOS", página 325 del Tomo IV, Noviembre de 1996, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

algunos datos erróneos que pudieran desprenderse de la demanda o de las pruebas ofrecidas por las partes[25].

5. Sistemas o vías de promoción del proceso

a) Planteamiento

Como ha quedado señalado en líneas anteriores, este sistema de control constitucional se insta mediante el ejercicio de una acción: la acción de controversia constitucional.

b) Suspensión provisional de la norma

Esta medida cautelar, aunque con muchas restricciones, sí es procedente en las controversias constitucionales y se encuentra regulada por los artículos 14 a 18 de la LR105.

De acuerdo con dichos preceptos, la suspensión de los actos que motivaren una controversia constitucional puede concederse de oficio o a petición de parte, y sus efectos perduran hasta en tanto se dicte la sentencia definitiva.

Para ello, la Corte deberá tomar en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional y señalar en la resolución en la que se conceda, si así procede, los alcances y efectos de la suspensión, los órganos obligados a cumplirla, los actos suspendidos, el territorio respecto del cual opere, el día en que deba surtir sus efectos y, en su caso, los requisitos para que sea efectiva.

Esta medida se tramita por vía incidental y puede ser solicitada por las partes en cualquier momento hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva.

Sin embargo, debe destacarse que, en los juicios de controversia constitucional, no procede conceder la suspensión contra normas generales, ni tampoco en los casos en que se ponga en peligro la seguridad o economía nacionales[26], las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o cuando pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante[27].

---

[25] Cfr. Tesis P./J. 79/98 "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA SUPLENCIA DE LA QUEJA AUTORIZA A EXAMINAR EN SU CONJUNTO LA DEMANDA A FIN DE RESOLVER LA CUESTIÓN EFECTIVAMENTE PLANTEADA, CORRIGIENDO LOS ERRORES QUE SE ADVIERTAN", página 824 del Tomo VIII, Diciembre de 1998, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[26] Cfr. Tesis P./J. 45/99 "SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. CONCEPTO DE 'ECONOMÍA NACIONAL' PARA EFECTOS DE SU OTORGAMIENTO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL", página 164 del Tomo P.LXXXVIII/95, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[27] *Verbi gratia*, Tesis P.LXXXVIII/95 "SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. DEBE NEGARSE CUANDO SE AFECTA LA FACULTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PERSEGUIR LOS DELITOS Y VIGILAR QUE LOS PROCESOS

6. Debate o Discusión Procesal

Norman el procedimiento de controversia constitucional, los artículos 24 a 38 de la LR105, y en todo lo no previsto por esos preceptos, lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En términos muy generales, el procedimiento o *instrucción* que se sigue en estos juicios, es el siguiente:

Recibida una demanda de controversia constitucional, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la asigna a uno de los Ministros, quien se denomina, a partir de ese momento, *Ministro Instructor.*

La asignación se hace por turno, lo que quiere decir que conforme va llegando cada asunto, se va asignando a un Ministro y así sucesivamente, de manera tal que los asuntos se distribuyan equitativamente entre todos. Vale decir que este mismo procedimiento de asignación se sigue prácticamente para cualquier asunto del que deba conocer la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El Ministro Instructor, ante todo, debe examinar la demanda, y si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará.

Admitida la demanda, el Ministro Instructor ordenará emplazar a la parte demandada para que, dentro del término de treinta días, presente su contestación y dará vista a las demás partes para que dentro del mismo plazo, manifiesten lo que a su derecho convenga. La falta de contestación de la demanda dentro del plazo de ley, hace presumir como ciertos los hechos que se hubiesen relatado en ellas, salvo prueba en contrario.

Una vez que ha transcurrido el plazo para contestar la demanda, el Ministro Instructor debe señalar fecha para la celebración de una audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas, que deberá verificarse dentro de los treinta días siguientes.

Las partes podrán ofrecer todo tipo de pruebas, excepto la de *posiciones* y aquéllas que sean contrarias a derecho o no guarden relación con la litis. Asimismo, debe destacarse que el Ministro Instructor está facultado para allegarse de cualquier prueba e, incluso, para solicitar cualquier informe o aclaración a las partes que estime necesario para la mejor resolución del asunto.

Abierta la audiencia el Ministro Instructor procederá a recibir, por su orden, las pruebas y luego los alegatos de las partes.

PENALES SE SIGAN CON TODA REGULARIDAD, PORQUE SE AFECTARÍA GRAVEMENTE A LA SOCIEDAD", página 164 del Tomo III, Octubre de 1995, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Una vez que se ha celebrado la audiencia, el Ministro Instructor debe proceder a elaborar un proyecto de sentencia, mismo que someterá a la consideración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia en una sesión pública, para su discusión y definitiva resolución.

No está por demás hacer notar que el artículo 37 de la LR105 dispone que la Corte puede acordar el aplazamiento de la solución de los juicios de amparo que tenga pendientes de resolver hasta en tanto se resuelva una controversia constitucional, siempre que las normas impugnadas en aquellos y en esta última fueren las mismas.

7. Órgano de Control de Constitucionalidad

a) Órgano al que le compete conocer de las controversias constitucionales

Tal y como ha quedado precisado con anterioridad, le corresponde resolver este tipo de juicios a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno.

Sin embargo, la Suprema Corte ha señalado que las Salas de la Suprema Corte son competentes para resolverlos cuando, por cualquier causa, no proceda el examen de las cuestiones de constitucionalidad propuestas[28].

Sobre la naturaleza y composición de este órgano jurisdiccional nos hemos ocupado en líneas anteriores, por lo que estimamos innecesario abundar sobre el particular.

b) Sistema de única o doble instancia

Los juicios de controversia constitucional, en cualquier caso, tienen sólo una instancia, pues no existe ningún recurso o medio de defensa a través del cual se puedan impugnar las resoluciones definitivas que emite el máximo tribunal de la nación.

8. Normas Impugnables

Prácticamente se puede controvertir a través de este juicio, cualquier norma general o acto concreto; ya sea local, federal o municipal, o bien se trate una Constitución local, una ley o un reglamento, por citar sólo algunos casos. Sin embargo, existen algunas restricciones sobre el particular.

En primer término, de acuerdo con la fracción I del artículo 105 constitucional no es posible controvertir, a través de esta vía, la constitucionalidad de las leyes electorales.

Al respecto, la Suprema Corte ha dicho que el concepto *leyes electorales* comprende a aquéllas normas de carácter general que establecen el régimen conforme al

[28] Cfr. Tesis 2ª. CXXIII/98 "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL, LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE SON COMPETENTES PARA RESOLVERLA, CUANDO NO PROCEDA EL EXAMEN DE LAS CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD PROPUESTAS", página 1009 del Tomo VIII, Septiembre de 1998, Segunda Sala, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

cual se logra la elección o nombramiento, mediante del voto de los ciudadanos y dentro de un proceso democrático, de las personas que han de fungir como titulares de órganos de poder representativos del pueblo, a nivel federal, estatal, municipal o del Distrito Federal[29].

Aunado a lo anterior, de nuestro orden jurídico positivo se desprende que tampoco se pueden impugnar en una controversia constitucional: resoluciones de carácter jurisdiccional, aquéllas dictadas en un juicio político respecto de la responsabilidad de los altos funcionarios de la federación, o bien, la omisión en que incurra un órgano legislativo ordinario al no emitir una norma de carácter general o no adecuar una ley al texto constitucional.

9. Las Sentencias de Controversia Constitucional y la Jurisprudencia

a) Clases de sentencias

En este tipo de procedimientos, también existen tres tipos de sentencias:

i. Las de sobreseimiento: que son aquéllas que declaran que, por alguna razón fáctica o jurídica, la controversia no tiene razón de ser. Ello puede ser motivado porque apareciere claramente que no existe la norma general o acto concreto impugnado, o porque se surtiese algún supuesto de improcedencia del juicio, entre otros casos;

ii. Las sentencias estimatorias: que son aquéllas en las que la Corte considera que la norma general o los actos reclamados en la controversia, efectivamente atentan contra la competencia del órgano, entidad o poder promovente y violan la Constitución Federal, y

iii. Las sentencias desestimatorias: que son las que, por el contrario, explícitamente declaran la constitucionalidad de la norma general o acto impugnado o, al menos, no lo declaran inconstitucional por no haberse alcanzado en la votación, la mayoría requerida por la ley.

b) Contenido de las sentencias de controversia constitucional

El artículo 41 de la LR105 señala que las sentencias que se dicten en los juicios de controversia constitucional deben contener:

i. La fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados;

ii. Los preceptos que la fundamenten;

---

[29] Cfr. Tesis P. CXXVI/95 "MATERIA ELECTORAL. CONCEPTO DE, PARA LOS EFECTOS DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", página 237 del Tomo II, Diciembre de 1995, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

iii. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados;

iv. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquéllos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda;

v. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados y, en su caso, la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen, y

vi. En su caso, el término en que la parte condenada deba realizar una actuación.

Cabe señalar que las sentencias de controversia constitucional, en la práctica, se estructuran en forma muy similar a la que explicamos al hablar sobre las sentencias de amparo, es decir, con un capítulo de *resultandos*, otro de *considerandos* y, al final, los *puntos resolutivos*.

c) Efectos de las sentencias de controversia constitucional

A través de este medio de control constitucional es posible, en ciertos supuestos y mediante el cumplimiento de determinados requisitos previstos en la Constitución y en la LR105, declarar la invalidez absoluta de una norma general.

Para ello se requiere, en primer lugar, que en la controversia se haya impugnado una norma general.

Además, que se trate de uno de los asuntos siguientes:

i. Una controversia suscitada entre el Poder Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión, o cualquiera de sus cámaras o la Comisión Permanente;

ii. Una controversia planteada entre dos poderes de un mismo Estado;

iii. Una controversia suscitada entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal;

iv. Una controversia promovida por la Federación, en contra de un Estado o un municipio, o bien,

v. Una controversia constitucional incoada por un Estado en contra de alguno de sus municipios.

Y, por último, es necesario que la resolución que al efecto emita la Suprema Corte de Justicia, cuente con el voto favorable de, al menos, ocho Ministros.

Solamente en los casos antes señalados y cumpliendo los requisitos precisados, podrá tener efectos generales una sentencia dictada en una controversia constitucional. En cualquier otro supuesto, las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes[30].

Cabe decir que de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 42 de la LR105, en aquéllas controversias respecto de normas generales en que no se alcance el voto favorable de cuando menos ocho Ministros, la Suprema Corte deberá declarar desestimada la acción ejercitada, en el entendido de que dicha resolución no constituirá jurisprudencia.

Por lo que hace al momento a partir del cual surtirá efectos una resolución de controversia constitucional, el artículo 45 de la LR105 dispone que ello será determinado en cada caso por la Suprema Corte de Justicia, pero que dichas resoluciones no tendrán efectos retroactivos, salvo por lo que hace a la materia penal[31].

Por último, debe decirse que, de conformidad con el artículo 44 de la LR105, el Presidente de la Suprema Corte se encuentra obligado a ordenar la publicación de toda sentencia que se dicte en una controversia constitucional, de manera íntegra, en el Semanario Judicial de la Federación y que, cuando en ella se declare la invalidez de una norma general, se deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación y en el órgano oficial en que la norma invalidada se hubiese publicado.

d) La jurisprudencia

Sobre el particular, el artículo 43 de la LR105 señala que los razonamientos jurídicos de la Suprema Corte de Justicia contenidos en las sentencias aprobadas por cuando menos ocho Ministros, serán obligatorios para los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía, tanto del Poder Judicial Federal, como del orden común.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en la práctica, para la elaboración de las tesis de jurisprudencia derivadas de este tipo de juicios, se sigue el mismo procedimiento de extractar el criterio sostenido y aprobar su texto en una sesión, al igual que se hace respecto de la jurisprudencia emanada de la resolución de juicios de amparo.

10. Medidas para Contrarrestar el Uso Exagerado o Indebido de la Acción de Controversia Constitucional

---

[30] *Verbi gratia*, Tesis P./J. 72/96 "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. CUANDO ES PROMOVIDA POR UN MUNICIPIO, LA SENTENCIA QUE DECLARA LA INVALIDEZ DE UNA NORMA GENERAL ESTATAL, SÓLO TENDRÁ EFECTOS PARA LAS PARTES", página 249 del Tomo IV, Noviembre de 1996, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[31] Cfr. Tesis P./J. 74/97 "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. SENTENCIAS DECLARATIVAS DE INVALIDEZ DE DISPOSICIONES GENERALES. SÓLO PUEDEN TENER EFECTOS RETROACTIVOS EN MATERIA PENAL", página 548 del Tomo VI, Septiembre de 1997, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Como quedó establecido desde un inicio, el ejercicio de la acción de controversia constitucional se encuentra restringido por la propia Constitución a los órganos de poder que ella misma señala, de tal forma que su incoación no suele ser, de ninguna manera, tan frecuente como lo es en el caso del juicio de garantías.

Aunado a ello, el artículo 19 de la LR105 dispone que las controversias constitucionales son improcedentes:

i. Contra decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

ii. Contra normas generales o actos concretos en materia electoral;

iii. Contra normas generales o actos concretos que sean materia de una controversia pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez;

iv. Contra normas generales o actos concretos que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra controversia, o contra las resoluciones dictadas con motivo de su ejecución, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez y la resolución sólo pueda tener efectos entre las partes;

v. Cuando hayan cesado los efectos de la norma general o acto concreto materia de la controversia;

vi. Cuando no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del propio conflicto;

vii. Cuando la demanda se presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21 de la propia LR105, y

viii. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de dicha ley.

En este tipo de juicios, las causales de improcedencia también son de estudio preferente y se deben estudiar aun cuando no las hagan valer las partes.

11. Información Estadística

Por último haremos mención de las controversias constitucionales que, durante los últimos cinco años, se han promovido ante la Suprema Corte de Justicia y aquéllas que se han resuelto por este mismo órgano.

DATOS ESTADÍSTICOS				
1995	**1996**	**1997**	**1998**	**1999**

INGRESO 19	INGRESO 57	INGRESO 36	INGRESO 29	INGRESO 36
FALLADOS 2	FALLADOS 10	FALLADOS 33	FALLADOS 38	FALLADOS 26

IV. La Acción de Inconstitucionalidad

1. Consideraciones preliminares

Tras la trascendental reforma del año de 1994 al articulo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó conferida al más alto órgano jurisdiccional de la nación, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un tratado internacional, con efectos generales, a través de un medio abstracto de control constitucional.

Originalmente, se estableció una única excepción: la materia electoral. Sin embargo, esta excepción fue superada por virtud de una nueva reforma constitucional en el año de 1996, que si bien dio lugar a una gran polémica, ha resultado atinada, tal y como lo demuestra el hecho de que, al día de hoy, la gran mayoría de las acciones de inconstitucionalidad que se promueven versan sobre leyes relativas a la materia electoral.

Puede decirse que, aun cuando su inserción en nuestro orden jurídico es relativamente reciente, ello ha dado un giro de enorme trascendencia tanto por lo que hace al control de constitucionalidad en nuestro país, como por lo que respecta a la naturaleza del máximo órgano jurisdiccional que, como dijimos con anterioridad, cada vez se acerca más a un Tribunal Constitucional.

Como dejamos asentado en líneas precedentes, las acciones de inconstitucionalidad se encuentran reguladas, al igual que las controversias constitucionales, por la LR105, la cual dispone, en su artículo 59, que en aquéllas se aplicará lo dispuesto para estas últimas en todo lo que no se encuentre expresamente previsto para las acciones de inconstitucionalidad[32].

En esa virtud, aquí nos concretaremos a las cuestiones que la LR105 dispone de manera excepcional para las acciones de inconstitucionalidad, en el entendido de que en todo lo demás, aplican las reglas que hemos visto para las controversias constitucionales.

2. Sujetos Legitimados para la Impugnación

[32] En el mismo sentido: Tesis P./J. 3/99 "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. UNICAMENTE SON APLICABLES LAS NORMAS PREVISTAS EN EL TÍTULO II DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL, EN AQUELLO QUE NO ESTÉ PREVISTO EN EL TÍTULO III DE DICHO ORDENAMIENTO", página 289 del Tomo IX, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

De acuerdo con la fracción II del artículo 105 constitucional, están legitimados para ejercitar una acción de inconstitucionalidad:

i. El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

ii. El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

iii. El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal o del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

iv. El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;

v. El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea, y

vi. Los partidos políticos con registro ante el órgano público al que le corresponde organizar las elecciones federales (Instituto Federal Electoral), en contra de leyes electorales, federales o locales, y los partidos políticos con registro estatal, pero exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo de la entidad federativa que les otorgó el registro.

Como bien se puede advertir, la acción de inconstitucionalidad está diseñada para proteger, más que los intereses de gremios o agrupaciones sociales, a las minorías parlamentarias y a los partidos políticos, sin perjuicio de la intervención que, en estos juicios, le corresponde al Procurador General de la República en su carácter de representante de la sociedad.

3. Sujetos del Debate

Sobre el particular, el artículo 62, tercer párrafo, de la LR105 dispone que, en los procedimientos seguidos en contra de leyes electorales, se considerará parte demandante, además de los órganos de poder señalados en la fracción I del artículo 10 de ese mismo ordenamiento, a los partidos políticos con registro.

Asimismo, de lo dispuesto en los artículos 61, fracción II, y 64, primer párrafo de la LR105, se desprende que en estos juicios tendrán el carácter de demandados el órgano legislativo que hubiere emitido la norma general impugnada y el ejecutivo que la haya promulgado.

En todo lo demás, resulta aplicable lo señalado en el artículo 10 de la LR105 al que aludimos al hablar de las partes en los juicios de controversia constitucional, en el

entendido de que, por la propia naturaleza de las acciones de inconstitucionalidad, no existe un tercero que pueda participar en el debate con el carácter de parte.

Ahora bien, en relación con la participación de otros órganos públicos en este tipo de procesos, de acuerdo con el artículo 68, segundo párrafo, de la LR105, cuando la acción de inconstitucionalidad se interpone en contra de una ley electoral, el Ministro Instructor puede solicitar la opinión a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal.

Cabe hacer la precisión de que esta facultad es absolutamente discrecional, es decir que puede ejercerse o no según lo estime el propio Ministro Instructor y, además, que la opinión de la Sala Superior del citado Tribunal Electoral, de ninguna forma vincula la decisión de la Corte, pues ésta puede resolver con entera libertad sin tener que acogerse a lo manifestado por aquélla.

4. Cuestiones Formales de Acceso al Proceso

En este punto nos referiremos al plazo para la incoación de una acción de inconstitucionalidad, a los requisitos que debe contener la demanda respectiva y a la suplencia de la queja.

a) Plazo para su interposición

A este respecto, los artículos 105, fracción II, primer párrafo, y 60 de su ley reglamentaria, disponen que el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad es de treinta días *naturales* (es decir, incluyendo tanto hábiles como inhábiles) contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el medio oficial que corresponda; en el entendido de que si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente[33].

b) Requisitos que debe contener la demanda

Dispone el artículo 61 de la LR105 que la demanda a virtud de la cual se ejercita una acción de inconstitucionalidad debe contener:

i. Los nombres y firmas de los promoventes;

ii. Los órganos legislativos y ejecutivo que hubieran emitido y promulgado la norma general impugnada;

iii. La norma cuya invalidez se reclame y el medio oficial en que se hubiere publicado;

---

[33] En el mismo sentido: Tesis 2ª. LXXXIX/99 "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DEBE REALIZARSE A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE DE LA PUBLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN GENERAL COMBATIDA", página 657 y Tesis 2ª. LXXX/99 "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI EL PLAZO PARA PRESENTAR LA DEMANDA VENCE EN DÍA INHÁBIL Y ÉSTA SE PRESENTÓ EL SIGUIENTE DÍA HÁBIL, DEBE CONSIDERARSE OPORTUNA", página 658; ambas del Tomo IX, Junio de 1999, Segunda Sala, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

iv. los preceptos constitucionales que se estimen violados, y

v. Los conceptos de invalidez.

En ese sentido, el artículo 62 de la LR105 precisa que, cuando la acción de inconstitucionalidad sea promovida por una minoría parlamentaria, la demanda deberá estar firmada por, cuando menos, el treinta y tres por ciento de los integrantes de los correspondientes órganos legislativos. Esto, sin perjuicio de que en ella se designen como representantes comunes a cuando menos dos de sus integrantes. Si no se designaren en dicho escrito representantes comunes, el Presidente de la Suprema Corte procederá a hacerlo de oficio.

c) Suplencia de la queja

Sobre el particular, el artículo 71 de la LR105 dispone que, al dictar sentencia, la Suprema Corte deberá corregir de oficio los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y, además, suplir la deficiencia de los conceptos de invalidez planteados en la demanda, por lo que la sentencia de inconstitucionalidad se podrá fundar en la violación de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el escrito inicial.

Lo anterior permite advertir la amplitud que, también en este caso, tiene la suplencia de la queja, lo cual igualmente se explica por el interés público que conlleva la incoación de este tipo de juicios.

Sin embargo, no sucede lo mismo por lo que hace a la impugnación de leyes electorales.

En esta materia, el mismo artículo 71 contiene una disposición restrictiva que obliga a la Suprema Corte de Justicia a referirse únicamente a la violación de los preceptos constitucionales expresamente señalados en el escrito inicial.

Ello se justifica en razón de que, si se admitiese la suplencia en materia electoral, podría pensarse que la Corte asume una posición parcial en favor de algún partido político, pues no hay duda de que son éstos los más interesados en el control constitucional de dichas normas; y entre los dos valores en juego, esto es, el de preservar la vigencia de las normas constitucionales aun en el caso de que no se hubiere reclamado específicamente una inconstitucionalidad que pueda ser percibida por la Corte, y el valor de no hacer aparecer a ese Alto Tribunal como un órgano que asume alguna posición partidista, el legislador escogió este último como prioritario.

5. Sistemas o Vías de Promoción del Proceso

a) Planteamiento de la acción de inconstitucionalidad

Como su propio nombre lo indica, este control constitucional se hace valer por vía de acción.

b) Suspensión

Por disposición expresa del último párrafo del artículo 64 de la LR105, la incoación de una acción de inconstitucionalidad en ningún caso da lugar a que se suspenda la aplicación de la norma general impugnada.

6. Debate o Discusión Procesal

El procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad se rige por lo dispuesto en los artículos 64 a 70 de la LR105 y, en todo lo que no se les oponga, por lo señalado en los artículos 24 a 38 del mismo ordenamiento legal a los cuales nos referimos al hablar de las controversias constitucionales. En este caso, también resulta aplicable, de manera supletoria, el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En términos muy generales, el trámite que se sigue en un juicio de acción de inconstitucionalidad es el siguiente:

Iniciado el procedimiento, el Ministro Instructor dará vista al órgano legislativo que hubiere emitido la norma y al órgano ejecutivo que la hubiere promulgado para que, en el plazo de quince días, rindan un informe que contenga las razones y fundamentos tendientes a sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción.

Tratándose del Congreso de la Unión, cada una de las cámaras rendirá por separado el informe referido.

Hecho lo anterior, el Ministro Instructor procederá a darle vista con el escrito de demanda y con los informes que se presenten al Procurador General de la República, a fin de que éste formule el pedimento que corresponda hasta antes de que se dicte sentencia definitiva. Evidentemente esto no aplica en el caso en que el propio Procurador promueva la acción de inconstitucionalidad.

Al mismo tiempo, se pondrá el expediente a la vista de las partes a fin de que expresen por escrito sus alegatos, dentro del plazo de cinco días.

Hasta antes de dictarse sentencia, el Ministro Instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquéllos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto.

Agotado el procedimiento, el Ministro Instructor propondrá al Pleno de la Suprema Corte de Justicia un proyecto de sentencia, el cual será discutido y votado a fin de resolver de manera definitiva la cuestión, con lo que se da por concluido el juicio.

Es pertinente hacer notar que, en materia electoral, se reducen notablemente los plazos para realizar las diligencias señaladas.

Esta reducción se debe a la naturaleza propia de los actos regulados por las leyes electorales, los que, dada la enorme trascendencia que pueden tener en los intereses públicos, conllevan la necesidad de que la Corte resuelva rápidamente a fin de evitar que la dilatación del trámite procesal haga nugatorios los efectos de una sentencia que estime inconstitucional la ley electoral impugnada.

Por la misma razón, el propio artículo 105 constitucional dispone que las leyes electorales, tanto locales como federales, deben promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse y, asimismo, que durante dicho plazo no podrán realizarse modificaciones de importancia a la ley.

Finalmente, no está por demás mencionar que de lo dispuesto en los artículos 19 y 65 de la LR105, se desprende que las acciones de inconstitucionalidad son improcedentes:

i. Contra leyes o tratados internacionales que sean materia de una acción de inconstitucionalidad pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes, normas generales y conceptos de invalidez;

ii. Contra leyes o tratados internacionales que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra acción de inconstitucionalidad, siempre que exista identidad de partes, normas generales y conceptos de invalidez;

iii. Cuando hayan cesado los efectos de la ley o tratado internacional materia de la acción de inconstitucionalidad;

iv. Cuando la demanda se presentare fuera del plazo previsto en el artículo 60 de la LR105, y

v. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de dicha ley.

7. Órgano de Control de Constitucionalidad

El conocimiento y resolución de las acciones de inconstitucionalidad le corresponde, en única y última instancia, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno.

8. Normas Impugnables

A través de esta vía, es posible combatir únicamente normas generales que tengan el carácter de ley o de tratado internacional[34].

---

[34] Cfr. Tesis P./J. 22/99 "ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES", página 257 del Tomo IX, Abril de 1999, Pleno, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

A este respecto, la Suprema Corte ha señalado que, para determinar la procedencia de una acción de inconstitucionalidad en contra de una ley, no basta con atender a la designación que se le haya dado al momento de su creación, sino que es menester analizar su contenido a fin de determinar si, efectivamente, se trata de una norma de carácter general[35].

Asimismo, se debe destacar que si bien a través de las acciones de inconstitucionalidad se puede impugnar la constitucionalidad de un tratado internacional, no es posible atacar por esta vía (ni ninguna otra que se encuentre prevista en nuestro derecho positivo) una ley mexicana por contravenir un tratado internacional[36].

En lo relativo a la impugnación de las leyes preconstitucionales, es decir, aquéllas cuya existencia sea anterior a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, debe decirse que no procede su impugnación a través de este medio de control, toda vez que el plazo para incoar una acción de inconstitucionalidad es de sólo treinta días naturales contados a partir de la publicación oficial de la ley. No obstante, dado que nuestra Constitución data del año de 1917, en nuestro orden jurídico positivo son contados los casos de leyes preconstitucionales.

Por lo que hace a la *vacatio legis*, podemos decir que, al igual que ocurre en tratándose de las controversias constitucionales, el plazo para incoar una acción de inconstitucionalidad corre a partir de la fecha de publicación de la norma general y no de su entrada en vigor, por lo que sí es posible combatir una ley o un tratado internacional, por esta vía, durante ese periodo.

Cabe mencionar que no todos los sujetos legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad pueden impugnar cualquier norma general que tenga el rango de ley o de tratado internacional pues, de acuerdo con lo que dejamos asentado con anterioridad, las minorías parlamentarias sólo podrán impugnar las normas que provengan del órgano legislativo al cual pertenecen y los partidos políticos, leyes en materia electoral.

El único que no está sujeto a restricción alguna, es el Procurador General de la República quien, a virtud de la representación social que ostenta, puede atacar cualquier ley o tratado internacional.

Por último, en este apartado resulta de especial importancia señalar que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución, es la acción de inconstitucionalidad.

---

[35] Cfr. Tesis P./J. 23/99 "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PARA DETERMINAR SU PROCEDENCIA EN CONTRA DE LA LEY O DECRETO, NO BASTA CON ATENDER A LA DESIGNACIÓN QUE SE LE HAYA DADO AL MOMENTO DE SU CREACIÓN, SINO A SU CONTENIDO MATERIAL QUE LO DEFINA COMO NORMA DE CARÁCTER GENERAL", página 256 del Tomo IX, Abril de 1999, Pleno, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

[36] Cfr. Tesis P.C/92 "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA", página 27 del Tomo 60, Diciembre de 1992, Pleno, Octava Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

9. Las Sentencias de Acciones de Inconstitucionalidad y la Jurisprudencia

Resulta aquí aplicable todo lo que manifestamos al hablar de las sentencias dictadas en los juicios de controversia constitucional, salvo en un punto.

En las acciones de inconstitucionalidad, el único requisito necesario para declarar la invalidez, con efectos generales, de la ley o tratado impugnado, es que la resolución cuente con el voto favorable de, al menos, ocho Ministros.

10. Información Estadística

Para concluir esta exposición, daremos cuenta de las acciones de inconstitucionalidad interpuestas, así como las que se han resuelto hasta hoy, desde la incorporación de este medio de control constitucional a nuestra norma fundamental.

DATOS ESTADÍSTICOS

1995	1996	1997	1998	1999
INGRESO 1	INGRESO 10	INGRESO 10	INGRESO 12	INGRESO 12
FALLADOS 1	FALLADOS 1	FALLADOS 13	FALLADOS 10	FALLADOS 14

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Nicaragua



SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NICARAGUA

Fundamento constitucional y legal

La Constitución Política de la República de Nicaragua, en su Arto. 187, "... *establece el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política* ..." y el Arto. 190 agrega "*La Ley de Amparo regulará los recursos establecidos en este Capitulo*" (Inconstitucionalidad, Amparo y Exhibición Personal). La Ley de Amparo vigente[1], aprobada en 1988 y reformada[2] en 1995, reguló en forma individualizada cada uno de los Recursos de control de constitucionalidad. Así, el Recurso de Inconstitucionalidad logró su normativa propia como medio de control abstracto, en cuanto a presentación del recurso, requisitos, tramitación y los efectos de su sentencia, y estableció dos vías para alegar la inconstitucionalidad cuando se conoce de casos concretos.

I.CONTROL ABSTRACTO O GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA IMPUGNACION

1.1 Legitimación activa

En cuanto a los sujetos legitimados para interponer el Recurso de Inconstitucionalidad, tanto la norma constitucional como la Ley de Amparo, establecen que este solo pueden interponerlo los ciudadanos nicaragüenses, debiéndose demostrar para ello la calidad con que actúan.

---

1 Ley Nº 49 "Ley de Amparo", publicada en La Gaceta, Diario Oficial, Nº 241 de 20 de diciembre de 1988

2 Ley Nº 205 "Ley de Reforma a los artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo", publicada en el diario "La Tribuna", de 30 de noviembre de 1995.

En consecuencia no cabe el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por una persona jurídica, un menor de edad, o un extranjero.

El ciudadano o ciudadanos también puede interponer el recurso a través de Apoderado Especialmente facultado para ello.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido jurisprudencia[3] señalando que, aunque el recurrente haya cumplido con los requisitos que la Ley de Amparo establece, si interpone un Recurso de Inconstitucionalidad en representación de una persona jurídica, aún en el caso que haya sido representada especialmente para ello, éste no puede ser admitido, ya que el Recurso de Inconstitucionalidad sólo corresponde a los ciudadanos.

1.2 **Existencia o no de acción popular. Intereses difusos.**

Como se señala, la acción popular se ve restringida en nuestra justicia constitucional al exigirse la calidad de ciudadano a quien interpone la acción. De igual manera, hay restricciones en la presentación de dichos recursos por gremios, asociaciones, etc.

1.3 **Requisitos substanciales para activar jurisdicción constitucional. Existencia o no de interés jurídicamente protegido.**

Respecto a la acreditación del perjuicio directo o indirecto causado por la norma recurrida, que establecía la Ley de Amparo de 1988, la Corte Suprema de Justicia también ha establecido jurisprudencia[4] señalando que lo dispuesto por la Ley de Amparo debía tenerse por no puesto, por exceder de lo establecido en la Constitución Política. Este criterio fue elevado a norma legal con la Reforma a la Ley de Amparo (Ley Nº 205) de 1995, que en armonía con la Carta Magna estableció como único requisito la interposición por cualquier ciudadano o ciudadanos, excluyendo el hecho de que sea afectado directa o indirectamente en sus derechos constitucionales y que así deba acreditarlo.

2. SUJETOS DEL DEBATE.

2.1 Representantes del Estado

Se dirige contra el titular del órgano que emitió la ley, decreto-ley, decreto o reglamento. En la práctica cuando el recurso es dirigido contra una Ley, este se interpone en contra del titular de la Asamblea Nacional y el Presidente de la República.

La Procuraduría General de Justicia, también forma parte del proceso, en su carácter de Representante del Estado, quien manifiesta los criterios jurídicos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, contra la cual va dirigida el recurso de inconstitucionalidad.

---

[3] Auto Resolución del 11 de marzo de 1999

3. CUESTIONES FORMALES DE ACCESO AL PROCESO.

3.1 Principales requisitos formales. Subsanación.

Debe presentarse en papel sellado de ley, dirigido directamente a la Corte Suprema de Justicia, con copias suficientes en papel común para que sean entregadas al o los funcionarios contra quien va dirigido, y al Procurador General de Justicia. El escrito de interposición deberá contener los nombres, apellidos y generales de ley del recurrente o recurrentes; los nombres y apellidos del funcionario o titular del órgano en contra de quien fuera interpuesto; la Ley, decreto ley, decreto o reglamento impugnado, la fecha de su entrada en vigencia y la disposición o disposiciones especiales que se opongan a la Constitución, determinando las normas que se consideren violadas o contravenidas; la solicitud expresa de que se declare la inconstitucionalidad de la ley, decreto ley, decreto o reglamento o partes de la misma; y el señalamiento de casa conocida para notificaciones.

La fecha de entrada en vigencia de la Ley, Decreto ó Reglamento, en general se determina a partir de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial o en cualquier medio de comunicación, si hubiera disposición que así lo señalare.

En el caso que el recurrente omitiera alguno de estos requisitos, la Ley de Amparo señala que la Corte Suprema de Justicia prevendrá al recurrente para que dentro del término de

cinco días llene dichas omisiones y en caso de que el recurrente deje pasar este plazo sin subsanarlas, el recurso se considerará como no interpuesto[5].

3.2 Motivación jurídica.

La identificación de las normas legales que se estiman violan la norma constitucional, es requisito formal de la admisión del recurso, sin embargo la motivación jurídica que las sustenta se analiza en la sentencia definitiva.

3.3 Condiciones de Admisibilidad.Patrocinio profesional.

Una vez que el recurso es interpuesto, la Corte Suprema de Justicia, se pronunciará sobre la admisibilidad o no del mismo.

La interposición se hace ante la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, quien pone razón del presentado.

Una vez cumplido este requisito, se remite al despacho del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien a su vez, lo envía al Presidente de la Sala de lo Constitucional, recayendo sobre él u otro Magistrado de la Sala, el examen de los requisitos formales para la interposición del recurso.

---

[5] Sentencia N°73 del 20 de julio de 1990...

Un requisito fundamental para que el recurso sea admitido, es la interposición personal o por apoderado especialmente facultado para ello, en cuyo caso el poder debe ser otorgado ante Notario Público domiciliado en Nicaragua y expresar la facultad especial conferida al mandante para interponerlo. Debe señalarse que esto último es concordante con la restricción del ejercicio notarial establecida en la Ley del Notariado, para aquellos Notarios que se encontraban fuera del país, y si bien una posterior reforma de 1990 dejó liberado el ejercicio notarial fuera del territorio nicaragüense, lo dispuesto en la Ley de Amparo prevalece para el caso particular, por ser ésta una ley constitucional que se considera superior a la Ley ordinaria.

El otro aspecto es referido al termino de 60 días, que la Ley de Amparo establece para la interposición del recurso, los mismos se cuentan partir de la entrada en vigencia de la norma impugnada, a fin de determinar si el recurso fue interpuesto dentro ó fuera del término establecido; si el recurso se interpone fuera de ese plazo se declara inadmisible por extemporáneo.

Es necesario señalar, que la subsanación de requisitos, tiene criterios divididos al interior de la Corte Suprema de Justicia, ya que algunos Magistrados sostienen, que algunos de ellos, si pueden ser subsanados y otros no, como por ejemplo, la presentación de un poder generalísimo en vez del especial establecido en la Ley.

Una vez que se han examinado los requisitos de admisibilidad, la Corte Suprema de Justicia, se pronuncia sobre la admisibilidad o no del recurso y si este es admisible ordena seguir el procedimiento.

No se ha dictado hasta la fecha, ninguna sanción por el patrocinio profesional inadecuado, ya sea por insuficiencia o temeridad en el planteamiento.

4. PROCESO Y DISCUSION PROCESAL.

Se distinguen tres etapas en el proceso, que es eminentemente escrito, la primera referida a la interposición y la declaratoria de admisibilidad o no, la segunda que se centra en la participación de los sujetos legitimados y las autoridades recurridas en demostrar sus pretensiones, la ultima la constituye la sentencia y su publicación.

Si del análisis antes señalado, se determina que se han cumplido con todos los requisitos, la Corte Suprema tiene el término de quince días para declarar la admisibilidad del mismo, mandando a pedir informe al funcionario o funcionarios recurridos, los que deberán rendir el mismo, dentro del término de quince días, a partir de que fuera notificado de ello.

Una vez transcurrido el término para que se rinda el informe, con él o sin él, la Corte Suprema de Justicia, da audiencia por seis días a la Procuraduría General de Justicia, para que dictamine sobre el recurso. Las consideraciones vertidas por las partes o el dictamen de la Procuraduría, podrán ser asumidas o no en el proyecto de la sentencia.

Tanto el informe como el dictamen, puede que no sean suministrados por las autoridades no contemplándose ninguna sanción por ello.

Si se necesitara mayores elementos que no aparecen en el proceso, la Corte Suprema de Justicia, podrá dictar providencias que le den mayores elementos de juicio, dándole intervención a las partes recurrente y recurrido y a la Procuraduría General de Justicia.

En algunos casos, existen manifestaciones de diversos sectores, por los medios televisivos o escritos, así como de audiencia ante la Asamblea Nacional, exponiendo sus puntos de vistas, en relación a determinado proyecto de ley, que consideran inconstitucional y que aún no ha sido aprobado. O bien, se da el caso, que una vez que ha entrado en vigencia dicha ley, decreto ó reglamento, se den manifestaciones en público, de diversos sectores, acerca de la inconstitucionalidad de la norma.

En el primero de los casos, corresponde a la Asamblea Nacional el considerar ó no dichas opiniones, al momento de aprobarse dicho proyecto de ley, y en el segundo caso, éstas manifestaciones públicas muchas veces la hacen acompañar en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, como ilustración.

5. ORGANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución Política establece, en su Arto. 164, que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, el conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley y por su parte el Arto. 163 Cn. atribuye la competencia de su conocimiento a la Corte Plena. En igual sentido se pronuncia la ley de Amparo, en su Arto. 8.

Las reformas constitucionales de 1995 crearon las Salas de lo Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, las que actualmente están integradas por seis Magistrados, cada una de ellas.

La Ley Orgánica del Poder Judicial[6], del 23 de enero del presente año, reitera la competencia de la Corte Plena de conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad y, en su Arto. 34, radicó en la Sala de lo Constitucional, la competencia para instruir y proyectar las resoluciones en materia de recurso de inconstitucionalidad, para ser resueltas por la Corte Plena.

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, son electos por votación calificada –60% de los Diputados de la Asamblea Nacional-, por un período de siete años, pudiendo ser reelectos, gozan de inmunidad, las causas de remoción, deben estar señaladas en la Constitución y en una Ley, que actualmente no se ha dictado, tienen las incompatibilidades comunes en la legislación a otros procesos contemplados en el Código de Procedimiento Civil y cuentan para su funcionamiento con el Presupuesto General de la República, el cual es aprobado para el Poder Judicial por la Asamblea Nacional, a propuesta del Poder Ejecutivo, el que a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, desembolsa periódicamente, las remesas descentralizadas del mismo.

Corresponde a uno de los Magistrados que integran la Sala de lo Constitucional, elaborar el proyecto de sentencia del recurso de inconstitucionalidad, el que una vez aprobado por los

---

6 Ley Nº 260 "Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua", publicada en La Gaceta. Diario Oficial Nº 137 de 23 de julio de 1998

Magistrados que integran la Sala se circula a los Magistrados que no están integrados en la Sala de lo Constitucional, para su aprobación o desaprobación.

En caso de que dicho proyecto de sentencia, no cuente con el número de votos requeridos, dos terceras de la Corte Suprema, actualmente 8 votos, se resignará ó asumirá el expediente otro Magistrado.

6. NORMAS IMPUGNABLES

La Constitución Política, en su Título X Supremacía de la Constitución, su reforma y de las leyes Constitucionales, Capítulo II "Control Constitucional", establece en su Arto. 187 Cn. : **"..... el Recurso por Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano".** Cabe señalar, que la Ley de Amparo, antes de la reforma varias veces citada, establecía que el recurso de inconstitucionalidad procedía contra una ley, decreto ley, decreto o reglamento, y la actual establece que el Recurso de Inconstitucionalidad procede contra una ley, decreto o reglamento y en general cualquier acto normativo de rango inferior a la Constitución. Esta reforma excluyó el decreto ley, sin embargo extendió el uso del recurso de inconstitucionalidad, contra cualquier norma de rango inferior a la Constitución Política.

En razón de dicha reforma, se han introducido recursos de inconstitucionalidad, en contra de Acuerdos Ministeriales, los que al momento de su admisibilidad, ha generado diversos criterios entre los Magistrados. Algunos consideran que la reforma a la Ley de Amparo, va

más allá de lo prescrito por la Constitución Política y otros, que el contenido del Acuerdo Ministerial, muchas veces corresponde a un Decreto, por lo que debería admitirse su tramitación. En sentencia No. 132, de las doce meridianas del seis de agosto de mil novecientos noventa y dos, el Supremo Tribunal, dio trámite a un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto contra el Acuerdo Municipal No. 12, y expresó en una parte de su Considerando III que: **"Al analizar en el Considerando I de esta sentencia la naturaleza jurídica de las ordenanzas o acuerdos municipales, vimos que cuando éstas contienen disposiciones generales y permanentes deben ser consideradas como reglamentos, pudiendo revestir en las demás circunstancias el carácter de simples resoluciones, reglas aisladas o providencias, y bien sabemos que por su rango, por su jerarquía normativa el reglamento esta sujeto a la ley, por lo que no podría el Concejo Municipal, al que la ley le atribuye la facultad de dictar esas disposiciones, facultar al Alcalde para "reglamentar un reglamento", pues estaríamos en este último caso equiparándolo a lo que se conoce como reglamento ejecutivo."**

Con la Ley No. 205 "Ley de Reforma a los artículos 6 y 51 de la Ley de Amparo" se dejó establecida la inatacabilidad de la Constitución Política y sus reformas, y que únicamente procede el recurso de inconstitucionalidad, cuando se ha incurrido en vicios de procedimiento en la tramitación, discusión y aprobación, de las reformas a la Constitución Política, es decir en su proceso de formación. Tal procedimiento esta establecido en los Arts. 191 al 195 Cn.

En lo que respecta a las leyes, decretos y reglamentos, éstos no pueden ser atacados por el recurso de inconstitucionalidad, antes de su entrada en vigencia, sino hasta haber concluido su proceso de formación.

7. RESOLUCIONES Y SUS EFECTOS

Tanto los proyectos como la sentencia de un recurso de inconstitucionalidad, contiene como otras de distinta naturaleza, los Vistos Resulta, Considerando ó Considerandos y el Por tanto

Como se señaló anteriormente, el o la Magistrado que el Presidente de la Sala de lo Constitucional, le asignó el expediente, una vez concluida la fase de discusión procesal, prepara el proyecto de sentencia.

Dicho proyecto, junto con el expediente, es acompañado con una hoja de ruta, en la que se señala el orden en que debe ser examinado por los demás Magistrados que conforman la Sala. Cada Magistrado podrá aprobar o desaprobar el proyecto, y para esto último, deberá señalar las observaciones que hiciera del proyecto.

El Magistrado proyectista, una vez que ha regresado el proyecto de sentencia a él, si cuenta con la aprobación requerido para las Sentencias de la Sala de lo Constitucional, - actualmente 4 opiniones en un mismo sentido- envía, con similar procedimiento al anterior, dicho proyecto a los demás Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Una vez obtenido el numero de opiniones favorables requerido – actualmente ocho- el proyecto de sentencia con el expediente vuelve a su despacho, debiéndose remitir al Secretario de la Corte Suprema de Justicia, quien hará circular la votación, y el Magistrado que no estuviere de acuerdo, razonará su voto disidente.

Si el proyecto de sentencia no es aprobado por la mayoría, se reasigna a un nuevo Magistrado, para la elaboración de un nuevo proyecto de sentencia. Cumpliendo nuevamente el ciclo de circulación.

En los casos de mayor trascendencia, la Corte Suprema de Justicia, opta por reunirse en pleno y discutir el proyecto de sentencia, habiendo distribuido con anticipación, una fotocopia del proyecto de sentencia, para cada uno de los Magistrados.

En cuanto a los efectos de estas resoluciones es importante señalar que la declaración de inconstitucionalidad dictada mediante la resolución de la Corte Suprema de Justicia tendrá dos efectos:

1) a partir de la sentencia que la establezca, la inaplicabilidad de las normas o disposiciones impugnadas total o parcialmente.
2) producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales.

Una vez notificada a las partes, se enviará copia de la misma a los otros Poderes del Estado y se publicará en La Gaceta, Diario Oficial.

La Corte Suprema de Justicia en caso que el recurso de inconstitucionalidad sea parcial, puede pronunciarse de oficio sobre el resto de las disposiciones que contiene la norma recurrida.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto y reglamento, sólo tiene el efecto de que la norma sea inaplicable, pero no derogada. El problema que se presenta, es que existen infinidades de leyes, que parcialmente o en su totalidad son inaplicables, pero al no estar derogadas éstas normas por el órgano competente, ya que no existe disposición en la Ley de Amparo, que les ordené tal derogación, se presta a confusión por parte de los usuarios.

8. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA CONSTITUCIONAL Y DE LAS REFORMAS A LA MISMA

La Corte Suprema de Justicia, como efecto del proceso de reformas constitucionales de 1995, conoció y resolvió, trece recursos de inconstitucionalidad, interpuestos en contra de la Ley 192 "Ley de Reforma a la Constitución Política de la República de Nicaragua", declarando entre otros aspectos: **"Este Supremo Tribunal considera que las disposiciones de la Ley 192 se incorporan a la Constitución formando un solo todo unitario con ella que no puede ser atacado por inconstitucionalidad, pues sería equipararla a una ley ordinaria y sus disposiciones sólo pueden ser reformadas total o parcialmente mediante los procedimientos y requerimientos consignados en la misma y por el órgano competente facultada para ello...."**

II.CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD

Nuestro ordenamiento jurídico constitucional básicamente es un sistema concentrado. Sin embargo, basado en el Principio de Supremacía constitucional, impone a los órganos judiciales que en los asuntos sometidos a su conocimiento, se haga prevalecer las disposiciones de la Constitución declarando, de ser necesario, la parcial o total inconstitucionalidad de alguna Ley, decreto o cualquier otra norma, y su inaplicabilidad para el caso que esté conociendo.

Casos

En lo que respecta al Control Concreto de Constitucionalidad, es importante señalar, como se dijo al inicio, que nuestra legislación establece dos situaciones en las que puede alegarse la inconstitucionalidad en el caso concreto.

1) cuando la parte recurrente de un Recurso de Casación o Amparo, solicita la inconstitucionalidad de una Ley, Decreto o Reglamento[7].
en donde la Corte Suprema de Justicia a propuesta de la Sala correspondiente, además de fallar la casación o el amparo, declarará la inconstitucionalidad o constitucionalidad alegada.

2) en aquellos casos en que no hubiere casación cuando un Juez o Tribunal mediante Sentencia firme, resuelve declarar la inconstitucionalidad de determinada norma, en el que el Juez o Tribunal deberá remitir su resolución a la Corte Suprema de Justicia, quien ratificará o no la declaración de inconstitucionalidad.

Legitimación y requisitos

Los sujetos legitimados para recurrir de inconstitucionalidad, frente a un Recurso de Amparo, será el recurrente, será el mismo recurrente de amparo, quien previamente deberá haber cumplido con los requisitos de forma que la Ley le impone para interponer el mismo, en el caso de la Casación, si esta es Civil será el Demandante el que ejercerá dicha acción, en el ámbito penal será el ofendido.

Cuando se trate de la declaración de inconstitucionalidad de determinada norma dictada por un Juez o Tribunal mediante sentencia firme, es importante señalar que en este caso no existe verdadero litigio, pues estamos frente a un procedimiento interno del Poder Judicial, según señala la Ley de Amparo en su artículo 21 "Cuando por sentencia firme, en los casos que no hubiere casación hubiese sido resuelto un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, ***el funcionario judicial o Tribunal*** en su caso deberá remitir su resolución a la ***Corte Suprema de Justicia***. Si la Corte Suprema de Justicia ratifica la inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento, procederá a declarar su inaplicabilidad de acuerdo con la presente ley", así como de conformidad con lo establecido en el Arto. 27 inciso 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala: **"La ratificación o no de la declaración de inconstitucionalidad, declarada por sentencia firme en caso concreto, de conformidad con la Ley de Amparo y sin perjuicio de la cosa juzgada material en dicho caso"**

---

[7] Sentencia N° 13 del 27 de febrero de 1997

Normas impugnables

Tanto la Constitución Política de Nicaragua, como la Ley de Amparo vigente establecen que son normas impugnables: las mismas normas que son objeto de control abstracto de inconstitucionalidad.

Partes

Siendo el caso del recurso interpuesto en ancas del amparo, podría decirse que los sujetos del debate son: el recurrente, quien deberá tener un interés jurídico que se tiene que proteger, la autoridad que dictó el acto administrativo. En la Casación serían las partes en litigio En ambos casos se debe dar intervención al Procurador General de Justicia.

Cuando sea por sentencia firme dictada por un Juez o Tribunal es importante señalar, como se dijo anteriormente, que este es un procedimiento interno del Poder Judicial y que al no existir contienda no hay sujetos en si que participen en el debate. el Procurador General de Justicia,

Procedimiento

En el caso del recurso de inconstitucionalidad en el caso concreto que se origina en el Amparo propiamente dicho, el recurrente interpondrá el recurso ante la Sala Civil y Laboral del Tribunal de Apelaciones correspondiente, que es el competente para admitir el Recurso de Amparo, el cual deberá cumplir con una serie de requisitos, que la Ley de Amparo establece para que éste pueda ser admitido y pueda dársele curso ante la Corte Suprema de

Justicia y esta a su vez resuelva sobre el fondo del mismo. Junto a la satisfacción de los requisitos para la interposición del amparo se deben satisfacer los propios del recurso de inconstitucionalidad en lo aplicable.

Subsanación

En cuanto a la subsanación previa de las deficiencias que el recurso pueda presentar como se dijo anteriormente este sistema en nuestra Legislación tiene la peculiaridad que para su realización ya se ha dictado una resolución previa para la que se tuvo que haber cumplido con los requisitos que la ley correspondiente exige para su interposición, por ejemplo en el caso, cuando se solicita la inconstitucionalidad de determinada norma a través de un amparo propiamente dicho el recurrente previamente tuvo que cumplir con una serie de requisitos que la Ley de Amparo señala para su interposición, por lo que la Corte Suprema de Justicia se pronunciará únicamente sobre la inconstitucionalidad alegada.[8]

Organo Competente

[8] Sentencias N° 13 de la Sala de lo Constitucional del 27 de febrero de 1997, se declara con lugar un Recurso de Amparo, en el que se solicita además la declaratoria de inconstitucionalidad de una Ley, por lo que fue elevada a la Corte Suprema de Justicia en pleno para que resolviera la inconstitucionalidad de la ley alega, por lo que ésta en Sentencia N° 9 del 6 de marzo de 1997, declara la Inconstitucionalidad alegada)

En cuanto al órgano competente para resolver los casos planteados sobre inconstitucionalidad, las normas señaladas al referirnos al control abstracto que atribuyen esta competencia a la Corte Plena son aplicables para estos supuestos.

Con relación a la declaratoria de inconstitucionalidad en el caso concreto, sea éste originado en el Amparo propiamente dicho corresponde a la Corte Suprema de Justicia el resolver sobre la inconstitucionalidad alegada, por el recurrente, en la Casación corresponde a la Sala Civil o Penal de la Corte Suprema de Justicia el declararla.

En los juicios que no admitiendo Recurso de Casación se declara la inconstitucionalidad de una norma mediante sentencia firme, igualmente es la Corte Suprema de Justicia la que ratifica o no la inconstitucionalidad alegada por la parte. Todo esto de conformidad con lo establecido en los Arto. 20, 21 y 22 de la Ley de Amparo vigente y el inciso 5 del Arto 27 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya señalado.

Resolución y Efectos de la misma

En lo que se refiere a las resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia en el caso concreto es importante señalar lo siguiente, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, si este Supremo Tribunal ratifica la inconstitucionalidad declarada tanto por el Juez o Tribunal en una sentencia firme, como la Sala de lo Constitucional, en un amparo propiamente dicho, esta surtirá efectos generales, (erga omnes), ex –nunc y no podrán afectar derechos de terceros adquiridos al amparo de la norma que se declaró inconstitucional.

III. INFORMACION ESTADISTICA SOBRE EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

A la fecha, según información suministrada por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, se interpusieron 232 Recursos de Inconstitucionalidad en general y 2 de inconstitucionalidad en el caso concreto, uno presentado por un funcionario judicial y otro través del recurso de amparo.

De ellos se han fallado 95. Se han declarado 78 inadmisibles por extemporáneos, por improcedencia o tenidos como no interpuestos . Se dictaron 10 sentencias acogiendo las pretensiones de declarar la inconstitucionalidad total o parcial de distintos cuerpos normativos y 7 sentencias declararon sin lugar la inconstitucionalidad alegada.
Se acompañan cuadros estadísticos que forman el anexo No. 1 de esta ponencia.

IV CONCLUSIONES:

La justicia constitucional en Nicaragua, en materia de inconstitucionalidad, requiere un mayor desarrollo y de algunas reformas al texto de la Ley de Amparo, que facilite la acción popular de inconstitucionalidad y la posibilidad de interponerlo contra Tratados Internacionales, así como que los términos que la ley señala sean expresados en días hábiles y no en días calendarios como actualmente están contemplados. De relevancia se considera la ampliación de normas procesales constitucionales propias de este recurso.

Además de aspectos que deben ser mejorados en la Ley, consideramos que es importante, incorporar en la practica, procedimientos ágiles, que faciliten el estudio de la admisibilidad o no del mismo y simplificar el proceso de conocimiento del expediente, para proporcionar rapidez en el estudio del mismo, tanto por el Magistrado que vaya a proyectar como por los otros Magistrados y explorar otros mecanismos que favorezcan la rapidez en la votación y fallo.

Se requiere un fortalecimiento en la formación de los jueces y estudiantes de derecho, así como a los abogados interesados, en la justicia constitucional, pues hay carencia de declaratorias de inconstitucionalidad en el caso concreto por la vía judicial y por la del amparo, así como por el gran numero de recursos presentados de forma inadecuada.

Managua, 20 de noviembre de 1999.

ANEXO Nº 1

TEXTOS REFERIDOS EN PIES DE PAGINAS

RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD FALLADOS

TIPOS DE RESOLUCIONES

Año	Inadmisible	Declaran Inconstitucional	No ha lugar	Totales
1989	2	0	1	3
1990	5	1	1	7
1991	2	2	1	5
1992	1	4	1	6
1993	1	0	0	1
1994	0	1	2	3
1995	4	0	0	4
1996	10	0	0	10
1997	16	2	0	18
1998	15	0	0	15
1999	22	0	1	23
Sub Total	**78**	**10**	**7**	**95**

* Fuente: Boletines Judiciales Corte Suprema de Justicia de Nicaragua y Sentencias

SENTENCIAS DECLARATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

N°	FECHA	OBJETO	SENTENCIA
71	18/julio/90	Decreto 8-90 **Suspensión de aplicación de la Ley N` 70 Ley de Servicio Civil y Revisión de Convenios Colectivos**	Declara inconstitucional el Decreto 8-90 **Suspensión de aplicación de la Ley N 70 Ley de Servicio Civil y Revisión de Convenios Colectivos**
27	17/mayo/91	Decreto 11-90 **Ley de Revisión de Confiscaciones**	Se declara inconstitucional la parte final del Arto. 7 y el Arto. 11 del Decreto 11/90 **Ley de Revisión de Confiscaciones**
110	2/oct/91	Ley N 106 **Reformas a la Ley Orgánica de Tribunales**	Declara inconstitucional la reforma a los artos. 110, 111 y 116 de la Ley Orgánica de Tribunales
132	6/agosto/92	Acuerdo N 12 **Reglamento u Ordenanza municipal**	Declara inconstitucional el Acuerdo N 12 **Reglamento u Ordenanza Municipal,** emitido por el Consejo Municipal de la Alcaldía de Managua
170	24/nov/92	Ley 122 **Estatuto General de la Asamblea Nacional**	Declara que no es ley el Estatuto General de la Asamblea Nacional y declara parcialmente Inconstitucional la Ley 122 **Estatuto General de la Asamblea Nacional,** quedando inaplicables algunos artículos de esta Ley
171	27/nov/92	Estatuto General de la Asamblea Nacional	Declaratoria de Nulidad por lo actuado por la Asamblea Nacional a partir del rompimiento del quórum.

N°	FECHA	OBJETO	SENTENCIA
73	26/sep/94	Ley 136 **Adiciones a la Ley de Régimen Presupuestario**	Declara la inconstitucionalidad, parcial de algunas disposiciones de la Ley 136 **Reformas y Adiciones a la Ley de Régimen Presupuestario**
1	7/01/97	Decreto 1598 **Reforma al Estatuto General y Reglamento Interno de la Asamblea Nacional**	Declara inconstitucional, las disposiciones contenidas en el Decreto 1598 y nulas las normas aprobadas sobre la base de ese Decreto.
9	6/marzo/97	Ley 190 **Ley sobre Destitución del Contralor General de la República, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Supremo Electoral**	Se declara inconstitucional la Ley 190.

Fuente : Boletines Judiciales de la Corte Suprema de Justicia.

SENTENCIAS DECLARANDO SIN LUGAR LA INCONSTITUCIONALIDAD

Nº	FECHA	OBJETO	SENTENCIAS
101	6/sept/89	Ley N 57 **Ley General sobre los Medios y la comunicación social**	No ha lugar. Declara "por ninguna parte corta a los periodistas su ejercicio profesional"
70	17/julio/90	Decreto 559 **Ley de Funciones Jurisdiccionales de la Policía Andinista**	No ha lugar, señalando que la Policía no violenta el sistema unitario formado por los Tribunales de Justicia y que a los recurrentes los colige intereses políticos más que el mantenimiento de la constitucionalidad.
131	29/11/91	Ley 118 **Ley de Inquilinato**	No ha lugar, ya que no se lesionan las conquistas políticas y sociales de los nicaragüenses, ni se somete a la explotación del ser humano.
96	2/julio/92	Restablecimiento de vigencia Ley de Expropiación de predios baldíos en Managua	No ha lugar
25	6/abril/94	Solicitud de Juez de declaratoria de inconstitucionalidad de los Artos. 3,4 y 5 de la Ley No. 85	No ha lugar
18	7/marzo/94	Ley 150 **Ley de Reformas al Código Penal**	No ha lugar al recurso de inconstitucionalidad parcial por artículos que penalizan la Sodomía
53	1/junio/99	Ley 160 **Ley que concede beneficios a las personas jubiladas**	No ha lugar el recurso

Fuentes : Boletines Judiciales de la Corte Suprema de Justicia y Sentencia.

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Paraguay



EL CONTROL DE

CONSTITUCIONALIDAD

EN EL PARAGUAY

Luis Lezcano Claude

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PARAGUAY.

Sumario.

I. El Estado de Derecho. La supremacía constitucional.
II. División de poderes. Carácter político de la función jurisdiccional.
III. Necesidad del control de constitucionalidad.
IV. Tipos de control de constitucionalidad atendiendo al órgano encargado de ejercerlo. Control concentrado y difuso.
V. Antecedentes históricos.
VI. ¿El control de constitucionalidad es función privativa de la Corte Suprema de Justicia?
VII. Actos sobre los cuales recae el control de constitucionalidad.
VIII. Vías para provocar el control de constitucionalidad.
IX. Control interórganos y control intraórgano.
X. Cuestiones no judiciables.
XI. Petición de parte y actuación de oficio.
XII. Necesidad de una causa judiciable para ejercer el control.
XIII. Sujetos legitimados para provocar el control de constitucionalidad.
XIV. La demanda.
XV. Agotamiento de recursos ordinarios.
XVI. Efecto suspensivo.
XVII. Trámite en la acción de inconstitucionalidad.
XVIII. Excepción de inconstitucionalidad.
XIX. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

I. El Estado de Derecho. La supremacía constitucional.

El Estado de Derecho supone necesariamente, como una de sus notas esenciales, el ejercicio del poder, o mejor de las distintas funciones del poder, de conformidad con las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente. Podría afirmarse que el ejercicio del poder se ha juridizado, de modo tal que los diversos órganos de gobierno no están investidos de otras facultades que aquellas que les reconocen las leyes. Lo que distingue al Estado de Derecho no es tanto que los gobernados deban actuar con sujeción a la ley, lo cual siempre se ha pretendido, sino que también los gobernantes se sometan al ordenamiento jurídico. Ésta es una de las notas que hacen a la esencia del Estado de Derecho.

Dicho ordenamiento jurídico, creado y sostenido por el propio Estado, y al cual él mismo se somete, reconoce la existencia de normas de diverso rango. En este orden de ideas, es imprescindible establecer una jerarquía entre las diversas normas que integran aquel; determinar que algunas son de rango superior y otras de rango inferior, y, particularmente, dar a algunas de ellas el carácter de "ley suprema" en esa jerarquización.

En nuestra Ley Fundamental el principio de la supremacía constitucional está consagrado en los siguientes términos: *"La ley suprema de la República es la Constitución..."* (Art. 137). Pero no se trata de una ley cualquiera, sino de la ley que establece los derechos y las garantías fundamentales de las personas, de una ley que crea los distintos órganos que ejercen las funciones del poder y determina sus atribuciones, sus limitaciones, la manera en que se vinculan, el modo en que se controlan recíprocamente, etc. Esto es lo que se conoce con el nombre de "constitución" y a ese conjunto de normas se le da el máximo rango, es decir, se lo considera "ley suprema" o "ley fundamental". Además, por el principio de supremacía se entiende que todas las demás disposiciones del ordenamiento jurídico están subordinadas a la Constitución, en el sentido de que no pueden contradecirla.

Al respecto, el citado Art. 137 de la Constitución dispone cuanto sigue: *"Ésta (la constitución), los tratados, convenios y acuerdos internacionales*

aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado".

La posibilidad de que normas de rango inferior entren en contradicción con la ley fundamental, hace necesario prever los mecanismos idóneos mediante los cuales el principio de supremacía constitucional se traduzca en una real vigencia de las disposiciones de la Ley Suprema, lo cual resulta indispensable para la existencia de un Estado de Derecho y para el mantenimiento y el perfeccionamiento del mismo.

II. División de poderes. Carácter político de la función jurisdiccional.

Como otro de los principios básicos del Estado de Derecho, tenemos el de la "división de poderes", o más exactamente, de la división de las funciones del poder, considerando que el poder en el Estado es uno solo.

Este principio, cuya formulación moderna corresponde a Montesquieu, ha sido calificado como un sistema de frenos y contrapesos. Esto es, con la división de las funciones del poder entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, se busca lograr el equilibrio armónico entre ellos y el control y la limitación recíprocos, a fin de evitar que una acumulación excesiva de poder por uno de ellos pudiera poner en peligro la vigencia misma del Estado de Derecho.

En este orden de ideas, la Constitución prescribe lo siguiente:

"... El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación (independencia), equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público.

La dictadura está fuera de la ley" (artículo 3°).

Esto significa que el poder del Estado, es decir, el poder político, se materializa en el gobierno, y el Poder Judicial, como integrante del mismo, ejerce parte de dicho poder político, esto es, la función jurisdiccional. A este respecto, el papel de la Corte Suprema de Justicia, como cabeza del mencionado poder, resulta fundamental.

G. J. Bidart Campos afirma que "toda la función de administrar justicia es política, esencialmente política, porque es función del poder estatal, que es poder político".[1] Agrega luego el mismo autor: "... el Poder Judicial como «poder» del

---

[1] Germán J. Bidart Campos, *La Corte Suprema, El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Bs. As., Ed.

estado ejerce una función que se encasilla dentro de las que pertenecen al gobierno. Los jueces gobiernan en un cogobierno tripartito, y lo ponen de relieve cuando dentro de su función de administrar justicia incluyen la de interpretar la Constitución y la de controlar la constitucionalidad".[2]

En el mismo sentido, N. P. Sagüés sostiene que "el Poder Judicial es «político» en cuanto es un órgano del Estado, y porque debe cumplir un importante papel de «poder moderador» o «poder control» respecto a los órganos Legislativo y Ejecutivo, en función del contralor de constitucionalidad y de intérprete final de la Constitución".[3]

Por su parte, J. R. Vanossi afirma que la Corte Suprema de Justicia es "un tercio del gobierno".[4] Creemos que más exactamente la calificación corresponde al Poder Judicial en su conjunto, aunque la Corte Suprema sea su cabeza.

III. Necesidad del control de constitucionalidad.

No basta que al cuerpo legal que llamamos Constitución se le dé el carácter de "ley suprema", sino que es necesario prever un mecanismo que permita hacer prevalecer lo dispuesto en aquella ante los eventuales ataques de que pueda ser objeto. Dicho mecanismo permitirá resolver las contradicciones entre las normas de rango inferior y las que consideramos de máximo rango, en el sentido de acatar lo que estas últimas disponen.

Es imprescindible, pues, que exista un sistema de "control de constitucionalidad". El mismo debe contar con un procedimiento ágil y efectivo, por una parte, y debe estar encargado a un órgano respetado y confiable, por la

---

Ediar, 1984, p. 16.

[2] G. J. Bidart Campos, op. cit., p. 19.

[3] Néstor Pedro Sagües, "Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial", *La Ley argentina*, Bs. As., diario del 25 de septiembre de 1981.

[4] Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Teoría constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1976, T. II, p. 211.

otra. Esto último es inexcusable, en particular, en cuanto sus decisiones afecten a otros órganos gubernamentales.

El artículo 247 de la Constitución dispone lo siguiente: *"El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir"*; y los artículos 132, 259, inciso 5, y 260, confieren a la Corte Suprema de Justicia, y en particular a la Sala Constitucional de ésta, la facultad de ejercer el control de constitucionalidad. Esta atribución es la principal en lo que respecta al Poder Judicial, en ese sistema de recíproco control entre los diversos poderes, a que alude la Constitución en su artículo 3°.

Como vemos, en nuestro ordenamiento jurídico el control de constitucionalidad está a cargo de la Corte Suprema de Justicia. Es conveniente remarcar que debe haber un órgano, considerado de máximo rango, encargado de determinar qué es constitucional y qué no es constitucional. A dicho órgano se le confiere la facultad de dar la última palabra en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de actos normativos o jurisdiccionales, es decir, se le reconoce la facultad de ser el intérprete final de la Constitución. Su decisión ya no puede ser cuestionada porque, si cupiera dicha posibilidad, el sistema no funcionaría. Sostener que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia pueden ser acatadas o no, según las considere constitucionales o inconstitucionales quien deba cumplirlas, equivale a admitir que por encima de la Corte existe otra instancia de decisión sobre el tema.

En definitiva, el sistema funciona cuando se reconoce que hay un órgano máximo encargado de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto, y sus decisiones son ya indiscutibles, no pueden ser revisadas. No es que se trata de magistrados infalibles, de personas que no pueden incurrir en error en ninguna circunstancia, sino que el sistema exige una instancia de decisión final. Si cualquier persona u órgano pudiera juzgar las decisiones de ese máximo órgano, estaría constituyéndose en una instancia por encima del mismo y sería un cuento de nunca acabar.

Por ello, la Constitución otorga a la Corte Suprema de Justicia la facultad de decidir las cuestiones de constitucionalidad. Al respecto, las siguientes

disposiciones revelan la presunción de constitucionalidad de las decisiones de dicho órgano, como órgano intérprete final de aquella:

Art. 564 del Código Procesal Civil: *"No serán atacables por la vía de la acción de inconstitucionalidad las resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia."*

El Art. 17 de la Ley N° 609[5] limita los recursos referentes a decisiones de la Corte Suprema de Justicia, a los de aclaratoria y reposición, y establece en su parte final lo siguiente: *"No se admite impugnación de ningún género, incluso las fundadas en la inconstitucionalidad".*

IV. Tipos de control de constitucionalidad atendiendo al órgano encargado de ejercerlo. Control concentrado y difuso.

En el derecho comparado, atendiendo a la naturaleza del órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, se pueden distinguir dos tipos principales: el control político o no jurisdiccional y el control jurisdiccional.

En el primer caso, el control está a cargo de un consejo, una asamblea legislativa, un tribunal constitucional u otro órgano específico. Como se puede apreciar, el órgano encargado no integra el Poder Judicial.

En el segundo caso, se confía a un órgano jurisdiccional, es decir que está dentro del Poder Judicial, la materia concerniente a resolver las cuestiones de constitucionalidad. En nuestro sistema, dicho control corresponde a la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano del Poder Judicial.

El tipo de control jurisdiccional ofrece dos variantes: 1) el *sistema descentralizado o difuso, y* 2) *el sistema concentrado o centralizado.*

---

[5] "Las resoluciones de las salas o del pleno de la Corte solamente son susceptibles del recurso de aclaratoria y, tratándose de providencia de mero trámite o resolución de regulación de honorarios originados en dicha instancia, del recurso de reposición. No se admite impugnación de ningún género, incluso las fundadas en la inconstitucionalidad."

El control difuso presenta las siguientes características: a) el control de constitucionalidad puede ser ejercido por cualquier órgano del Poder Judicial; b) la cuestión de constitucionalidad debe ser planteada por vía de excepción; c) solamente la parte afectada puede oponer esa defensa; d) la decisión que se adopte en la cuestión planteada sólo tiene efectos respecto de las partes, es decir, no produce efectos *erga omnes*. Esta característica la señalamos sin olvidar que en algunos países de los que adoptan este tipo de control, como por ejemplo los Estado Unidos, rige la regla *stare decisis*. Según la misma los jueces inferiores deben acogerse a las sentencias dictadas por los jueces superiores, principalmente a las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, si bien en sentido estricto las decisiones adoptadas en un caso de control de constitucionalidad sólo producen efectos *inter partes*, en virtud de la mencionada regla, dichas decisiones tienen efectos prácticamente generales.

Por su parte, el control concentrado o centralizado ofrece las características que a continuación enumeramos: a) "el control de constitucionalidad sólo puede ser ejercido por "un órgano jurisdiccional único y específico, al que se reserva privativamente la competencia de ejercer el control"[6], b) la cuestión de constitucionalidad debe ser planteada por vía de acción; c) en consecuencia, cualquier interesado puede provocar el control de constitucionalidad; d) las decisiones que se adopten producen efectos *erga omnes*, esto es, rigen para todos.

Tipo de control adoptado en el Paraguay. El Art. 132 de la Constitución prescribe cuanto sigue: *La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley.*

Como se puede apreciar, el tipo de control de constitucionalidad adoptado es el jurisdiccional. Sin embargo, el mismo no puede ser encuadrado dentro de ninguna de las dos variantes que presenta el control jurisdiccional. En efecto, toma elementos tanto del control descentralizado o difuso, como del control concentrado o centralizado. Podemos afirmar, pues, que es de carácter jurisdiccional, pero en cuanto a los sistemas que éste comprende, puede ser

---

[6] G. J. Bidart Campos, *El Derecho Constitucional del Poder*, Bs. As., Ed. Ediar, 1967, p. 313.

calificado como mixto o ecléctico, por las razones ya señaladas.

El tipo de control de constitucionalidad vigente en el Paraguay, adopta, principalmente, las siguientes características del control concentrado o centralizado: a) el control de la constitucionalidad por un órgano único y específico del Poder Judicial (la Corte Suprema de Justicia), el cual se reserva en forma exclusiva el ejercicio de dicho control, y b) la posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad por vía de acción.

Del control descentralizado o difuso adopta las siguientes notas distintivas: a) la posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad por vía de excepción en cualquier instancia, y b) la decisión que se adopte sólo produce efectos entre las partes, es decir, en relación con el caso concreto de que se trate.

En general, podemos afirmar que el tipo de control legislado en la Constitución de 1992 presenta las siguientes características:

a) Es de tipo jurisdiccional, pues el órgano que ejerce el control (Corte Suprema de Justicia), es de carácter jurisdiccional.

b) El mencionado control está a cargo de un órgano único y específico, que ejerce esa función en forma privativa.[7]

c) La cuestión de constitucionalidad puede ser planteada por vía de acción directamente ante la Corte Suprema de Justicia o por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso deben elevarse los antecedentes a la citada Corte.[8]

d) Debe existir petición de parte interesada que plantee la cuestión de inconstitucionalidad y solicite la declaración pertinente. Se admite también la declaración de oficio en algunos casos.

---

[7] El tema será objeto de discusión en un punto posterior.

[8] En otra parte se aludirá también a la llamada "consulta", prevista en el Art. 18 de Código Procesal Civil, y al caso de los juicios de amparos, previsto en el Art. 582, modificado, del C.P.C.

e) Sólo se ejerce en causa judiciable.

e) Los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad se limitan a las partes. En la parte pertinente se verá que cabe también la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*.

V. **Antecedentes históricos.**

La Ley N° 325, "Orgánica de los Tribunales", del 23 de noviembre de 1918, confería al Superior Tribunal de Justicia competencia exclusiva para entender en las cuestiones de constitucionalidad que llegaran a su conocimiento por la vía de los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra los fallos de los tribunales de alzada. El Art. 44 del mencionado cuerpo legal expresaba cuanto sigue: *"Conocerá por vía de apelación y nulidad de las sentencias definitivas de los Tribunales de Apelación en los casos siguientes: ... 2° De las que recaigan en un litigio en que se haya cuestionado, desde primera instancia, la validez de un Tratado, Ley, Decreto o Reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución, quedando excluidos de este recurso la interpretación o aplicación que los Tribunales hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y Procesal".*

A nivel constitucional, la facultad de ejercer el control de constitucionalidad fue establecida por primera vez en la Constitución de 1967. Su artículo 200 rezaba así: *"La Corte Suprema de Justicia tendrá facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución, en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Corte Suprema de Justicia, y por excepción en cualquier instancia, y se elevarán sus antecedentes a dicha Corte. El incidente no suspenderá el juicio, que proseguirá hasta el estado de sentencia".*

Como se puede apreciar, sólo se admitía en forma expresa el control de actos normativos. Posteriormente, por vía jurisprudencial, los actos jurisdiccionales fueron considerados también objeto pasible del control de constitucionalidad. En efecto, a partir del Acuerdo y Sentencia N° 107, del 17 de mayo de 1985, se admitió la posibilidad de que, como resultado de la interposición de la acción pertinente, la Corte Suprema pudiera declarar la

inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de sentencias judiciales.

En 1988, a nivel de ley secundaria, el Código Procesal Civil consagró la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad tanto respecto de actos normativos de carácter general o particular, como respecto de actos jurisdiccionales (resoluciones de los jueces o tribunales). Esta disposición fue elevada a nivel constitucional a partir de la Ley Suprema que nos rige, cuyas normas pertinentes serán estudiadas a lo largo de este trabajo.

VI. ¿El control de constitucionalidad es función privativa de la Corte Suprema de Justicia?

1. Nuestra Ley Fundamental establece que *"el Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir"* (artículo 247). Se reconoce, pues, al Poder Judicial en su conjunto, no solamente a la Corte Suprema, el carácter de custodio de la Constitución.

El mencionado precepto constitucional sigue diciendo: *"...La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezca esta Constitución y la ley."* Interpretando este artículo, vemos que la función de custodio de la Constitución está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, de los tribunales y de los juzgados que son los órganos jurisdiccionales, y sobre todos ellos pesa la obligación de cumplirla y hacerla cumplir. Esto significa que deben aplicar sus preceptos al resolver los casos litigiosos, haciendo prevaler lo dispuesto en la Constitución por sobre otras normas de rango inferior que la contradigan.

Asimismo, la Ley Suprema preceptúa que *"toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley"* (Art. 256, 2° párrafo). En el propio texto constitucional (Art. 260, ap. 2) se distingue entre *"sentencias definitivas e interlocutorias"*, de modo que no sólo las decisiones finales, sino las que se vayan adoptando a lo largo de un proceso, deben estar ajustadas a la ley madre.

Además, todos sabemos que: *"La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado"* (Art. 137, 1er. párrafo). El principio de supremacía de la Constitución y el orden de prelación consagrados en la disposición que acabamos de transcribir, indican a las claras que la norma jurídica que debe ser aplicada en primer lugar y por sobre cualquier otra es la Constitución.

Por otra parte, en el Código de Organización Judicial (Ley N° 879) se establece que *"los Jueces y Tribunales aplicarán la Constitución, los Tratados Internacionales, los Códigos y otras Leyes, los Decretos, Ordenanzas Municipales y Reglamentos, en el orden de prelación enunciado"* (artículo 9°, 1er. párrafo).

El Código Procesal Civil menciona como uno de los deberes de los jueces, el *"fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias, en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia bajo pena de nulidad"* (Art. 15, inc. b).

En el Art. 556, inc. b, del Código Procesal Civil se establece que *"La acción (de inconstitucionalidad) procederá contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando:*

b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución ...".

Esto significa que el magistrado debe abstenerse de aplicar las disposiciones legales que considere violatorias de la Ley Suprema. Cabe señalar que "constituye mal desempeño de funciones que autoriza la remoción de magistrados judiciales ... d) dictar tres sentencias definitivas que fueran declaradas inconstitucionales en el lapso de un año judicial ..." (Art. 14, de la Ley N° 1084, "Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados").

De acuerdo con las disposiciones transcriptas, la obligación de los

magistrados de aplicar la Constitución al dictar sus resoluciones a lo largo de un juicio resulta categórica y está fuera de toda duda.

2. Existen disposiciones tanto de máximo rango como de rango secundario que obligan a los magistrados a aplicar la Constitución por encima de cualquier otra norma jurídica.

¿Pero, puede el magistrado de las instancias ordinarias, por sí mismo, dejar de aplicar la norma de rango inferior y aplicar solamente la norma constitucional para resolver el caso sometido a su jurisdicción, so pretexto de que existe contradicción entre ambas y por ende prevalece la de rango superior?

Cuando, en el marco de un proceso tramitado en primera instancia o en segunda instancia, se presenta dicho problema, la ley no permite al magistrado adoptar por sí mismo una decisión sobre la inaplicabilidad de la norma de rango inferior.

Se puede afirmar que las disposiciones constitucionales y legales transcriptas más arriba, en cierto modo entran en contradicción con lo que se establece en otras normas.

Así, por ejemplo, el artículo 18, inc. a, del Código Procesal Civil establece lo que comúnmente se denomina "consulta". Dice el mencionado precepto: *"Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales"*. El artículo 200 de la Constitución de 1967 se refería al control de constitucionalidad. Si bien esta remisión aparece como una potestad de los juzgadores, del contexto general del ordenamiento jurídico se deduce que no pueden adoptar la decisión de dejar de aplicar una norma inferior, sin que exista pronunciamiento del máximo órgano judicial.

En el marco de un juicio de amparo se ha dispuesto que *"si para decidir sobre la acción de amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el Juez, una vez*

constatada (presentada) la demanda, elevará en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que en la mayor brevedad declarará la inconstitucionalidad si ella surgiere en forma manifiesta" (artículo 582 del C.P.C., modificado por la Ley N° 600/95).

En los dos casos mencionados en los párrafos precedentes, el magistrado a cargo del proceso requiere de la Corte Suprema de Justicia o de su Sala Constitucional un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto normativo relacionado con el caso sometido a decisión judicial. En el primer caso, la remisión se hace después de ejecutoriada la providencia de autos; y en el segundo, *"el incidente no suspenderá el juicio que proseguirá hasta el estado de sentencia"*. Como se ve, en ambos casos los magistrados de las instancias ordinarias deben aguardar la decisión de la Corte Suprema de Justicia, antes de dictar sentencia.

Además, en el marco de un proceso, la cuestión de constitucionalidad puede suscitarse por medio de la excepción de inconstitucionalidad, por iniciativa de las partes intervinientes en el aquel (actor o demandado, reconviniente o reconvenido, recurrente o recurrido) y en relación con un acto normativo reputado inconstitucional. La cuestión debe ser decidida, no por el juez de la causa, sino por la Corte Suprema de Justicia (o la Sala Constitucional).

3. Lo señalado precedentemente nos lleva a formular la siguiente pregunta: ¿el sistema de remitir a la Corte Suprema de Justicia la solución de cualquier cuestión de constitucionalidad que se suscite en el marco de un proceso, responde a un criterio acertado o no?

La declaración de inconstitucionalidad de un acto normativo importa su inaplicabilidad al caso concreto de que se trate.

Asimismo, si un juez tuviera que aplicar las distintas normas que integran el derecho positivo nacional, de acuerdo con el orden de prelación de las mismas, al encontrarse con una colisión entre un precepto constitucional y uno legal, haría prevalecer al primero. Es decir, en la práctica el resultado sería el mismo: la inaplicabilidad de la norma inferior al caso concreto sometido a jurisdicción.

Pensamos que en cuanto no se admita esta posibilidad, será muy estrecho el marco dentro del cual el magistrado podrá proceder a una real aplicación de la Constitución, como lo ordenan las distintas disposiciones a que hemos aludido más arriba.

Una solución como ésta no implica peligros de gravedad, ya que siempre queda abierta la vía de la impugnación de las sentencias por la acción de inconstitucionalidad.

De hecho, lo que mencionamos ya ha sido puesto a prueba, por lo menos en cuanto a las acciones de amparo. En efecto, como hemos visto, si para decidir el amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, el juez debe elevar los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En algunos casos no se procedió de este modo, sino que el juez aplicó la Constitución atendiendo al principio de supremacía y de acuerdo con el orden de prelación, y dictó sentencia. En alzada, el fallo fue confirmado.

La cuestión llegó a la Corte Suprema por la vía de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los fallos de primera y segunda instancias. El problema era difícil. Si se declaraba la inconstitucionalidad y se anulaban las sentencias, eventualmente podría ser por la mera razón formal de haberse omitido la remisión del expediente a la Corte. Esto significaría que el caso fuera nuevamente a primera instancia, pero el juez tendría que remitirlo de vuelta a la Corte, de acuerdo con lo establecido por el artículo 582, modificado, del C. P. C.

En vista de esto, en el máximo tribunal se optó por cortar por lo sano: estudiar la cuestión de fondo y dar una solución definitiva al litigio.

En el Acuerdo y Sentencia N° 497, del 5 de septiembre de 1997, dictado en la "Acción de inconstitucionalidad en el juicio: "Ramón Díaz Benza y Oscar Papalucá por las Fórmulas «Gente Nueva para un Sajonia ideal» y «Sajonia 2000» s/ amparo constitucional", expresamos lo siguiente:

"En el presente caso, si bien se ha suscitado una cuestión de constitucionalidad, no se ha seguido el procedimiento prescripto en la Ley N° 600/95, y el expediente llega a

consideración de esta Corte después de haber concluido el juicio de amparo con el dictamiento de dos sentencias coincidentes. (...)

De conformidad con el artículo 560 del C.P.C., "... si (la Corte Suprema) hiciera lugar a la inconstitucionalidad, declarará nula la resolución impugnada, mandando devolver la causa al juez o tribunal que le siga en orden de turno al que dictó la resolución para que sea nuevamente juzgada ...". En el caso en estudio, ello significaría eventualmente tener que anular las dos sentencias impugnadas y remitir el expediente a primera instancia. Pero el nuevo juez, por imperio de lo dispuesto en el artículo 582 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 600/95, no tendría otra alternativa que devolverlo al máximo tribunal.

En definitiva, como ya se ha señalado en un caso anterior, todo esto no sería más que una pérdida de tiempo. De modo que, dados los extremos mencionados precedentemente, en este momento carece ya de toda relevancia la cuestión procedimental y no se puede pretender el absurdo de que por un apego excesivo al formalismo, el expediente tenga que descender a primera instancia, cuando en definitiva deberá recalar necesariamente en esta Corte. Por ello, para evitar mayor dilación y a fin de alcanzar una decisión que ponga punto final a este juicio, debemos abocarnos al estudio de la cuestión de fondo".

En este caso la acción de inconstitucionalidad fue rechazada.

En el Acuerdo y Sentencia N° 208, del 17 de agosto de 1995, dictado en la Acción de inconstitucionalidad en el juicio: "Roberto Leslie Antebi, Néstor Britez Airaldi, Fernando Villalba y/o Cadelpa s/ amparo", el Ministro preopinante R. Sapena B. expresó lo siguiente:

"(...) Este es un caso francamente curioso. Hay dos posibilidades (siempre por vía de la acción de inconstitucionalidad): a) Se anula el Acuerdo y Sentencia N° 48 y se reenvía a otro Tribunal. En este caso, como ya lo dijimos, el Tribunal deberá remitir estos autos a la Corte Suprema o b) Se anulan ambos, en cuyo caso el nuevo Juez interviniente deberá igualmente remitir los autos a la Corte, por virtud de una nueva ley ahora vigente. La Ley 600/95 en efecto, derogó la redacción impugnada del Art. 582 y estableció que el juez, en estos casos, debe remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia.

En ambos casos, el expediente vuelve a esta Sala, con un trámite previsible de varios meses para llegar al punto de partida. Esto sería una burla explícita de la urgencia de los trámites de la Acción de Amparo que de hecho ya fueron burlados en estos trámites.

Lo que corresponde hacer en nuestro concepto es estudiar el contenido de la sentencia de Amparo Constitucional con la misma amplitud que si la acción hubiera sido planteada ante la misma Corte. Si el resultado es idéntico al del Juez de 1ª Instancia, no vale la pena anular su resolución sean cuales fueren sus errores. Si es contrario, ya que existen otros argumentos en ese sentido, corresponde declararlo nulo, por vía de esta acción de inconstitucionalidad, con una salvedad importante. Aunque en ambos casos existirá teóricamente el reenvío –sea a primera o a segunda instancia- el amparo habría concluido, pues esta Corte se habría ya pronunciado sobre el fondo. (...)

... no podemos limitarnos a hacer o no hacer lugar a las acciones de inconstitucionalidad, pues esto conduciría a un ridículo e irrazonable círculo vicioso que se cerraría cuando dentro de un año, volvamos a recibir el mismo expediente para estudiar el mismo caso. (...)".

En este caso se hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad y se declaró la nulidad de

los fallos impugnados. Pero esta determinación no se basó sólo en cuestiones de forma, sino fundamentalmente en una cuestión de fondo: la Corte no compartió el criterio de los magistrados de las instancias ordinarias en cuanto a considerar inconstitucionales varios artículos de la Ley N° 137/93, Que reglamenta el artículo 195 del la Constitución Nacional, que instituye las Comisiones Conjuntas de Investigación.

Esto demuestra que la vía que de hecho se siguió, puede ser la apropiada. El control de constitucionalidad podrá darse por medio de la impugnación de las sentencias dictadas en las instancias ordinarias. No debe olvidarse que, como vimos, dicho control incluye el análisis de la constitucionalidad de los actos normativos que sirven de fundamento a las sentencias.

Además, se sabe que en las acciones de amparo en que está involucrada una cuestión de constitucionalidad, la solución de la misma implica de hecho la del amparo. En definitiva, se trata de una acción cuyo planteamiento en primera instancia carece de sentido en estos casos, atendiendo al carácter concentrado que en este aspecto presenta nuestro sistema de control de constitucionalidad.

En conclusión, debemos manifestar que, en congruencia con la idea de que los magistrados de las instancias ordinarias deben tener realmente la facultad de aplicar los preceptos constitucionales, creemos conveniente abrir la posibilidad de un control de constitucionalidad difuso en ciertos casos.

Dicho control, a cargo de los juzgadores de primera y segunda instancias, estaría limitado a cada caso concreto sometido a la jurisdicción de los mismos, y sin más alcance que el de la circunstancial inaplicabilidad de los actos normativos de rango inferior estimados violatorios de la Constitución.

Para posibilitar la introducción de las modificaciones aquí sugeridas, se requerirá no sólo cambios a nivel legislativo, sino también a nivel constitucional.

La vía de la consulta, prevista en el Art. 18 del C.P.C., desaparecerá, desde el momento que los magistrados intervinientes ya no necesitarán contar con el parecer de la Corte y podrán resolver las cuestiones planteadas por sí mismos.

En la línea de pensamiento que estamos desarrollando, resulta evidente que la resolución de las excepciones de inconstitucionalidad debe seguir la misma

suerte. En este punto será imprescindible una enmienda constitucional, sin perjuicio de la modificación de las leyes secundarias.

En cuanto al amparo, es conveniente estudiar la norma constitucional específica. El artículo 134 establece, entre otras cosas, lo siguiente: *Toda persona que ... se considere lesionada gravemente, o en peligro de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley ... podrá promover amparo ante el magistrado competente ... El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.* De acuerdo con el C.P.C., el magistrado competente es *cualquier juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto, omisión o amenaza ilegítimo tuviere o pudiere tener efectos* (Art. 566). ¿Lo dispuesto en la Ley Suprema no implica ya una autorización excepcional a los magistrados de las instancias ordinarias, dentro de los marcos de una acción de amparo, para hacer valer los derechos o las garantías constitucionales por sobre cualquier otra disposición jurídica? El derecho o la garantía afectado puede ser constitucional y el magistrado tiene facultad para salvaguardarlo. De este modo se haría efectiva la supremacía constitucional, lo cual, en definitiva, constituye la esencia del control de constitucionalidad.

Por otro lado, lo expresado precedentemente nos lleva a preguntarnos si lo dispuesto en el Art. 582 modificado, del C.P.C., en cuanto llevar a consideración de la Corte Suprema de Justicia la cuestión de constitucionalidad, no contradice lo preceptuado en el artículo 134 de la Constitución.

De todos modos, las modificaciones constitucionales (enmienda referente a la excepción de inconstitucionalidad) y legales (derogación del Art. 18 del C.P.C. y de la Ley N° 600/95) necesarias para hacer posible lo que planteamos, habrán de clarificar estar cuestiones.[9]

---

[9] En el Art. 274 de la Constitución Ecuatoriana, del 5 de junio de 1998, se lee lo siguiente: "Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio".

VII. Actos sobre los cuales recae el control de constitucionalidad.

Se pueden definir dos grupos en cuanto a los actos sobre los cuales recae el control de constitucionalidad: por una parte, los actos normativos, que el Art. 132 de la Constitución llama "normas jurídicas", y el Art. 260 del mismo cuerpo jurídico, llama "leyes", "instrumentos normativos".

Por otra parte tenemos los actos jurisdiccionales que el Art. 132 llama "resoluciones judiciales", y el Art. 260, "sentencias definitivas o interlocutorias".

1. Actos normativos.

Son actos normativos, en cuanto al Poder Legislativo, las leyes que dicte el Congreso, las resoluciones emanadas de este mismo órgano o las que dicten las cámaras que integran el Congreso.

En cuanto al Poder Ejecutivo, lo son los decretos, los reglamentos y las resoluciones emanadas de este órgano, incluyendo en estas dos últimas categorías los actos que provienen de la Vicepresidencia y de los distintos ministerios y otros órganos dependientes del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, tenemos las acordadas, los reglamentos, los decretos y las resoluciones que dicte este órgano.

En lo que respecta al Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, el Ministerio Público, la Defensoría de Pueblo, la Contraloría General de la República y la Banca Central del Estado, tenemos reglamentos y resoluciones.

En relación con las gobernaciones y las municipalidades, deben mencionarse las ordenanzas departamentales o municipales, los reglamentos y las resoluciones.

No debe olvidarse que los tratados, convenios y acuerdos internacionales

son actos normativos y como tales, atendiendo al rango infraconstitucional que tienen en nuestro ordenamiento jurídico, susceptibles de ser sometidos al control de constitucionalidad. En efecto, de conformidad con los artículos 137 y 141 de la Constitución, los tratados, convenios y acuerdos internacionales, cuando son incorporados a nuestro derecho interno, quedan, en cuanto a orden de prelación, inmediatamente por debajo de la Ley Suprema.

Se puede hablar también de actos normativos emanados de la Iglesia Católica o de otras iglesias, de universidades estatales, de universidades privadas, de asociaciones privadas, de fundaciones, de sociedades anónimas y cooperativas y de otras sociedades, tales como estatutos, reglamentos y resoluciones.

En todos estos casos, salvo el de las universidades estatales o el de algún tipo de sociedad con participación estatal, se trata de entidades de carácter privado. En varias ocasiones la Corte Suprema ha admitido acciones de inconstitucionalidad promovidas contra actos normativos dictados por estas entidades.

Creemos que el criterio es acertado. No puede sostenerse que para que sea viable la impugnación de inconstitucionalidad debe tratarse necesariamente de un acto normativo emanado de un órgano de carácter público. Si se aceptara esta postura, contra las eventuales violaciones de normas de máximo rango, contenidas en estatutos, reglamentos, etc. de instituciones de carácter privado, no existiría vía alguna de impugnación en cuanto a su constitucionalidad.

2. Actos jurisdiccionales.

En principio, son actos jurisdiccionales los dictados en un juicio o proceso por órganos del Poder Judicial. Como dijimos, el artículo 132 de la Constitución habla de "resoluciones judiciales" y el artículo 260, de "sentencias definitivas o interlocutorias".

El artículo 556 del Código Procesal Civil expresa cuanto sigue: *"La acción procederá contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando:*

a) por sí mismas sean violatorias de la Constitución; o

b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución en los términos del artículo 550".

Atendiendo a la redacción de los artículos precitados, parecería que solamente los mencionados más arriba pueden ser considerados actos jurisdiccionales.

3. Determinación del carácter de ciertos actos.

Las siguientes resoluciones merecen una consideración especial:

a) La resolución de la Cámara de Diputados por la cual se destituye a un gobernador, a un intendente, a una junta departamental o a una junta municipal, "por grave irregularidad en la ejecución del presupuesto o en la administración de sus bienes, previo dictamen de la Contraloría General de la República" (artículo 165 de la Constitución).

b) La resolución de la Cámara de Senadores dictada como culminación de un juicio político (artículo 225, 2° párr., de la Constitución).

c) La resolución de cualquiera de las Cámaras referente al desafuero de un congresista (artículo 191 de la Constitución).

d) Las sentencias dictadas por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

e) Los fallos dictados por tribunales militares (artículo 174 de la Constitución).

f) Las resoluciones dictadas por órganos de carácter administrativo como culminación de juicios, procesos o sumarios de igual carácter.

g) Las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado (artículo 248, 2° párr., de la Constitución).

Para nosotros no cabe duda de que todos estos actos pueden ser objeto del control de constitucionalidad, pero ¿deben ser considerados actos normativos de

carácter particular (Art. 551, 2° párr., del C.P.C.) o corresponde equipararlos a los actos jurisdiccionales?

La distinción tiene importancia en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad determine o no la nulidad del acto impugnado, y, en caso de una solución afirmativa, abra la posibilidad del dictamiento de una nueva resolución sobre el caso.

El artículo 174, 1er. párr., de la Constitución, prescribe que los fallos de los tribunales militares pueden ser recurridos ante la justicia ordinaria. Atendiendo a esta disposición, se puede concluir que tales fallos deben ser equiparados a los actos jurisdiccionales propiamente dichos.

Llegamos a igual conclusión en cuanto a las resoluciones dictadas por órganos de carácter administrativo como culminación de juicios, procesos o sumarios de igual carácter. En efecto, en varios casos la ley establece que tales resoluciones son recurribles o apelables ante el Tribunal de Cuentas.

En cuanto a las decisiones arbitrales, pensamos que a los efectos de determinar el alcance de una eventual declaración de inconstitucionalidad de las mismas, deben ser equiparados a los actos jurisdiccionales.

En el caso del desafuero, creemos que la resolución respectiva no puede ser equiparada a un acto jurisdiccional. Se sigue, es cierto, un procedimiento pero no existe la posibilidad de imponer, como culminación del mismo, una pena o sanción al senador o diputado involucrado. En efecto, el desafuero, es decir, la suspensión de fueros, no puede ser considerada tal. Es nada más que la decisión de cualquiera de las Cámaras de admitir que uno de sus miembros sea sometido a proceso. Por ello, en cuanto al procedimiento para el desafuero, no rige lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución, pues se trata de una decisión política que las Cámaras adoptan en forma unilateral atendiendo fundamentalmente al interés de su propio funcionamiento.

La declaración de inconstitucionalidad de una resolución de la Cámara de Senadores o de la Cámara de Diputados referente al desafuero de uno de sus miembros, importará la inaplicabilidad o la nulidad de la misma, según el alcance

que se le dé a aquella (ver más adelante el punto "Efectos de la declaración de inconstitucionalidad"). Pero la no aplicación en este caso del principio *"non bis in ídem"*, ya que no existe juicio, permitirá que las Cámaras puedan volver a estudiarlo y a dictar una nueva resolución al respecto.

Ahora bien, del proceso a que se verá sometido el legislador suspendido en sus fueros, puede derivar pena o sanción, y, en consecuencia, en relación con el mismo rigen plenamente las garantías previstas en el mencionado artículo constitucional.

Cuando se trata de una resolución de la Cámara de Diputados por la cual se destituye a autoridades departamentales o municipales, de una resolución condenatoria dictada por la Cámara de Senadores en el marco de un juicio político, o de una sentencia del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, nos encontramos ante decisiones adoptadas por órganos de carácter político. Esto es evidente en cuanto a las cámaras del Congreso, pero también en el caso del Jurado dicho carácter deriva del modo en que está integrado el mismo (cuatro legisladores: dos senadores y dos diputados; dos miembros del Consejo de la Magistratura y dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, Art. 253 de la Constitución).

En todos los casos se trata, en realidad, de juicios políticos, de los cuales puede derivar una pena o sanción: la destitución o separación del cargo.

Esto determina que en los procedimientos respectivos deban observarse los derechos procesales consagrados en el artículo 17 de la Constitución.

Si tales resoluciones fueran consideradas actos normativos de carácter particular, ello significaría que una eventual declaración de inconstitucionalidad de las mismas, determinaría su inaplicabilidad, aunque, de todos modos, las resoluciones quedarían subsistentes.

Aún en el caso de que se aceptara la tesis de la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* tratándose de actos normativos o en el caso de que el propio órgano dejara sin efecto la resolución que dictó, se tropezaría, en cuanto a la posibilidad de dictar una nueva resolución, con el

principio del *non bis in ídem* (consagrado en el artículo 17 de la Constitución en los siguientes términos: "... toda persona tiene derecho a: ... 4) que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho ...").

Atendiendo a que nuestra Ley Suprema exige que en los procedimientos que culminan con las mencionadas resoluciones, se observen los derechos procesales consagrados en el artículo que acabamos de citar, creemos que aquellas deben ser equiparadas a actos jurisdiccionales.

De todos modos, en el caso eventual de una declaración de inconstitucionalidad de las mismas, lo cual importa su nulidad, nos veríamos ante el problema del reenvío cuando se tratara de resoluciones emanadas de las cámaras legislativas. En el caso del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados esta situación podría superarse mediante su integración con los suplentes.

VIII. Vías para provocar el

control de constitucionalidad.

1. El control de constitucionalidad se puede provocar por dos vías: a) por *vía directa, de acción o de demanda,* y b) por *vía indirecta, incidental o de excepción.*

En el primer caso, el juicio se inicia ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, y tiene por objeto, en sí mismo, atacar de inconstitucionalidad un acto normativo o jurisdiccional. Es decir, el proceso en este caso se inicia con el fin de lograr la declaración de inconstitucionalidad de un acto determinado.

En el segundo caso, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea en forma incidental, dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la declaración de inconstitucionalidad, sino otro distinto. Esta forma de impugnación puede ser interpuesta en cualquier instancia, y en ese caso se elevarán los antecedentes a la Corte Suprema.

2. El tema puede ser enfocado también partiendo de la distinción entre actos normativos y actos jurisdiccionales.

El control de constitucionalidad de un acto normativo puede darse: a) como una cuestión independiente, y b) como una cuestión vinculada a un proceso.

a) En el primer caso, con el fin de obtener un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un acto normativo determinado, se promueve una acción autónoma y específica (la acción de inconstitucionalidad). Cualquier persona que se crea lesionada o afectada por un acto normativo que reputa inconstitucional, sin que exista un juicio anterior en curso, puede promover la acción pertinente buscando la declaración de inconstitucionalidad de aquel. En cuanto a este caso, no existe duda de que el órgano competente para entender es (y debe ser) la Corte Suprema de Justicia (el pleno o la Sala Constitucional).

b) El control de constitucionalidad de un acto normativo como cuestión vinculada a un proceso se da de los siguientes modos: por la remisión del expediente a la Corte Suprema de Justicia que pueden hacer los magistrados en virtud del Art. 18 del C. P. C.; cuando en un juicio de amparo se plantea una cuestión de la constitucionalidad (Art. 582, modificado, del C. P. C.), y cuando se opone una excepción de inconstitucionalidad. A todo esto nos hemos referido más arriba.

En todos estos casos, la decisión sobre la cuestión de constitucionalidad queda en manos de la Corte Suprema de Justicia (pleno o Sala Constitucional). En páginas anteriores hemos expresado nuestra opinión sobre el punto.

Para el control de constitucionalidad de actos jurisdiccionales debe promoverse una acción autónoma ante la Corte Suprema y la declaración de inconstitucionalidad conlleva la *nulidad de las* (sentencias) *que resulten contrarias a esta Constitución* (artículo 260, inciso 2). No existe duda en cuanto a que la vía debe ser la acción de inconstitucionalidad y el órgano competente la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 556 del C. P. C. dispone lo siguiente: *"La acción procederá contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando:*

a) por sí mismas sean violatorias de la Constitución; o

b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución ...".

Atendiendo a las acciones promovidas, se puede afirmar que los motivos que con más frecuencia se alegan para considerar a una sentencia violatoria por sí misma de la Constitución, son los siguientes: inobservancia de las garantías del debido proceso, del derecho a la defensa en juicio o del principio de que toda sentencia debe estar fundada en la Constitución y en la ley, y la arbitrariedad.

IX. Control interórganos y control intraórgano.

La distinción entre actos normativos y actos jurisdiccionales permite apreciar también que el control de constitucionalidad tiene dos direcciones muy importantes.

Por una parte se puede hablar de un control interórganos, es decir, aquel que está orientado a la verificación de actos normativos emanados de otros órganos. En este caso se nota con mayor claridad el carácter político de la función de administrar justicia. El control de constitucionalidad constituye el medio más importante por el cual la Corte Suprema pone en ejecución, en lo que le corresponde, el sistema de recíproco control establecido en el artículo 3° de la Constitución. Actos normativos de otros órganos, no son sólo los que dictan el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, sino también los de los llamados órganos extrapoderes. En relación con este tipo de actos reviste particular importancia el carácter de intérprete final de la Constitución que se reconoce a la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, hay un control intraórgano, es decir, orientado hacia el interior del mismo órgano judicial. Se trata de un control de los actos jurisdiccionales, esto es, de los actos que se producen dentro del mismo Poder Judicial.

X . Cuestiones no judiciables.

1. En relación con el control de constitucionalidad de los actos normativos emanados de otros órganos, se presenta el problema de las llamadas "cuestiones no judiciables o justiciables". No existe duda en cuanto a que la Corte Suprema está investida de dicha facultad. Pero, ¿son judiciables todos los actos normativos dictados por otros órganos? ¿Hay algunos que escapan a esta facultad de control que tiene la Corte?

Corresponde, pues, determinar qué actos de los aludidos órganos pueden ser objeto del control de constitucionalidad y particularmente si existe algún acto que pueda substraerse a dicho control.

En cuanto a actos cuyo control de constitucionalidad pueda producir algún efecto de relevancia, cabe mencionar que el Congreso emite leyes y resoluciones; el Poder Ejecutivo, decretos y resoluciones, y el Poder Judicial, sentencias (actos jurisdiccionales) y acordadas, resoluciones y decretos (actos administrativos).

En cuanto al tema que abordamos, en doctrina se ha suscitado una larga discusión y, simplificando las cosas, se puede afirmar que, en lo fundamental, existen dos posiciones antagónicas: una que admite la exclusión del control de constitucionalidad de determinadas materias, v.gr.: las llamadas "atribuciones privativas y exclusivas" de los poderes, o aquellos actos cuya exclusión recomienda la "prudencia política" o los llamados "actos políticos o de gobierno".

La otra sostiene que no existe acto alguno que pueda quedar fuera de la posibilidad de ser controlado en cuanto a su constitucionalidad. Nada debe ser excluido, todo puede ser objeto del control, no existen actos no judiciables o justiciables. Ningún gobernante goza de una discrecionalidad ilimitada, siempre hay un marco jurídico dentro del cual debe encuadrar sus acciones y la observancia de las normas que lo delimitan puede ser objeto de control por el órgano jurisdiccional.

En consecuencia, ningún acto, proviniere de quien proviniere, puede

escapar a la posibilidad de ser sometido al control de constitucionalidad, por parte del órgano encargado del cumplimiento de dicha función por mandato constitucional. En un Estado de Derecho los actos de las autoridades públicas deben estar encuadrados en el marco legal, y en particular, constitucional. La verificación de este hecho, provocado por quien tiene derecho a ello, no puede ser soslayado en ningún caso.

En relación con el punto, G. J. Bidart Campos afirma lo siguiente: "Es fácil advertir que la no judiciabilidad de una cierta cantidad y calidad de actividades -las llamadas privativas y políticas-, al excluir la revisión judicial, impide que se remedie la inconstitucionalidad que puede afectar a aquellas actividades. Y con ello, una transgresión a la constitución escapa a la sanción invalidante, queda sin reparación en el orden de las garantías, y permanece impune. Consolidar tal efecto es una defección de la técnica tutelar de la constitución; un cúmulo de actos adquiere, por consiguiente, vía libre de poder vulneratorio de la constitución, por propia concesión del estado, que entrega inerme su orden jurídico fundamental y supremo a la discreción de sus órganos de poder".[10]

El mismo autor agrega: "Cuando un juez revisa un acto del poder ejecutivo o del congreso, y lo descubre como lesivo de la constitución (aunque ese acto sea «político»), no está penetrando en el ámbito de otro poder para violar la división, sino todo lo contrario, controlando la supremacía constitucional para volver a su cauce la actividad que se evadió de él en detrimento de la constitución".[11]

Bidart Campos resume las consecuencias de la admisión de "cuestiones no judiciables", en los siguientes puntos:

"a) El no juzgamiento de las cuestiones políticas viola el derecho a la jurisdicción de la parte afectada, en cuanto le impide obtener una sentencia que resuelva la cuestión política propuesta o comprometida en la causa; la sentencia se dicta para limitarse a decir que sobre aquella cuestión el juez no puede

---

[10] G. J. Bidart Campos, *El Derecho Constitucional del Poder*, Bs. As., Ed. Ediar, 1967, T. II, p. 335.

[11] Id., íd., p. 339.

pronunciarse.

b) El no juzgamiento de las cuestiones políticas implica también declinar el ejercicio pleno de la función estatal de administrar justicia.

c) Con ello se impide asimismo remediar la eventual inconstitucionalidad de las actividades que, por configurar cuestiones políticas, quedan exentas de control judicial.

d) Por último, si el estado no es justiciable cuando algunas de sus actividades se escudan tras la pantalla de las cuestiones políticas, la «responsabilidad» estatal se esfuma, pese a la eventual infracción constitucional en que incurra".[12]

Linares Quintana, citado por Lazzarini, sostiene que "... los Tribunales están llamados a intervenir apenas estos poderes, usando de sus facultades privativas, actúen arbitraria u opresivamente, violando los derechos y garantías constitucionales y en general cuales quiera norma establecida por la Constitución. En efecto, el principio de la división de los poderes únicamente puede ser invocado para paralizar la acción del Poder Judicial con respecto a la actuación de los poderes políticos del gobierno, en tanto éstos se desenvuelvan dentro del ámbito que la Constitución les ha trazado y sin afectar los derechos y libertades constitucionales; pero nunca podría servir para dejar sin el amparo de los tribunales a los valores supremos que el sistema institucional sirve: la libertad y la dignidad del hombre; como que, precisamente, el instituto de la separación de los poderes reconoce como finalidad última asegurar la protección efectiva de la libertad individual ... Es evidente que la no justiciabilidad de los actos políticos lo será en tanto y en cuanto los poderes políticos ejerzan su competencia dentro del límite demarcado por la Constitución, y no cuando bajo la apariencia de facultades privativas violen abiertamente la Carta Fundamental, saliendo de la

---

[12] G. J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Bs. As., Ed. Ediar, 1988, T. II, p. 372.

órbita que el poder constituyente ha fijado".[13]

Por su parte, Humberto Quiroga Lavié afirma: "El acto de control judicial respecto de una decisión política para verificar si ella ha excedido o no el marco constitucional no puede significar sustituir al gobernante en la decisión política, sino, simplemente, impedir que la violación constitucional se produzca".[14]

Nosotros suscribimos este último criterio, y en apoyo del mismo también se pueden mencionar las siguientes palabras de Gozaíni: "... la supremacía constitucional opera en todos los ámbitos, y al permitirse la irrevisión, lo único que se obtiene es convalidar un acto agresivo a la carta fundamental".[15]

En el mismo sentido, G. J. Bidart Campos sostiene cuanto sigue: "Es fácil advertir que la no judiciabilidad de una cierta cantidad y calidad de actividades impide que se subsane la eventual inconstitucionalidad que puede afectar a aquellas actividades (...) Entregar un margen discrecional a la exclusiva actividad de ciertos órganos de poder, sin que la judicatura cuide la razonabilidad, es dar curso a la posible arbitrariedad en que aquéllos pueden incurrir (...) La evasión al control judicial en una clase de actividad, aunque se pregone que esa actividad debe respetar la constitución, conduce en sus consecuencias irreparables a poner la voluntad del estado por encima de la constitución, y a despojar a los jueces de su jurisdicción para asegurar la vigencia de esa misma constitución con la sanción rigurosa de las sentencias". Más adelante agrega: "... los tribunales deben ejercer el control judicial de constitucionalidad en todos los ámbitos y sobre todas las cuestiones".[16]

---

[13] José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Bs. As., Ed. La Ley S.A., 1967, p. 198.

[14] H. Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Bs. As., Ediciones Depalma, 1987, p. 493.

[15] Osvaldo Alfredo Gozaini, *La Justicia Constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1994, p. 122.

[16] G. J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Bs. As., Ed. Ediar, 1987, pp. 162 y 165.

2. En la legislación paraguaya se ha adoptado una solución que creemos muy acertada: la determinación de las cuestiones no judiciables está a cargo de la propia Corte Suprema de Justicia. En efecto, la Ley N° 609 establece en su artículo 12 que *"no se dará trámite a la acción de inconstitucionalidad en cuestiones no justiciables"*. De este modo, compete al propio órgano jurisdiccional decidir, en cada caso concreto, si una cuestión determinada será o no sometida a control.

En concordancia con esta solución, Vanossi afirma lo siguiente: "Que sea la propia Corte *por mandato constitucional* la que asuma o resigne poderes, parece preferible a la recomendación de que las abstenciones de control tengan como base una cuestionable interpretación de «oportunidad» y «conveniencia»".[17]

Sin menoscabar lo expresado en párrafos precedentes, creemos que cuando se trata del ejercicio de determinadas atribuciones del órgano legislativo o del ejecutivo, el control de constitucionalidad, en principio, no puede tener por objeto el juzgamiento de la oportunidad, los motivos, las razones o los fundamentos que dieron origen al acto, cuando éstos sean susceptibles de apreciación subjetiva en cada caso concreto, porque ello es privativo del órgano respectivo. El control debe referirse sólo a la observancia de los requisitos exigidos o las garantías consagradas constitucionalmente. Es decir, el control recaerá fundamentalmente sobre los aspectos formales.

Esto ocurriría cuando se tratare de una resolución dictada como consecuencia de un juicio político, de una referente al desafuero de un congresista, de una que resuelva la intervención de un gobierno municipal o departamental, de una que disponga la destitución de un gobernador, un intendente, una junta departamental o una junta municipal, o de una resolución por la cual se nombre a un ministro del Poder Ejecutivo.

Hay un ámbito de discrecionalidad del órgano cuando ejerce facultades privativas, pero hay otra parte en que debe someterse a las disposiciones constitucionales o legales. Por ejemplo, si se tratara de un juicio político por mal

---

[17] J. R. A. Vanossi, op. cit., T. II, p. 176.

desempeño de funciones, indudablemente que la apreciación del mal desempeño, salvo caso de que se llegara al absurdo, no podría ser sometido a un control de constitucionalidad, no podría ser judiciable.

Pero indudablemente se puede controlar si se alcanzaron o no las mayorías exigidas constitucionalmente. Si, por ejemplo, en la Cámara de Senadores, en que se requiere mayoría absoluta de dos tercios (es decir, 30 votos) para condenar al enjuiciado, la decisión se adopta por una cantidad de votos menor, dicho acto debe ser declarado inconstitucional.

Asimismo, los motivos por los cuales una cámara legislativa determinada resuelve hacer lugar o no hacer lugar al desafuero de uno de sus miembros (artículo 191), escapan al mencionado control.

La "gravedad" de la "irregularidad en la ejecución del presupuesto o en la administración de sus bienes", prevista en el artículo 165, apartado 3, de la Constitución, como causal de intervención de gobiernos departamentales o municipales, no puede ser objeto del control de constitucionalidad.

En ambos casos, el control estará orientado a verificar si se han observado las mayorías exigidas constitucionalmente, si se ha respetado el derecho a la defensa, etc.

En el caso de la atribución del Presidente de la República de nombrar a los Ministros del Poder Ejecutivo (Art. 238, inc. 6, de la Constitución), la discrecionalidad es bastante amplia. Casi se podría decir que puede nombrar a cualquier persona para tales cargos y el límite de la discrecionalidad estaría dado únicamente por la exigencia de que los designados reúnan los requisitos establecidos en la Constitución: nacionalidad paraguaya natural y haber cumplido veinticinco años (artículos 241 y 221). El cumplimiento o incumplimiento de tales requisitos, sin lugar a dudas, puede ser objeto del control de constitucionalidad. Pero sostenemos que asimismo el control puede recaer sobre la razonabilidad de los nombramientos cuando las condiciones personales de los designados revelen situaciones extremas (v.gr. demencia, analfabetismo, ignorancia supina).

3. Casos Ferrás y Vera Cantero. Al formular nuestro voto en el Acuerdo y

Sentencia N° 184, del 31 de julio de 1995, dictado en la "Acción de inconstitucionalidad promovida por Osvaldo Ferrás, Intendente Municipal de San Lorenzo c/ Resolución de la Cámara de Diputados", expresamos lo siguiente:

"... Circunscribiéndonos al caso concreto sometido a examen, deberíamos determinar si la resolución de la Cámara de Diputados por la cual se destituye al Intendente Municipal de la Ciudad de San Lorenzo, señor Osvaldo Ferrás Morel, debe ser considerada como un acto privativo del citado cuerpo legislativo y como tal no susceptible de juzgamiento por parte de órganos jurisdiccionales, o, más específicamente, no susceptible de ser sometido al control de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema de Justicia ...

En lo que respecta a la destitución de las autoridades departamentales o municipales, prevista en el artículo 165 de la Constitución, existe una serie de requisitos de apreciación objetiva, cuyo cumplimiento es inexcusable para afirmar que la medida ha sido adoptada de conformidad con las disposiciones de la Ley Suprema.

En efecto deben darse los siguientes presupuestos:

a) Grave irregularidad en la ejecución del presupuesto del Departamento o Municipio, o en la administración de sus bienes. En este caso, por una parte se exige un hecho de apreciación objetiva, como es la irregularidad; y por la otra, la calificación del mismo en cuanto a su gravedad, lo cual reviste carácter subjetivo, en gran medida.

La falta total de irregularidad importaría una transgresión de la Ley Fundamental, y su verificación en instancia judicial debe conducir a la declaración de inconstitucionalidad del acto respectivo. La apreciación de la gravedad de la irregularidad, así como la determinación de si ella justifica la destitución, competen a la Cámara de Diputados, y, como actos librados a la discrecionalidad de dicho cuerpo, no caerían bajo el control de constitucionalidad.

El accionante alega que no se dio el requisito de la "grave irregularidad". Sin embargo, del "Informe de Intervención a la Municipalidad de San Lorenzo", se desprende que existieron irregularidades, y la calificación de la gravedad de las

mismas corresponde a la Cámara de Diputados, sin que puedan discutirse los criterios tomados en consideración para tal efecto.

b) Dictamen previo de la Contraloría General de la República.

c) Intervención previa del gobierno departamental o municipal.

d) Mayoría absoluta de votos en la Cámara de Diputados.

Como se ve, existen varios requisitos apreciables objetivamente y de cumplimiento obligatorio. El control de constitucionalidad de los actos de destitución de autoridades departamentales o municipales, dentro del contexto señalado, es perfectamente procedente. En otras palabras, si no existiere irregularidad en la ejecución del presupuesto del Departamento o Municipio o en la administración de sus bienes; si no hubiere dictamen previo de la Contraloría General de la República sobre el punto precedente; si el gobierno departamental o municipal no hubiere sido intervenido previamente por el Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Cámara de Diputados; o si la resolución de la Cámara de Diputados por la cual se destituye a las autoridades departamentales o municipales no hubiere sido adoptada por mayoría absoluta de votos, se debería declarar la inconstitucionalidad respectiva.

La posibilidad de someter la Resolución N° 81 de la Cámara de Diputados, a control de constitucionalidad resulta indubitable. Si bien el artículo 132 de la Constitución dice que "la Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales ...", la interpretación de esta disposición no puede hacerse en forma muy restringida y asistemática, pretendiendo que solamente leyes o resoluciones judiciales puedan ser objeto del control de constitucionalidad.

En el mismo texto constitucional, al hablar de los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional se afirma que ésta puede "conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos" (artículo 260, inciso 1). Desarrollando este concepto, el Código Procesal Civil distingue entre "actos normativos de carácter general" y "actos normativos de carácter particular" (artículo 551).

El acto impugnado (Resolución de la Cámara de Diputados), reviste el carácter de un acto normativo de carácter particular, "por afectar derechos de personas expresamente individualizadas" (artículo 551, del Código Procesal Civil), y ha sido emitido como culminación de un proceso en el cual se ha impuesto la pena de destitución. El procedimiento de destitución de autoridades departamentales o municipales y el juicio político tienen una naturaleza jurídica similar. Es verdad que en este último intervienen ambas cámaras del Congreso y que las mayorías exigidas son más estrictas, pero la finalidad es común: separar del cargo o destituir a la autoridad responsable.

En el juicio político se considera indispensable el ejercicio del derecho a la defensa por parte del afectado (su denominación y la forma en que está redactado el artículo 225 de la Constitución, desde luego dan pie a ello) ...

Si acordamos que existe similitud entre el procedimiento de destitución de autoridades departamentales o municipales y el juicio político, necesariamente se concluye que la Cámara de Diputados incurrió en la grave falencia de no haber dado al afectado la oportunidad de la defensa. Se trata aquí de la posibilidad de ejercicio de este derecho ante el plenario de la Cámara Baja, lo cual no ocurrió en el caso sometido a examen.

Por otra parte, entendemos que el artículo 17 de la Constitución es aplicable a este caso. En efecto, dicho precepto establece cuanto sigue: "En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

.....

5) que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;

.....

7) la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;

8) que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;

....."

Es evidente que la intervención del gobierno departamental o municipal, el informe de intervención, el dictamen de la Contraloría General de la República y el trámite en la Cámara de Diputados (en comisión y en plenaria), pueden ser considerados en conjunto como "cualquier otro (proceso), del cual pudiera derivarse pena o sanción".

En efecto, el vocablo "proceso" está empleado aquí en un sentido amplio, significando "secuencia, desenvolvimiento, sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico" (Eduardo J. Couture, *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, 5a. reimpresión, p. 480). Cabe también la definición de "fenómeno o estado dinámico producido para obtener la aplicación de la ley a un caso concreto y particular ..." (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XXIII, Buenos Aires, Driskill S.A., 1991, p. 292).

En el caso juzgado la pena derivada es grave: la destitución de un cargo de elección popular. Entre las penas establecidas en el Código Penal figura la destitución, definida como "la separación del reo del cargo o empleo que ejercía" (Cf. artículos 62, inc. 6°, y 83).

En consecuencia, la Resolución de la Cámara de Diputados N° 81, del 27 de septiembre de 1994, en virtud de la cual se destituye al Intendente Municipal de la Ciudad de San Lorenzo, señor Osvaldo Ferrás Morel, fue dictada con inobservancia del derecho a la defensa consagrado en el artículo 17 de la Constitución.

Corresponde, pues, declarar su inconstitucionalidad ... ".

La misma opinión sostuvimos en la "Acción de inconstitucionalidad promovida por Félix Vera Cantero, Intendente Municipal de Salto del Guairá c/ Resolución N° 82, de fecha 27 de setiembre de 1994, dictada por la Cámara de Diputados".

4. Caso del Decreto N° 117. En el Acuerdo y Sentencia N° 415, del 2 de diciembre de 1998, pronunciado en la "Acción de inconstitucionalidad contra Decreto N° 117 de fecha 18 de agosto de 1998, dictado por el Poder Ejecutivo (presentada por el Congreso Nacional)", al emitir nuestro voto, expresamos lo siguiente:

"A la luz de lo expuesto precedentemente, podemos concluir esta parte con las siguientes afirmaciones: a) La facultad de conmutar penas es indudablemente una facultad privativa del Presidente de la República en el sentido de que sólo a él le está reconocida y, en consecuencia, sólo él puede ejercerla. b) Pero lo que acabamos de señalar, no obsta en absoluto a que el acto en virtud del cual se ejerce dicha atribución pueda ser objeto del control de constitucionalidad por parte del órgano jurisdiccional encargado del mismo. En efecto, cabe la posibilidad de que la misma sea ejercida dentro del marco constitucional o no lo sea.

Debemos determinar ahora si la facultad de conmutar penas conferida al Presidente de la República es una *facultad discrecional o reglada.*

El artículo 238 de la Constitución dice: "Son deberes y atribuciones de quien ejerce la Presidencia de la República: ...

10) indultar o conmutar penas impuestas por los jueces y tribunales de la República, de conformidad con la ley, y con informe de la Corte Suprema de Justicia...".

El Presidente de la República puede conmutar penas impuestas por los órganos jurisdiccionales. Pero cuando lo haga, debe ser: a) de conformidad con la ley y b) con informe de la CSJ.

Las facultades discrecionales son "las que posee el órgano administrativo para obrar de determinada manera, cuando lo crea oportuno y con arreglo a su leal saber y entender, para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas".

Las facultades regladas son "aquellas que obligan al Poder Ejecutivo a proceder de determinada manera, por hallarse preestablecidas en la ley, que señala no sólo la autoridad competente para obrar, sino también su obligación de obrar

y la forma en que debe hacerlo, sin dejar ningún margen para la apreciación subjetiva del agente" (Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Bs. As., Ed. Heliasta, 1994, 21ª ed., p. 417).

En la realidad, resulta, sin embargo, más exacto hablar de actos con diferentes grados de discrecionalidad. En efecto, "... el obrar administrativo presenta facetas complejas determinando la existencia de actos administrativos dictados en parte, ejecutando facultades discrecionales, y en parte, con sujeción estricta a soluciones o contenidos prefijados en la ley. (....)

En tales casos, el órgano que emite el acto, obra en ejercicio parcial de facultades regladas y en ejercicio parcial de facultades discrecionales. (...)

Guicciardi señala que si «es posible un acto administrativo completamente vinculado no existe ningún acto administrativo completamente discrecional, pues existen únicamente actos administrativos con elementos más o menos numerosos y relevantes de discrecionalidad» (*La giustizia administrativa*, p. 14, Padua, 1943)" (Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XI, Bs. As., Ed. Driskill S.A., 1987, pp. 808/9).

La facultad de conmutar penas del Presidente de la República es, en ciertos aspectos, discrecional; y en otros, reglada. Es discrecional en cuanto corresponde al titular del Ejecutivo, y solo a él, la decisión de ejercerla o no. Es decir, es el Presidente de la República el que conmutará una, varias, la totalidad o ninguna de las penas impuestas por los órganos jurisdiccionales, que sean conmutables. Decide él en cuanto a la oportunidad de ejercer la facultad y en cuanto a quienes serán los beneficiados con la medida.

La citada facultad es reglada en cuanto debe ser ejercida "de conformidad con la ley", es decir, en la forma y en los casos que la norma secundaria lo permite. Además, se debe contar con el informe de la Corte Suprema de Justicia.

Conmutación de penas, de conformidad con la ley. En relación con el caso que

nos ocupa, vemos que el Código Penal Militar establece lo siguiente:

Art. 56: *"La sustitución de una pena más grave a una pena inferior ... en la aplicación de las enumeradas en el Art. 47 será de la pena de muerte a la de prisión militar ..."*.

Art. 66: *"La conmutación de la pena capital, concedida por el P.E. operará implícitamente la condena del beneficiado a veinticinco años de prisión ..."*.

Se puede apreciar que el único caso de conmutación de penas establecido por la ley, es el de pena de muerte por prisión militar de veinticinco años.

Es indiscutible que cada caso en que es posible la conmutación de penas debe estar expresamente establecido en la ley. Ésta debe decir que tal pena puede ser conmutada por tal otra. La vía de una interpretación basada en criterios generales y laxos, en modo alguno, puede servir para arribar a la conclusión de que la conmutación está también admitida en otros casos, cuando ello no surge del texto claro y expreso de la ley.

Teniendo en cuenta que el único caso de conmutación de penas establecido en el Código Penal Militar es el de pena de muerte por prisión militar de 25 años, resulta imposible el ejercicio de dicha facultad al haber sido abolida la pena de muerte (Art. 4° de la Constitución).

En esto radica la esencia de la inconstitucionalidad del Decreto N° 117, de fecha 18 de agosto de 1998. Como dijimos, de ningún modo se puede sostener con seriedad que la pena de prisión militar (considerada en general) puede ser substituida por la de arresto, cuando en la ley no existe ninguna referencia expresa a esta posibilidad. Resulta absurdo pensar que una pena como la de prisión militar cuyo máximum es de veinticinco años (Art. 50 del C. P. M.), pueda ser conmutada con absoluta discrecionalidad por la de arresto, cuyo máximum es de tres meses (Art. 51 del C.P.M.).

Si se admitiera que la facultad de conmutar penas es de ejercicio absolutamente discrecional, al punto que libremente se pudiera sustituir "una pena más grave por otra más leve", se estaría confiriendo al Presidente de la República el carácter de "Juez Supremo", por encima de cualquier órgano de la justicia

militar y, como las decisiones de ésta pueden ser recurridas ante la justicia ordinaria (Art. 174 de la Constitución), de cualquier órgano jurisdiccional.

En la actualidad el Presidente de la República se encuentra ante la *imposibilidad fáctica de ejercicio de la facultad de conmutar penas.* En efecto, en el único caso previsto en la ley, la facultad no puede ser ejercida. Pero esto no constituye ninguna situación preocupante.

No se trata de derechos o garantías reconocidos al individuo, gobernado o ciudadano, caso en el cual la falta de ley reglamentaria no puede ser invocada para negarlos o menoscabarlos (Art. 45, *in fine*, de la Constitución). Se trata de una facultad o atribución conferida a un órgano de gobierno, caso en el cual la interpretación es restrictiva, y si el ejercicio de la misma está sujeta al dictamiento de una ley y no se dicta la ley o la ley dictada es insuficiente, la facultad no puede ser ejercida.

Conmutación de penas, con informe de la Corte Suprema de Justicia. Como requisito previo al ejercicio de la facultad de conmutar penas, la Constitución exige al Poder Ejecutivo contar con el referido informe.

En el caso en estudio, aún cuando en el considerando del Decreto N° 117 se expresa "que se halla cumplida la exigencia constitucional del informe de la Corte Suprema de Justicia", no ocurrió así.

La Corte Suprema de Justicia no emitió ningún informe referente a la conmutación de las penas impuestas al Gral. Div. (SR) Lino Cesar Oviedo Silva y al Cnel. DEM. (SR) José M. Bóbeda Melgarejo. El oficio NSP N° 83, de fecha 18 de agosto de 1998, se limita a informar, conforme a lo requerido, sobre las condenas impuestas a las mencionadas personas, para lo cual simplemente se reprodujo la parte resolutiva de las sentencias definitivas pertinentes.

El informe que la Corte Suprema de Justicia remita al Poder Ejecutivo a los efectos de eventuales indultos o conmutaciones de penas, debe ajustarse al procedimiento previsto en la ley. Al respecto, la Ley N° 609, "Que organiza la Corte Suprema de Justicia", dispone en su artículo 15, inciso e, lo siguiente: "Competencia. Son deberes y atribuciones de la Sala Penal los siguientes: ... e)

Elevar dictamen al pleno de la Corte para que ésta informe al Poder Ejecutivo sobre los casos previstos en el Artículo 238, inciso 10) de la Constitución ...".

El informe contenido en la nota NSP N° 83/98 no reúne los requisitos mencionados en el párrafo precedente. Es decir, no emana de la Sala Penal ni ha sido aprobado por el pleno de esta Corte. Esto se debe a que en el pedido de la Presidencia de la República no se especificaba el fin para el cual se requería el aludido informe.

El hecho de que sea la única atribución del Poder Ejecutivo para la cual se requiere informe, no debe hacer presumir que la Corte Suprema de Justicia por sí debe entender que el informe es para ese fin.

No hay duda de que el informe no es vinculante, pero esto no constituye un motivo que justifique no indicar la finalidad para la cual se lo solicita.

Como *conclusión* podemos afirmar que, de acuerdo con lo expresado precedentemente y en concordancia con el dictamen del Fiscal General del Estado, no cabe duda de que el Decreto N° 117, de fecha 18 de agosto de 1998, dictado por el Poder Ejecutivo, es inconstitucional".

XI. Petición de parte y actuación de oficio.

En la mayor parte de los casos, el control de constitucionalidad es provocado mediante petición de parte, sea que se trate de una impugnación de actos normativos por la vía directa o de la acción, o por la vía indirecta de la excepción, cuando se da en el marco de un juicio; sea que se trate de la impugnación de actos jurisdiccionales, por la vía de la acción.

El interés realmente radica, en cuanto al tema que tratamos, en la amplitud que tiene o puede tener la facultad de actuar de oficio de que está investido el órgano jurisdiccional.

En tratándose de actos jurisdiccionales, el Art. 563 del C.P.C. dispone cuanto sigue: "*Cuando correspondiere, la Corte Suprema de Justicia declarará de oficio la inconstitucionalidad de resoluciones, en los procesos que le fueren*

sometidos en virtud de la ley, cualquiera sea su naturaleza."

En estos casos la Corte Suprema puede declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de otras resoluciones de carácter jurisdiccional, aún cuando ellas no hubieren sido impugnadas.

En cuanto a los actos normativos, tenemos el procedimiento previsto en el Art. 18, inc. a, del C.P.C., al cual nos hemos referido con anterioridad. Según el mismo los jueces y tribunales, en el marco de un juicio, pueden solicitar a la Corte Suprema un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de actos normativos. El pedido puede ser formulado de oficio, es decir, "sin requerimiento de parte".

En el caso de la acción de amparo, previsto en el Art. 582, moficado, del C.P.C., y también referido a actos normativos, el juez está obligado a elevar los antecedentes a la Corte Suprema.

En relación con la excepción de inconstitucionalidad, el Ar.t 541 del C.P.C., dispone en su segundo párrafo, lo siguiente: "*Si [el desistimiento de la excepción de inconstitucionalidad] se produjere ante la Corte Suprema de Justicia, ésta podrá hacer uso de su facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad."*

Según esta disposición, provocado el control de constitucionalidad a instancia de parte, la Corte Suprema puede igualmente ejercerlo, aun cuando hubiere desistimiento.

Esta norma abre la posibilidad de que el máximo órgano jurisdiccional se pronuncie de oficio acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de actos normativos, dentro del marco señalado.

En nuestra opinión, la aludida norma también podría ser aplicada, en idénticas circunstancias, cuando se tratare de una acción de inconstiucionalidad.

XII. Necesidad de una causa judiciable para ejercer el control.

Por el tipo de control de constitucionalidad vigente en el Paraguay, se hace

necesaria la existencia de una causa o caso justiciable para que se pueda efectuar dicho control.

Es decir, el control se ejerce ya sea en un proceso iniciado expresamente para obtener la declaración de inconstitucionalidad de un acto normativo determinado; o ya sea dentro de un juicio cuya finalidad no sea precisamente la de obtener dicha declaración, pero en el cual plantea una cuestión de constitucionalidad.

Por tanto, en el Paraguay no existe el control de constitucionalidad fuera de una causa o caso justiciable, como el que se da en otros países por medio de una consulta o requerimiento de un órgano cualquiera al órgano encargado del control.

XIII. Sujetos legitimados para provocar el control de constitucionalidad.

1. De conformidad con el artículo 550 del Código Procesal Civil, *"Toda persona lesionada en sus legítimos derechos por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, los principios o normas de la Constitución, tendrá facultad de promover ante la Corte Suprema de Justicia, la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por las disposiciones de este capítulo".*

Podemos decir, entonces, en cuanto a la acción de inconstitucionalidad, lo siguiente:

a) Puede ser promovida por cualquier persona.

b) Dicha persona debe ser titular de un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado de algún modo.

c) La lesión debe provenir de actos normativos o jurisdiccionales de carácter inconstitucional.

d) La acción debe ser promovida ante la Corte Suprema.

2. En cuanto a la legitimación procesal de órganos de gobierno, no cabe duda de que cualquiera de ellos puede ocurrir ante los órganos jurisdiccionales e intervenir en juicios cuando existiere un interés legítimo vinculado con el ejercicio de las funciones que le son propias.

De hecho, se ha admitido la intervención de una de las cámaras del Congreso en los casos que mencionamos a continuación: "Acción de inconstitucionalidad promovida por Osvaldo Ferrás, Intendente Municipal de San Lorenzo c/ Resolución de la Cámara de Diputados", "Acción de inconstitucionalidad promovida por Félix Vera Cantero, Intendente Municipal de

la ciudad de Salto del Guairá c/ Resolución N° 82 de fecha 27 de setiembre de 1994, dictada por la Cámara de Diputados", "Acción de inconstitucionalidad en el juicio: Carlos María Ljubetich y el P.R.F. s/ amparo". Asimismo, se ha admitido la intervención del Congreso en el caso "Acción de inconstitucionalidad contra Decreto N° 117 de fecha 18 de agosto de 1998, dictado por el Poder Ejecutivo (presentada por el Congreso Nacional)".

La posibilidad de que órganos constitucionales o fracciones de órganos puedan promover el control de constitucionalidad, no resulta extraña en el derecho comparado. Sin olvidar el matiz de que en los casos que se mencionarán, dichos órganos forman parte de un *numerus clausus* al que se circunscribe el ejercicio de la acción, transcribimos una parte del "Informe General" de la "IIa. Conferencia de la Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España", celebrada en Madrid en enero de 1998. Dice así:

"En España ... esa legitimación para promover lo que se conoce como recurso de inconstitucionalidad está atribuida al Presidente del Gobierno, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, al Defensor del Pueblo y a los Gobiernos y Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

En Chile, también corresponde a órganos constitucionales o fracciones de órganos (el Presidente, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros) el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.

Bajo una pauta similar, en Perú la acción de inconstitucionalidad únicamente puede ser ejercitada por el Presidente de la República, el Defensor del Pueblo, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas ...".

Se ve, pues, que, más allá de las variantes de cada legislación particular, se admite la intervención de órganos constitucionales o fracciones de ellos en lo relativo al control de constitucionalidad de actos normativos.

3. En materia electoral tienen legitimación activa para promover acciones de inconstitucionalidad:

a) En cuanto a las elecciones internas de los partidos, movimientos

políticos y alianzas electorales, los respectivos candidatos o sus apoderados; y

b) En cuanto a las elecciones generales, departamentales y municipales, los respectivos apoderados de los partidos, movimientos políticos y alianzas electorales que participen de las mismas. Los candidatos electos pueden intervenir como terceros coadyuvantes (Cf. artículos 70 y 41 de la Ley N° 635/95).

XIV. La demanda.

1. Comparecencia en juicio.

En cuanto a la promoción de una acción de inconstitucionalidad, se admite también que cualquier persona física capaz pueda hacerlo por sí misma, por sus propios derechos, bajo patrocinio de abogado.

Puede igualmente hacerse representar. En este caso, el representante o mandatario, es decir, la persona que se presenta en juicio por un derecho que no sea propio, debe acompañar con su primer escrito los documentos (poder) que acrediten el carácter que inviste. Rige también la obligación del patrocinio profesional.

Las personas jurídicas sólo pueden intervenir mediante mandatario profesional matriculado.[18]

Tratándose la acción de inconstitucionalidad de una acción autónoma, este requisito debe ser cumplido y, en caso de que se impugnen sentencias dictadas en un juicio principal, no basta invocar simplemente la personería que se tiene reconocida en el mismo.

2. Constitución de domicilio.

La persona que litigue por su propio derecho, debe constituir domicilio dentro del radio urbano de la ciudad o pueblo que sea asiento del juzgado o tribunal.

---

[18] Cf. artículos 46, 57 y 58 del Código Procesal Civil y artículo 87 del Código de Organización Judicial.

Igualmente, el representante o mandatario debe constituir domicilio en la forma indicada y denunciar el domicilio real de la persona representada.[19]

3. Requisitos. Rechazo *in límine*.

En cuanto a los actos normativos, el artículo 552 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, (a) el actor mencionará claramente la ley , decreto, reglamento o acto normativo de autoridad impugnado, o, en su caso, la disposición inconstitucional. (b) Citará además la norma, derecho, exención, garantía o principio que sostenga haberse infringido, (c) fundando en términos claros y concretos la petición.

En todos los casos la Corte Suprema examinará previamente si se hallan satisfechos estos requisitos. En caso contrario, desestimará sin más trámite la acción.

En relación con los actos jurisdiccionales, el artículo 557 del Código Procesal Civil prescribe:

Al presentar su escrito de demanda el actor... (a)individualizará claramente la resolución impugnada, así como el juicio en que hubiese recaído. (b) Citará además la norma, derecho, exención, garantía o principio constitucional que sostenga haberse infringido, (c) fundando en términos claros y concretos su petición...

En todos los casos, la Corte examinará previamente si se hallan satisfechos estos requisitos. En caso contrario, desestimará sin más trámite la acción.

En referencia tanto a actos normativos como jurisdiccionales, el artículo 12 de la Ley N° 609, dispone cuanto sigue:

"No se dará trámite a la acción de inconstitucionalidad (a) en cuestiones

---

[19] Cf. artículos 47 y 57 del Código Procesal Civil.

no justiciables, (b) ni a la demanda que no precise la norma constitucional afectada, (c) ni justifique la lesión concreta que le ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria."

4. Prescripción y extemporaneidad.

En relación con los actos normativos, el artículo 551 del Código Procesal Civil prescribe:

La acción de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general es imprescriptible, sea que la ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, afecte derechos patrimoniales, tenga carácter institucional o vulnere garantías individuales.

Cuando el acto normativo tenga carácter particular, por afectar solamente derechos de personas expresamente individualizadas, la acción prescribirá a los seis meses, contados a partir de su conocimiento por el interesado.

En cuanto a los actos jurisdiccionales, el artículo 557, 2° y 3er párrafos, del Código Procecal Civil, dispone:

El plazo para reducir la acción será de nueve días, contados a partir de la notificación de la resolución impugnada, sin perjuicio de la ampliación por razón de la distancia.[20]

En todos los casos, la Corte examinará previamente si se hallan satisfechos estos requisitos. En caso contrario, desestimará sin más trámite la acción.

El artículo 561 del C.P.C. establece una norma complementaria, en lo siguientes términos:

En el caso de previsto por el inciso a) del artículo 556 (sentencias que por

---

[20] Art. 149, C.P.C.: *Para toda diligencia que deba practicarse dentro de la República y fuera del lugar del asiento del juzgado o tribunal, quedan ampliados los plazos fijados por este Código a razón de un día por cada cincuenta kilómetros, para la región oriental, y de un día por cada veinticinco, para la región occidental.*

sí mismas sean violatorias de la Constitución), *la acción de inconstitucionalidad sólo podrá deducirse cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios. El plazo para interponerla, se computará a partir de la notificación de la resolución que causa estado.*

En materia electoral, *el plazo para deducir la acción será de cinco días, a partir del conocimiento del instrumento normativo o resolución judicial impugnado* (Art. 71 de la Ley N° 635/95).

XV. Agotamiento de recursos ordinarios.

1. Actos jurisdiccionales.

La obligación de agotar los recursos ordinarios, establecida en el Art. 561 del C.P.C., se refiere exclusivamente a actos jurisdiccionales, y en forma específica a las *resoluciones de los jueces o tribunales cuando: a) por sí mismas sean violatorias de la Constitución* ...(Art. 556 del C.P.C.).

Pero esta exigencia no rige en cuanto a las sentencias que *se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución* ...(Art. 556, inc. b, del C.P.C.). En este caso no es necesario agotar los recursos ordinarios. Pero no hay que olvidar que debe tratarse de un acto normativo no invocado por las partes como fundamento de sus derechos, sino sólo por el juez o tribunal al fundamentar su resolución. En caso contrario, hubiese sido procedente la excepción de inconstitucionalidad, y si ella no fue opuesta en su oportunidad, ya no cabe la impugnación por la vía de la acción (Cf. Art. 562 del C.P.C.).

Volviendo al primer caso, es decir, el de las sentencias que por sí mismas sean violatorias de la Constitución, debemos señalar que tal circunstancia se produce comúnmente por violación del debido proceso, del derecho a la defensa en juicio o del principio de legalidad, o por tratarse de sentencias arbitrarias.

Creemos que incluso en este caso, no sería necesario agotar los recursos ordinarios cuando resultara evidente que los mismos no son idóneos para reparar las violaciones.

2. Actos normativos de carácter general.

Cuando se trata de actos normativos de carácter general, la procedencia de la acción de inconstitucionalidad en forma directa, es decir, sin necesidad de agotar instancia previa alguna, es indubitable. Dichos actos normativos pueden revestir la forma de "ley, decreto, reglamento" (actos mencionados en el Art. 551, 1er. párr., del C.P.C.), pero también pueden ser ordenanzas departamentales, ordenanzas municipales, etc.

3. Actos normativos de carácter particular.

a) Cuando se trata de actos normativos de carácter particular, puede afirmarse que, en principio, está admitida la posibilidad de plantear la acción de inconstitucionalidad en forma directa. En efecto, al establecer el Art. 551 2° párr., del C.P.C., en referencia a tales actos que "la acción prescribirá a los seis meses, contados a partir de su conocimiento por el interesado", se está admitiendo que es procedente la promoción de la acción y sólo se limita el lapso dentro del cual la misma debe ser promovida.

Por ello creemos que no corresponde el rechazo *in límine* de las acciones de inconstitucionalidad promovidas contra actos normativos de carácter particular, invocando como fundamento en forma general e indiscriminada que debió haberse recurrido previamente a la instancia contencioso-administrativa.

Sabemos que la acción de inconstitucionalidad está referida a un juicio de alcances limitados, en el sentido de que sólo tiene por objeto el control de constitucionalidad del acto normativo impugnado; y que en cambio, el juicio contencioso-administrativo tiene alcances más amplios.

Sobre esta base consideramos que la promoción de una u otra acción, lo cual puede hacerse indistintamente, dependerá de la voluntad del justiciable, el cual se decidirá por la alternativa que crea más ajustada a sus intereses. De todos modos, cuando se trata de atacar precisa y puntualmente la constitucionalidad de un acto normativo de carácter particular, no cabe otra opción que la de promover la acción, pues, dado el carácter concentrado de nuestro sistema de control de constitucionalidad, el recurrir a lo contencioso-administrativo no tendría ningún

sentido, ya que para lograr el pronunciamiento deseado el caso deberá volver necesariamente a la Corte Suprema de Justicia.

Tal es el caso, por ejemplo, del Decreto N° 117, del 18 de agosto de 1998, por el cual se conmutaron penas al Gral. L. C. Oviedo y al Cnel. J. M. Bóveda M. Aquí el cuestionamiento era estrictamente constitucional y estaba referido fundamentalmente a la forma y el alcance del ejercicio de la facultad de conmutar penas conferida al Presidente de la República.

b) Igualmente, cuando se impugnan en forma simultánea un acto normativo de carácter general, y uno de carácter particular vinculado con el primero, es procedente la interposición de la acción de inconstitucionalidad en forma directa. Esto es lo que ocurrió en las múltiples acciones promovidas por excombatientes de la Guerra del Chaco, en las cuales se atacaba un artículo de la Ley de Presupuesto General de la Nación y la resolución ministerial por la cual se denegaba la concesión de una pensión, o el pago de gastos de sepelio.

c) Atención especial merecen los actos normativos de carácter particular emanados de autoridades administrativas y que pueden considerarse equiparados a actos jurisdiccionales, por el hecho de que se los declara recurribles ante el Tribunal de Cuentas. En este caso creemos que debe aplicarse lo dispuesto en el Art. 561 del C.P.C. en el sentido de exigir el agotamiento de los recursos ordinarios. Pero la recurribilidad del acto administrativo ante el citado Tribunal, circunstancia de la cual deriva su equiparación a los actos jurisdiccionales, debe estar establecida expresamente en la ley ("Compete a la primera [Sala del Tribunal de Cuentas] entender en los juicios contencioso-administrativos en las condiciones establecidas por la ley de la materia", Art. 30 del C.O.J.).

A modo de ejemplo se puede mencionar que en cuanto a las resoluciones de los Jueces de Faltas Municipales y a las que dicte el Intendente Municipal en grado de apelación, está prevista la recurribilidad ante el Tribunal de Cuentas (Art. 103, de la Ley N° 1294/87).

Igualmente, las resoluciones del Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios son apelables ante el citado Tribunal (Cf. Art. 64 de la Ley N° 73/91).

Asimismo, las resoluciones del Consejo de Administración de la Caja de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la ANDE son apelables ante el Tribunal del Cuentas (Art. 22, de la Ley N° 71/68).

En el caso de la Caja Paraguaya de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Itaipú Binacional, una vez agotadas todas las instancias en sede administrativa. "queda expedita para el interesado la vía judicial ante el Tribunal de Cuentas" (Cf. Art. 25 de la Ley N° 1361/88).

De todos modos, debe tenerse en cuenta, que la promoción de la acción contencioso administrativa, dentro de nuestro sistema, implica la imposibilidad de provocar luego el control de constitucionalidad. En efecto, la instancia contencioso–administrativa se inicia ante el Tribunal de Cuentas, cuyas resoluciones son apelables ante la Sala Penal de la C.S.J. Pero lo decidido por ésta, como por cualquiera de las otras Salas, no es susceptible de ser atacado por la vía de la inconstitucionalidad (Cf. Art. 15, inc. b, y Art. 17 de la Ley N° 609/95).

En definitiva, tratándose de actos normativos de carácter particular, sólo puede exigirse el agotamiento de los recursos ordinarios (en nuestro caso, ocurrir previamente ante lo contencioso-administrativo), cuando la ley en forma expresa establezca la recurribilidad de las decisiones de la autoridad administrativa ante el Tribunal de Cuentas.

XVI. Efecto suspensivo.

En cuanto a los actos normativos, el Art. 553 del C.P.C. prescribe: *"La interposición de la demanda no suspende los efectos de la ley, decreto, reglamento, acto normativo o disposición impugnada, salvo cuando la Corte Suprema de Justicia así lo dispusiere, a petición de parte, porque su cumplimiento podría ocasionar al reclamante un perjuicio irreparable.*

En los mismos términos podrá conceder medidas cautelares, de acuerdo con las disposiciones de este Código."

La mera interposición de la demanda no tiene efecto suspensivo cuando se trata de actos normativos. Esto depende del criterio de la Corte Suprema.

En relación con los actos jurisdiccionales, el Art. 559 del C.P.C. establece: *"La interposición de la demanda tendrá efecto suspensivo cuando se tratare de*

sentencia definitiva, o de interlocutoria con fuerza de tal. En los demás casos no tendrá ese efecto, salvo que, a petición de parte, la Corte Suprema así lo dispusiere para evitar gravámenes irreparables."

Cuando se trata de una sentencia definitiva, la simple interposición de la demanda tiene efecto suspensivo, sin necesidad de pronunciamiento sobre el particular. Igual cosa ocurre cuando se trata de un auto interlocutorio con fuerza de sentencia definitiva, aunque en este caso sería necesaria una resolución que calificara al auto interlocutorio como tal. En cuanto a los demás autos interlocutorios, la decisión del efecto suspensivo depende del criterio de la Corte Suprema.

En lo referente a resoluciones recaidas en juicios de amparo en materia electoral, el artículo 73 de la Ley N° 635/95, dispone lo siguiente: *"La acción de inconstitucionalidad planteada contra resoluciones recaídas en un juicio de amparo no suspenderá el efecto de las mismas, salvo que, a petición de parte, la Corte Suprema de Justicia dispusiera lo contrario para evitar gravámenes irreparables de notoria gravedad que lesionen los intereses generales del país".*

En principio, en el caso mencionado la simple interposición de la acción no tiene efecto suspensivo, lo cual constituye una excepción a lo establecido en cuanto a las sentencias definitivas. El reconocimiento de tal efecto queda supeditado al criterio de la Corte Suprema, pero debe destacarse que la ley restringe en extremo tal facultad al admitir la posibilidad de suspensión de efectos sólo para evitar gravámenes irreparables, de notoria gravedad, que lesione los intereses generales del país.

XVII. Trámite en la acción de inconstitucionalidad

En cuanto a los actos normativos, el artículo 554 del C.P.C. dispone:

"La Corte Suprema sustanciará la demanda oyendo al Fiscal General del Estado, cuando se trate de actos provenientes de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial. Se oirá además, en su caso, a los representantes legales de las Municipalidades o corporaciones; o a los funcionarios que ejerzan la autoridad pública de la cual provenga el acto normativo, citándolos y emplazándolos en el asiento de sus funciones, para que la contesten dentro del plazo de diez y ocho días.

Si hubiere cuestiones de hecho que requieran ser aclaradas o probadas, la Corte ordenará las diligencias para mejor proveer que sean necesarias.

La Corte pronunciará su fallo bajo la forma de Acuerdo y Sentencia Definitiva, en el plazo de treinta días".

Dentro del régimen de la Constitución de 1967, el Fiscal General del Estado ejercía "la representación del Estado en las causas en que fuese demandante o demandado" (Art. 214, inc. 2). Éste era el fundamento para dar

intervención al Fiscal General cuando se trataba de actos provenientes de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial.

En la actualidad, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Constitución de 1992, "el Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado" (Art. 266). En nuestra opinión, esto constituye suficiente fundamento como para seguir manteniendo la práctica de darle intervención en las acciones de inconstitucionalidad relacionadas con actos emanados de los poderes del Estado, aunque el criterio es evidentemente diferente.

No sabemos hasta que punto se puede afirmar que la representación del Estado en su totalidad, en casos como los que estudiamos, debe quedar en manos de un funcionario como el Procurador General de la República, nombrado y removido por el Presidente de la República, e investido de la atribución de "representar y defender, judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República" (Cf. artículos 245 y 246 de la Constitución).

Ante estas circunstancias creemos que se deberían habilitar vías idóneas para dar intervención a representantes de los Poderes Legislativo y Judicial.

En relación con los actos jurisdiccionales, el artículo 558 del C.P.C., establece lo siguiente:

"Presentada la demanda, la Corte dispondrá que se traiga a la vista el principal y ordenará que se saquen compulsas del mismo, disponiendo la devolución de aquél para su prosecución, salvo que se trate de sentencia definitiva o de resoluciones con fuerza de tal o recaída en un incidente de los que suspenden el juicio.

Del escrito de demanda correrá traslado a la otra parte por el plazo de nueve días, y de los presentados por las partes se dará traslado por igual plazo al Fiscal General del Estado.

Con los escritos de referencia, o transcurridos los plazos para presentarlos, quedará conclusa la causa para definitiva.

Se observará además, en lo pertinente, lo dispuesto por este Código para la demanda y su contestación".

El artículo 560 del C.P.C. dice: *"La Corte Suprema pronunciará su fallo en la forma y en el plazo previstos en el artículo 554".*

En materia electoral, el artículo 72 de la Ley N° 635/95, prescribe:

"Presentada la demanda, la Corte Suprema de Justicia, previo traslado por el plazo de cinco días perentorios al Fiscal General del Estado, dictará sentencia

en el término de diez días. En todo lo demás, se aplicarán supletoriamente las disposiciones pertinentes de la Ley que Organiza la Corte Suprema de Justicia y el Código Procesal Civil".

XVIII. Excepción de inconstitucionalidad.

1. Las partes intervinientes en un proceso pueden provocar la cuestión de constitucionalidad por medio de la excepción de inconstitucionalidad.

Al respecto, la Ley Fundamental dispone que *"el procedimiento podrá iniciarse ... por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte"* (artículo 260, último párrafo).

En el mismo sentido, Ley N° 609, "Que organiza la Corte Suprema de Justicia", preceptúa lo siguiente: *"La Sala Constitucional tendrá competencia para conocer y decidir en las excepciones de inconstitucionalidad que se interpongan en cualquier instancia, ..."* (Art. 13).

En el Código Procesal Civil se establece lo siguiente: *"La excepción de inconstitucionalidad deberá ser opuesta por el demandado o el reconvenido al contestar la demanda o la reconvención, si estimare que éstas se fundan en alguna ley u otro instrumento normativo violatorio de alguna norma, derecho, garantía, obligación o principio consagrado por la Constitución.*

También deberá ser opuesta por el actor, o el reconviniente, en el plazo de nueve días, cuando estimare que la contestación de la demanda o la reconvención se funda en una ley u otro acto normativo inconstitucional por las mismas razones. Este plazo se computará desde la notificación de la providencia que tiene por contestada la demanda o la reconvención" (artículo 538 del C.P.C.).

"En segunda o tercera instancia el recurrido deberá promover la excepción al contestar la fundamentación del recurso, basado en las causas previstas en el artículo 538.

El recurrente deberá hacerlo en el plazo de tres días,cuando estimare que en la contestación se haya incurrido en dichas causas. A los efectos del cómputo

de este plazo, el Tribunal dispondrá que se notifique la contestación del recurso ... " (artículo 545 del C.P.C.).

2. Vemos, pues, que la excepción de inconstitucionalidad puede ser opuesta, en el marco de un proceso, en los casos que se mencionan a continuación:

a) Por el demandado al contestar la demanda, si estimare que ésta se funda en un acto normativo inconstitucional.

b) Por el reconvenido (actor) al contestar la reconvención, si estimare que ésta se funda en un acto normativo inconstitucional.

c) Por el actor cuando estimare que la contestación de la demanda se funda en un acto normativo inconstitucional.

d) Por el reconviniente (demandado) cuando estimare que la contestación de la reconvención se funda en un acto normativo inconstitucional.

e) En segunda o tercera instancia, por el recurrido al contestar la fundamentación del recurso, si estimare que ésta se funda en un acto normativo inconstitucional; y por el recurrente si estimare que dicha contestación incurre en el mismo vicio.

Como se aprecia, en el caso de la excepción de inconstitucionalidad, la cuestión de constitucionalidad debe suscitarse en el marco de un proceso, por iniciativa de las partes intervinientes en el mismo (actor o demandado, reconviniente o reconvenido, recurrente o recurrido) y en relación con un acto normativo reputado inconstitucional. La cuestión debe ser decidida, no por el juez de la causa, sino por la Corte Suprema de Justicia (o la Sala Constitucional).

3. Transcribimos a continuación otras disposiciones del Código Procesal Civil referentes a la excepción de inconstitucionalidad[21]:

---

[21] La "impugnación por vía de excepción" está regulada en el Código Procesal Civil en los artículos 538 a 549; también en los artículos 74 y 75 de la Ley N° 635/95; y en los artículos 12 y 13 de la Ley N° 609/95.

Art. 539: *"Traslado de la excepción y remisión a la Corte. Promovida la excepción el juez dispondrá la formación de expediente separado, el cual estará integrado con las compulsas de las actuaciones cumplidas hasta el momento de la oposición inclusive, y dará traslado a la otra parte y al Fiscal General del Estado, en este orden, por el plazo de nueve días, respectivamente.*

Contestados los traslados o vencidos los plazos para hacerlo, el juez remitirá sin más trámite dicho expediente a la Corte Suprema de Justicia".

Art. 540: *"Allanamiento a la excepción. Aun cuando la contraparte se allanare a la excepción, el incidente seguirá su curso. Al resolver, La Corte Suprema de Justicia impondrá las costas en el orden causado".*

Art. 541: *"Desistimiento de la excepción. En cualquier estado de la tramitación del incidente, el excepcionante podrá desistir del mismo.*

Si el desistimiento se produjere en primera instancia, el juez dictará resolución poniendo fin al incidente y ordenando su archivo, sin perjuicio de la facultad que le confiere el artículo 18, inciso a), de este Código. Si se produjere ante la Corte Suprema de Justicia, ésta podrá hacer uso de su facultad de declarar de oficio la inconstitucionaldad ...".

Art. 542: *"Forma y contenido de la decisión. La Corte Suprema de Justicia dicatará resolución bajo la forma de sentencia definitiva, dentro de los treinta días de recibido el expediente. Si hiciere lugar a la excepción declarará la inconstitucionalidad de la ley o del instrumento normativo de que se tratare, y su consecuente inaplicabilidad al caso concreto.*

Cuando se tratare de interpretación de cláusula constitucional, la Corte establecerá su alcance y sentido.

Art. 543: *"Efecto de la excepción. La interposición de la excepción no suspenderá el curso del proceso principal, que llegará hasta el estado de sentencia."*

Art. 562: *"Imposibilidad de interponer la acción si no se hubiese deducido la excepción. Si no se hubiese opuesto la excepción de inconstitucionalidad en la oportunidad establecida por el artículo 538 y el juez o tribunal resolviese la cuestión aplicando la ley invocada por la contraparte, no podrá impugnarse la resolución por vía de acción de inconstitucionalidad."*

En la Ley N° 635/95 encontramos las siguientes normas:

Art. 74: *"Excepción.Procedencia y oportunidad. La excepción de inconstitucionalidad deberá ser opuesta por el demandado o el reconvenido al contestar la demanda o la reconvención en los juicios del Fuero Electoral."*

Art. 75: *"Trámite y plazos. Opuesta la excepción el juez o tribunal, en su caso, procederá conforme con lo dispuesto en el artículo 539 del Código Procesal Civil, salvo en el plazo, que será de tres días perentorios.*

En todo lo demás, se aplicarán supletoriamente las disposiciones pertinentes de la Ley que organiza la Corte Suprema de Justicia y el Código Procesal Civil, salvo en lo relativo al plazo para resolver, que será de diez días perentorios."

XIX. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

1. Cuando se trata de *actos jurisdiccionales*, la declaración de inconstitucionalidad produce como efecto la nulidad; las sentencias son declaradas inconstitucionales, y como consecuencia de ello, nulas.

Esto está fundamentado en las siguientes normas jurídicas:

Art. 260, ap. 2, de la Constitución:

"Son deberes y atribuciones de la sala Constitucional:

... 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución".

Art. 556 del Código Procesal Civil:

"La acción procederá contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando:

a) por sí mismas sean violatorias de la Constitución; o

b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrarios a la Constitución en los términos del artículo 550".

Art. 560 del Código Procesal Civil:

"Si hiciere lugar a la inconstitucionalidad, declarará nula la resolución impugnada, mandando devolver la causa al juez o tribunal que le siga en orden de turno al que dictó la resolución para que sea nuevamente juzgada ....

El juez o tribunal a quien fuere remitida la causa, podrá resolverla, si correspondiere, aplicando una norma jurídica diferente a la declarada inconstitucional."

Los problemas relacionados con la declaración de inconstitucionalidad realmente no se presentan aquí. Se trata de casos concretos y por supuesto la nulidad de las sentencias alcanza a las partes intervinientes en el caso.

La causa es devuelta al juez o tribunal que sigue en orden de turno al que dictó la resolución "para que sea nuevamente juzgada". La expresión precedente debe entenderse no sólo en el sentido de que habrá de dictarse nueva sentencia, sino también en el sentido de que, si fuere necesario, deberán subsanarse previamente los vicios que determinaron la nulidad del primer fallo.

El llamado "reenvío" ofrece dificultades cuando se trata de ciertas resoluciones de las cámaras legislativas, consideradas equivalentes a actos jurisdiccionales (v. gr. la resolución de la Cámara de Diputados por la cual se destituye a autoridades departamentales o municipales, Art. 165 de la Constitución; la resolución de la Cámara de Senadores en virtud de la cual se separa de su cargo a un funcionario como resultado de un juicio político, Art. 225

de la Constitución.)

En el caso de sentencias del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, cuya inconstitucionalidad y consiguiente nulidad fuere declarada, dicho órgano deberá integrarse con los suplentes a los efectos del reenvío.

2. En cuanto a los *actos normativos*, debemos referirnos en primer lugar a los casos en que la declaración de inconstitucionalidad sólo produce *efectos limitados o "inter partes"*. Esto significa inaplicabilidad al caso concreto. La declaración tiene este alcance en todos los casos que son resueltos por la Sala Constitucional, pero también puede tenerlo, aún cuando intervenga la Corte Suprema en pleno, si ella decide darle a la declaración un alcance restringido. Tampoco aquí existen dificultades, hay acuerdo en cuanto a que tratándose de actos normativos (leyes, decretos, etc.) los efectos alcanzan sólo al caso concreto; la norma no es derogada de hecho, sino que sigue vigente, sólo que no puede ser aplicada al caso respecto del cual se declaró la inconstitucionalidad.

Esto tiene su sustento en las siguientes normas jurídicas:

Art. 260, ap. 1°, de la Constitución:

"Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso."

Art. 555 del C.P.C.:

"La sentencia de la Corte Suprema sólo tendrá efecto para el caso concreto. En consecuencia, si hiciere lugar a la inconstitucionalidad, deberá ordenar a quien corresponda, a petición de parte, que se abstenga de aplicar en lo sucesivo, al favorecido por la declaración de inconstitucionalidad, la norma jurídica de que se trate".

Art. 542 del C.P.C.:

"Si (la C.S.J.) hiciere lugar a la excepción declarará la inconstitucionalidad de la ley o del instrumento normativo de que se tratare, y su consecuente inaplicabilidad al caso concreto".

3. a) Los problemas se presentan en relación con los *actos normativos* en cuanto se pretenda dar *efectos generales o "erga omnes"* a la declaración de inconstitucionalidad. En estos casos la declaración de inconstitucionalidad produce efectos derogatorios, es decir, equivale a derogar el acto normativo (ley, decreto, etc.).[22]

En general, cuando el órgano investido de la atribución de ejercer el control de constitucionalidad, es un Tribunal Constitucional, concebido como órgano extrapoderes, el criterio aceptado es que sus resoluciones producen efectos *"erga omnes"*. En cambio, cuando la función corresponde al máximo tribunal del Poder Judicial, se tiende a otorgar a sus resoluciones solamente efectos limitados, y existe resistencia a conferir efectos generales a las mismas.

b) La supuesta violación de la división de poderes. El principal argumento esgrimido por quienes sostienen que la declaración de inconstitucionalidad de un acto normativo pronunciado por un órgano jurisdiccional, no debe producir efectos *"erga omnes"*, consiste en afirmar que de ser así se produciría una grave violación de la división tripartita de poderes, ya que una declaración con tal alcance tiene efectos derogatorios.

---

[22] Bidart Campos dice: "Nosotros somos partidarios de los efectos erga omnes de la declaración de inconstitucionalidad, es decir, de la invalidación total y general de la actividad contraria a la Constitución, sea que esa actividad se haya ejercido con formas de ley, de decreto, de resolución, etc." (G. J. Bidart Campos, *Derecho de amparo*, Bs. As., Ed. Ediar, 1961, p. 130).

El mismo autor afirma que los efectos amplios o "erga omnes" de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad pueden consistir en: a) "que la norma general declarada inconstitucional quede automáticamente derogada"; b) "que si bien la declaración de inconstitucionalidad no deroga por sí misma ni directamente la norma general inconstitucional, obliga al órgano que la emitió a derogarla"; c) "que si bien la declaración de inconstitucionalidad no deroga la norma, ni tampoco obliga a derogarla, sienta jurisprudencia vinculatoria para los órganos judiciales que deben acatar obligatoriamente el pronunciamiento" (*El Derecho Constitucional del Poder*, Bs. As., Ed. Ediar, p. 317).

Para derogar una ley se necesita otra ley; y ésta sólo puede ser dictada por el Poder Legislativo. Una sentencia declarativa de inconstitucionalidad no podría tener nunca efectos derogatorios, pues ello importaría una flagrante violación del principio señalado, esto es, una injerencia del Poder Judicial en el ámbito que está reservado en exclusividad al Poder Legislativo.

Creemos que esto no es verdad, porque no existe con este tipo de declaración una invasión del ámbito de un poder por otro.

La Constitución establece el ámbito de ejercicio de atribuciones de cada uno de los poderes, y en cuanto cada órgano se mantenga dentro del ámbito que le es propio y exclusivo, ningún otro poder puede interferir en esa actividad. Pero, si los poderes se salen del círculo de sus atribuciones específicas, entonces sí se puede declarar la inconstitucionalidad de sus actos.

En forma más clara podemos decir: el Congreso tiene facultades para dictar leyes, pero no está autorizado a dictar cualquier tipo de leyes. Solamente puede dictar leyes que se enmarquen en la Constitución, es decir, leyes que sean constitucionales.

En tanto en cuanto el Congreso dicte leyes que sean inconstitucionales, no está obrando dentro del marco que la Constitución le fija, es decir, se está excediendo. Y el Poder Judicial no interfiere en el círculo propio del Poder Legislativo sino que, por el contrario, actuando como "custodio de la Constitución", está cortando lo que sobrepasa los límites de las atribuciones del órgano legislativo. Por eso, no hay ningún tipo de intromisión de un Poder en otro. Cuando cualquier otro Poder se sale del ámbito propio que le confiere la Constitución, al Poder Judicial le corresponde dejar sin efecto tales actos, sean del Poder Legislativo, sean del Poder Ejecutivo, como en el caso de una ley inconstitucional o de un decreto inconstitucional.

No vemos que el atribuir este tipo de efectos a una sentencia declarativa de inconstitucionalidad importe una violación del principio de división de poderes, pues sólo se refiere a actos inconstitucionales, es decir, a actos dictados por los otros poderes saliéndose de sus atribuciones, pues es evidente que dentro de ellas no puede estar la facultad de violar la Constitución. El control de

constitucionalidad busca en última instancia el restablecimiento del principio de supremacía de la Constitución en los casos en que ella ha sido violada.

c) Diferencia cuantitativa entre los efectos de los dos tipos de declaración de inconstitucionalidad. La declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o *"erga omnes"* produce, como ya hemos apuntado, efectos derogatorios, es decir, la norma reputada violatoria de la Ley Suprema es retirada del ordenamiento jurídico positivo y deja de tener vigencia para todos los casos futuros que eventualmente pudieran presentarse.

En cambio, la declaración de inconstitucionalidad con efectos limitados, sólo determina la inaplicabilidad de la disposición jurídica impugnada al caso concreto en estudio, pero en relación con todos los demás casos, la norma sigue vigente.

Se puede afirmar, entonces, que entre ambos tipos de declaración de inconstitucionalidad existe una diferencia cualitativa. Sin embargo, en cuanto a los efectos derivados de uno y otro, se puede sostener que en la práctica, la diferencia es más bien cuantitativa. La declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, priva de efectos a la norma cuestionada en relación con todos los casos que pudieran presentarse; la declaración con efectos limitados, se circunscribe a cada caso concreto. Pero no se debe olvidar que por acumulación de casos concretos -supongamos que una ley afecte a mil personas y todas ellas la impugnen- se puede lograr el mismo efecto de una declaración *"erga omnes"*, es decir, que la norma de hecho deje de tener vigencia. Esto demuestra que la diferencia en el aspecto cuantitativo, invocada como ventaja de lo restringido sobre lo amplio, puede ser superada en ciertos casos, equiparando en la práctica los efectos de uno y otro tipo de declaración de inconstitucionalidad.

Si aceptáramos el razonamiento precedente, no resulta lógico considerar que cuando la declaración produce efectos *"erga omnes"*, el ejercicio del control de constitucionalidad importa un atentado contra el principio de división de poderes y consagra un avance del órgano jurisdiccional en un campo reservado al Congreso; y, en cambio, cuando únicamente origina efectos *"inter partes"*, no se produce dicho atentado. Esta distinción no puede fundarse sólo en que los efectos del acto sean más amplios o menos amplios.

En todo caso, para ser coherentes, deberíamos hablar de que en los dos casos hay un atentado contra el órgano legislativo, porque tanto en uno como en otro, se deja sin efecto una disposición dictada por el Congreso. De manera que si bien la afirmación de que se hiere de muerte a la ley, se aplica en sentido estricto a la declaración de inconstitucionalidad con efectos *"erga omnes"*; no es menos cierto que la declaración con efectos *"inter partes"*, también hiere a la ley al privarle de efectos en un caso concreto.

Ya mencionamos que la acumulación de casos concretos puede producir efectos similares a la declaración con efectos generales. En ciertas situaciones incluso se llega al extremo de que el número de sujetos afectados por la ley es tan escaso, que la declaración de inconstitucionalidad con efectos limitados produce, de hecho, efectos *"erga omnes"*; v.gr.: una ley de expropiación, una resolución de

la Cámara de Diputados de destitución de un gobernador o de un intendente, etc.

En la experiencia paraguaya, el efecto derogatorio que implica la declaración en estos casos, ha producido cierta inquietud en el Congreso, pero hasta hoy la facultad de ejercer el control de constitucionalidad que tiene la Corte Suprema ha sido respetada.

d) Situaciones absurdas que puede provocar la declaración de inconstitucionalidad con efectos limitados. La declaración de inconstitucionalidad con efecto *"inter partes"* puede conducir a situaciones realmente absurdas. Como ejemplo cabe mencionar el caso del Partido Demócrata Cristiano. En 1990, unos pocos meses después de sancionado el Código Electoral, dicho partido político planteó una acción de inconstitucionalidad que nunca fue resuelta. Según parece, la Democracia Cristiana tenía razón, pero la declaración de inconstitucionalidad debía tener efectos *"inter partes"* y eso daba origen a una situación totalmente absurda.

La Democracia Cristiana cuestionaba la integración de la Junta Electoral Central. Como la declaración de inconstitucionalidad sólo producía efectos limitados, la consecuencia de este acto sería que la Junta Electoral perdería vigencia únicamente para la Democracia Cristiana, pero no para los demás partidos políticos. En estas circunstancias se podía imaginar dos soluciones: que la Democracia Cristiana se quedara sin posibilidad de participar de ningún acto eleccionario, con lo cual, después de reclamar y de obtener el reconocimiento de su derecho, se encontraría en una situación peor que aquella en que estaba antes; o que se creara otra Junta Electoral exclusivamente para la Democracia Cristiana. Ambas soluciones eran absolutamente absurdas.

Más recientemente, en el año 1994, la declaración de inconstitucionalidad de tres artículos de la Ley N° 296/94, que organiza el Consejo de la Magistratura, referentes al sistema de elección de los dos abogados que integran dicho órgano, condujo igualmente a una situación absurda.

Alrededor de 600 abogados promovieron la acción respectiva. En virtud de la sentencia N° 197, del 21 de julio de 1994, se hizo lugar a la demanda; pero la declaración de inconstitucionalidad fue pronunciada con efectos limitados. Es

decir, sólo beneficiaba a los accionantes. Para la gran mayoría de los abogados (el total se calculaba entre 3500 y 4000), los artículos cuestionados seguían plenamente vigentes.

En consecuencia, la Corte convocó a elección de los abogados que habrían de integrar el Consejo, de acuerdo con la ley. La inaplicabilidad de los artículos declarados inconstitucionales a los accionantes, significaba que éstos no estaban obligados a participar en las elecciones convocadas.

Otra solución no cabía. La Corte no podía convocar otro acto eleccionario, aunque fuera simultáneo, con un sistema de elección diferente (lo que constituía el punto cuestionado), para los 600 abogados demandantes, porque al proceder de este modo, estaría legislando.

La Constitución, de acuerdo con el artículo 262, in fine, confería al Congreso la facultad de establecer el sistema de elección de los integrantes del Consejo, y así lo hizo por medio de la Ley N° 296/94, que no había sido derogada. Existía, pues, un sistema de elección de los dos abogados; no había necesidad de que el Congreso estableciera otro, y la Corte no tenía atribuciones para hacerlo.

Los 600 abogados accionantes resultaron condenados por el absurdo de la declaración de inconstitucionalidad con efectos limitados.

e) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el Paraguay. En ocasión de discutirse en la Convención Nacional Constituyente de 1992, el tema del alcance de la declaración de inconstitucionalidad, se generó un prolongado debate acerca de si debía dársele efectos *"inter partes"* o efectos *"erga omnes"*. Efectuada la votación, triunfó la primera tesis.

El criterio prevaleciente entre los convencionales constituyentes quedó plasmado en el artículo 260 de la Constitución, que menciona como atribución de la Sala Constitucional, la siguiente: *"Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso"*.

La voluntad clara del constituyente era la de no dar efectos derogatorios a la declaración de inconstitucionalidad. Buscando imponer obligatoriamente esta tesis, se alude a lo expresado en los debates como si fuera la interpretación auténtica, cuando en realidad no es tal. Esto puede servir para desentrañar el sentido y alcance de una norma, pero no tiene carácter obligatorio, por lo menos, en el campo jurídico.

Ocurre que muchas veces en los debates se dice una cosa, y luego se escribe otra, o se escribe más de lo que se dijo. En estos casos, la norma adquiere vida propia más allá de lo que se expresó en los debates. Algo de esto sucedió en el tema de la declaración de inconstitucionalidad.

La forma en que están redactados los artículos constitucionales referidos al tema, permiten interpretar que la declaración de inconstitucionalidad puede tener efectos limitados o efectos generales.

Por una parte, la disposición contenida en el artículo 260, apartado 1, prescribe efectos limitados cuando se trata de la declaración de inconstitucionalidad de "leyes y de otros instrumentos normativos". Pero puede afirmarse que en este supuesto, la declaración produce como efecto únicamente "la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso", porque ella es pronunciada por la Sala Constitucional y no por la Corte en pleno.

Por otra parte, el artículo 132 de la Constitución dice: *"La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley".* El artículo 259 de la Constitución cita entre las atribuciones de la Corte la de *"conocer y resolver sobre inconstitucionalidad"* (inciso 5).

Además, el artículo 137 de la Constitución, expresa en su último párrafo lo siguiente: *"Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución".*

Bien cabe la interpretación de que lo dispuesto en los artículos 132 y 259,

inciso 5, de la Ley Suprema, en concordancia con lo expresado en el artículo 137, último párrafo, otorgan a la Corte, actuando en pleno, la facultad de declarar la inconstitucionalidad con efectos "erga omnes".

El artículo 259 de la Constitución al mencionar entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, la de *"conocer y resolver sobre inconstitucionalidad"* (inciso 5), no especifica nada en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad debe tener efectos limitados, como se tuvo el cuidado de establecer en relación con la Sala Constitucional. En este último caso la declaración no tiene más alcance que el de la inaplicabilidad de la norma cuestionada al caso concreto (Art. 260, ap. 1, de la Constitución).

Evidentemente se necesita un mecanismo que haga operativa la disposición contenida en el artículo 137, último párrafo, de la Constitución, que de otro modo quedaría sin posibilidad de aplicación práctica, como una mera declaración retórica. Creemos que vinculando dicha norma con lo preceptuado en los artículos mencionados con anterioridad (132 y 259 inc. 5, de la Constitución), se puede afirmar que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre inconstitucionalidad, cuando son adoptadas por el pleno, pueden tener alcance general, es decir, efectos *"erga omnes"*, efecto derogatorio del acto normativo impugnado.

Este es el criterio que el máximo órgano jurisdiccional sostuvo en algunos fallos. En efecto, existe, por lo menos, un antecedente jurisprudencial de la anterior Corte Suprema. La sentencia N° 183, del 1° de julio de 1994, en su parte resolutiva dice: "Hacer lugar a la demanda de inconstitucionalidad deducida y en consecuencia declarar la inaplicabilidad de la Ley N° 244/93, con el alcance previsto en el Art. 137 in fine, de la Constitución Nacional".[23]

En otras palabras, la Corte declaró que la Ley N° 244/93, referente a la organización de las Fuerzas Armadas, carecía de validez. Se sentó así una

---

[23] El citado Acuerdo y Sentencia N° 183 fue dictado en el expediente: "Acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 244/93, contra la Resolución de la Honorable Cámara de Diputados N° 60, de fecha 20 de noviembre de 1993 y la Resolución de la Cámara de Senadores N° 183, de fecha 9 de diciembre de 1993".

jurisprudencia novedosa: la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede tener efectos derogatorios. La Ley N° 244/93, sancionada por el Congreso, dejó de tener vigencia por resolución de la Corte Suprema de Justicia.

Siguiendo este mismo criterio la actual Corte Suprema dictó el Acuerdo y Sentencia N° 415 del 2 de diciembre de 1998, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 117. En su parte resolutiva dicho fallo dice: "Hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por el Congreso Nacional contra el Decreto N° 117 del 18 de agosto de 1998, dictado por el Poder Ejecutivo, con el alcance previsto en los artículos 137 in fine y 248 de la Constitución Nacional".

Bibliografía.

Bidart Campos, Germán J., *Derecho de amparo*, Bs. As., Ed. Ediar, 1961.

Bidart Campos, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, Bs. As.,Ed. Ediar, 2 ts., 1967.

Bidart Campos, Germán J., *La Corte Suprema, El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Bs. As., Ed. Ediar, 1984.

Bidart Campos, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Bs. As., Ed. Ediar, 1987.

Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Bs. As., Ed. Ediar, 2 ts., 1988.

Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional mexicano,* México, Edit. Porrúa, 3ª ed., 1979.

Cappelleti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado,* México, U.N.A.M., 1966.

Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, 23 de mayo-25 de agosto de 1967.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La Justicia Constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1994.

La Roche, Humberto J., "Técnicas de control de constitucionalidad en el derecho comparado", en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1979.

Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, Bs. As., Ed. La Ley S.A., 1967.

Lezcano Claude, Luis, "El control de constitucionalidad en el Derecho paraguayo", en *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, julio-septiembre de 1982, Año 5, No. 3.

Lezcano Claude, Luis, "Los efectos de las sentencias constitucionales sobre los poderes del Estado", en *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, octubre-diciembre de 1996, Año 19, No. 4.

Lezcano Claude, Luis, "La aplicación de la Constitución y la función jurisdiccional", en *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, noviembre de 1998, Año 21, N° 8.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, España, Edit. Ariel, 1979.

Mendonca J. C. , "El Control jurisdiccional de la Constitución. La regla en materia de competencia y su excepción", en *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, Paraguay, julio-setiembre de 1978, Año 1, N° 3.

Paniagua, Raimundo, "La inconstitucionalidad en el derecho paraguayo", en *La Ley. Revista Jurídica Paraguaya*, Asunción, julio-setiembre de 1978, Año 1, N° 3.

Pérez Guevara, Martín, "Bases normativas del control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela", en *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1979.

Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, Bs. As., Ediciones Depalma, 1987.

Sagües, Néstor Pedro,"Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial", en *La Ley argentina*, Bs. As., diario del 25 de septiembre de 1981, Bs. As.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional mexicano,* México, Edit. Porrúa, 1975.

Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional*, Bs. As., Ed. Depalma, 1976, 2 ts.

Legislación.

Código Procesal Civil.

Ley N° 609, Que organiza la Corte Suprema de Justicia, del 23 de junio de 1995.

Ley N° 635, Que reglamenta la Justicia Electoral, del 22 de agosto de 1995.

Ley N° 1084, Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados, del 25 de julio de 1997.

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Perú



LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO

Dr. Francisco Javier Acosta Sánchez
Presidente del Tribunal Constitucional del Perú

SUMARIO:

I. Introducción. II. Control concreto de inconstitucionalidad.II.1. Introducción. II.2 Naturaleza del control. II.3 Sujetos legitimados para la impugnación.II.4 Requisitos materiales para la admisión o ejercicio del control difuso. II.5 Características principales del procedimiento del control difuso. II.6 Normas susceptibles de ser inaplicadas a través del control difuso. II.7 Efectos de las sentencias o resoluciones de inaplicabilidad. II.8 Un problema en el control difuso en los procesos no constitucionales. II.9 el control difuso en los procesos constitucionales de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. II.10 El control difuso por el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de tutela de derechos a través del recurso extraordinario. II.11 Problemas en la legislación sobre el control difuso en los procesos constitucionales de tutela de derechos. II.13 ¿Puede ejercer el Tribunal Constitucional el control difuso en los otros procesos que conoce?. III. Control abstracto de constitucionalidad. III.1 Antecedentes. III.4 Órgano competente: el Tribunal Constitucional. III.4.1 Naturaleza. III.4.2 Competencia. III.5 La magistratura constitucional. III.5.1 Requisitos para la magistratura constitucional. III.5.2 Elección. III.5.3 Estatuto de los Magistrados: prohibiciones e incompatibilidades, independencia, inviolabilidad e inmunidad, derecho y prerrogativas. III.6 El proceso de inconstitucionalidad (acción de inconstitucionalidad). III.7 Normas objeto de impugnación. III.8 Control formal y material de constitucionalidad. III.9 Parámetro de constitucionalidad (el bloque de la constitucionalidad, los principios constitucionales). III.10 Sujetos legitimados. III.11 Representación de los sujetos legitimados.III.12 Requisitos y recaudos de la demanda. III.13 Calificación de la demanda. III.14 Traslado y contestación de la demanda. Vista de la causa.III.15 La sentencia: concepto, estructura, valor de cosa juzgada, efectos y publicación. III. 16 Sentencia: quórum, mayoría requerida, votos singulares y fundamentos de voto. III.17 Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. III.18 Características complementarias del proceso constitucional. III.19 Algunos desarrollos jurisprudenciales en las sentencias. IV. Los principales problemas que plantea el control de la constitucionalidad en el modelo peruano. IV.1 Votación requerida para la declaración de inconstitucionalidad. IV.2 Votación requerida para la modificación de jurisprudencia. IV.3 Necesidad de magistratura suplente. IV.4 El Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución. IV.5 Necesidad de la incorporación de una nueva competencia al Tribunal Constitucional: la "consulta" en el control difuso. Conclusiones. Bibliografía

I.INTRODUCCIÓN.

El punto de partida a efectos de comprender los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional peruano es el principio de supremacía constitucional en cuanto fundamento de aquél y premisa básica a partir del cual se explica la consagración de un sistema de control de la constitucionalidad dentro de un concreto sistema político. Así, el principio de supremacía constitucional constituye, en definitiva, el fundamento jurídico político de la existencia del control jurisdiccional de la constitucionalidad. Por esto, para comprender éste ha menester introducirnos en aquél dentro del ordenamiento jurídico peruano

El principio de supremacía constitucional, denominado también como principio de constitucionalidad, es un principio fundamental o, si se prefiere, materialmente constitucional, que constituye un elemento basilar del ordenamiento peruano. Se halla consagrado expresamente por la Constitución, cuyo artículo 51° lo enuncia en los siguientes términos:

"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.. "
Es en función de este principio que la Constitución se autodefine como la norma suprema del ordenamiento jurídico peruano y, por lo tanto, adquiere la virtualidad de norma vinculante *erga omnes*. Ahora bien, sentado el principio, es necesario la implementación de mecanismos orientados a preservarla y hacerla eficaz, dentro de ellos, tenemos por excelencia, a un mecanismo jurisdiccional que es el control de la constitucionalidad de las leyes
Es desde esta perspectiva que la Constitución ha diseñado un modelo de jurisdicción constitucional cuyo objeto radica precisamente en el control de la constitucionalidad de las leyes Este diseño, consagra simultáneamente el control difuso como el control abstracto, aquél como facultad inherente a todo juez y éste reservado al Tribunal Constitucional a través de los procesos de inconstitucionalidad que conoce de modo exclusivo. Tal esquema, ya durante la vigencia de la Constitución de 1979, fue calificado por el jurista Domingo García Belaunde, como un modelo dual o paralelo[1], por el hecho de la coexistencia de esas dos modalidades de control de constitucionalidad, lo cual también resulta válido para la configuración deparada por la actual Constitución de 1993, como el mismo se ha encargado de resaltarlo[2].

II. CONTROL CONCRETO DE INCONSTITUCIONALIDAD

II.1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico peruano existe el denominado control difuso de la constitucionalidad. En efecto, él sigue el modelo americano de la *judicial review* en el que todo juez se halla investido de la potestad de inaplicar una norma cuando considera que ella es incompatible con la Constitución.

El punto de partida para comprenderlo es que, a diferencia de algunos modelos como el de España e Italia, el control difuso no origina la denominada "cuestión de inconstitucionalidad", sino, por el contrario, se trata de una atribución de control reconocida a todo juez. En efecto, si durante la prosecución de un proceso, de la naturaleza que fuere, se presentara una incompatibilidad de la ley con la Constitución, esta situación no llega a constituir propiamente una cuestión incidental en el estricto sentido técnico jurídico de él, esto es, como un asunto aleatorio surgido dentro de un proceso judicial, el mismo que suspenda su resolución hasta en tanto la instancia competente haya resuelto la cuestión incidental. Claro está esto es lo que sucede en los sistemas que consagran la denominada "cuestión de constitucionalidad" como los antes señalados, que, ciertamente, no es el caso peruano.

En el ordenamiento jurídico peruano no existe una regulación autónoma y sistemática sobre el control concreto de la constitucionalidad, las normas que lo regulan se hallan dispersas en la Constitución y otras leyes. Así, nuestra norma fundamental enuncia al respecto, en el segundo párrafo de su artículo 138°, lo siguiente:

"En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior."

Este precepto constitucional halla concretización en una norma legal de origen preconstitucional que es la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), cuyo artículo 14° establece lo siguiente:

---

[1] García Belaunde, Domingo "El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú" en *IUS ET PRAXIS*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 13, Lima, 1989, pp.145 y ss.
[2] García Belaunde, Domingo "La jurisdicción constitucional en Perú" en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 837.

"De conformidad con el articulo 236° de la Constitución[3], cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aún cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trate de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular."

Sin duda, ésta es la norma que en mayor detalle regula el control difuso, que, no obstante, halla complemento en otras dos del Código Procesal Civil, una referida al recurso de casación y otra relativa a la consulta:

"Artículo 386°.- Causales.- Son causales para interponer recurso de casación:

1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;

2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o,

3 La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del artículo 236° de la Constitución."

"Artículo 408.- Procedencia de la consulta.- La consulta sólo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas:

1.(...)
2.(...)
3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; y,
4. (...)

También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema."

Esta norma viene a introducir una vía adicional por la que la Corte Suprema tendría bajo su competencia el control difuso de la constitucionalidad, esto es, a través del recurso de casación. Por tanto, los casos de control difuso llegan a conocimiento de la Corte Suprema a través de dos medios: consulta y casación.

Estas normas del Código Procesal Civil se hallan en plena compatibilidad con el enunciado del citado artículo 14° de la LOPJ, pues, como ésta, se orientan a que sea la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema la que tenga que definir la interpretación definitiva en el control concreto de la constitucionalidad, con exclusión de cualquier otro órgano. Esto con excepción de los casos en los que el Tribunal Constitucional ya declaró inconstitucional una norma, la cual no podrá ser inaplicada a través del control difuso (Art. 39° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Mención especial merecen las normas relativas a la Acción de Hábeas Corpus y Amparo que contemplan una regulación especial sobre el control difuso en dichos procesos, a ellos se dedicará un apartado especial.

---

[3] Se refiere a la Constitución de 1979, en la que el artículo 236° contenía un precepto análogo al 138° de la actual Constitución de 1993, esto es, atributiva del control difuso de la constitucionalidad a los jueces.

Lo anterior refleja de inmediato la ausencia de una regulación autónoma sobre el control difuso, en efecto, ella se halla desperdigada en varios cuerpos normativos como la LOPJ, la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, el Código Procesal Civil. Esto resulta inconveniente no sólo por razones prácticas, sino sobretodo porque se desconoce que el control difuso constituye un instituto con unas caracteristicas que requieren de una regulación normativa autónoma y exhaustiva, y porque, debido a su naturaleza, es un instituto propio de los mecanismos procesales para tutelar la supremacia constitucional, por lo que, en buena cuenta, es una materia propia de lo que puede ser un Código Procesal Constitucional.

II.2 NATURALEZA DEL CONTROL

Se ha discutido la naturaleza de este tipo de control, habiéndose propuesto al respecto que se trata de una excepción, de la proyección del principio de supremacia constitucional al ámbito jurisdiccional, o del ejercicio de un atributo propio de la función jurisdiccional[4].
Como de modo acertado se ha sostenido, el control difuso constituye una proyección del principio de supremacía constitucional al ámbito de la función jurisdiccional del Estado[5].
Esta caracterización resulta confirmada si se atiende a que en nuestro sistema, el ejercicio del control de inaplicabilidad, no genera un mecanismo procesal de orden incidental como el que surge en la denominada "cuestión de inconstitucionalidad".
Sin embargo, lo anterior no excluye que desde el punto de vista procesal tenga que señalarse que este tipo de control adquiere el carácter *incidental* en cuanto, como tal, no constituye el objeto de un proceso autónomo, sino de uno distinto que puede ser un proceso de naturaleza civil, penal, laboral, etc Es desde esta perspectiva que él reviste carácter incidental, no de un proceso autónomo, como en el caso del control abstracto de la constitucionalidad.
El ámbito de aplicación de este principio ha sido precisado de modo ilustrativo por Jorge Danós en los siguientes términos: "La gama de situaciones en que podría tener aplicación es bastante amplia y de ningún modo se reduce a consistir en un simple contraderecho del demandado (o procesado) puesto que no se dirige exclusivamente contra demandas, sino contra cualquier pretensión de alguna de las partes en las que se invoquen dispositivos inconstitucionales; inclusive, puede ir contra de normas de procedimiento. En síntesis tiene efectividad; para impedir la aplicación de cualquier norma (sustantiva o procesal), por cualquiera de las partes intervinientes de un proceso (demandante o demandado), en cualquier etapa del mismo."[6]

II.3 SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA IMPUGNACIÓN

La citada norma constitucional confiere a todo Juez, la potestad de ejercer el denominado control difuso de la constitucionalidad, siendo así una potestad ejercitable de oficio. Los "jueces" a los que alude dicha norma comprende lógicamente a todo órgano unipersonal (juez) o colegiado (Salas de las Cortes Superiores o de la Corte Suprema) del Poder Judicial, comprendería entonces a: jueces de paz, jueces de primera instancia, las Salas de la Corte Superior y de la Corte Suprema.
Pero además de los órganos jurisdiccionales mencionados, el control de inaplicabilidad puede ser incoado por los sujetos del proceso, esto es, tanto por el demandante como por el demandado (o procesado).
Al margen de lo anterior, podría plantearse la interrogante si, es valido dentro del ordenamiento, que el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura o la Justicia Militar, pueden válidamente ejercer el control difuso. Las normas del ordenamiento peruano no regulan tan extremo, sin embargo, si se atiende al hecho de que por mandato constitucional ellos son competentes para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en determinadas materias, se llegaría a admitir que si ostentan tal

[4] Cfr Danós Ordoñez, Jorge y Sousa Calle, Martha "El control normativo jurisdiccional de las normas con rango de ley" en Eguiguren Praeli, Francisco *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco Editores S.A., 1987, Lima, pp.298-299.
[5] Ibid., pp. 303 y 305.
[6] Ibid..p.304.

función; empero, aceptar tal tesitura interpretativa ¿no significaría acaso la fragmentación de la unidad interpretativa de la Constitución? Lo cierto es que no hay una previsión legal al respecto y, de pronto, sería más prudente que se abstengan de ejercer dicha facultad en tanto no se incorpore a nuestro sistema un mecanismo que permita al Tribunal Constitucional tener competencia de los casos que suponen el ejercicio del control difuso en cualquier tipo de procesos, para pronunciarse sobre este extremo, por ejemplo, a través de la remisión a su conocimiento a través de la consulta.

Lo anterior, desde luego, no implica desconocer que los supuestos en los que el Tribunal ha ejercido el control difuso es vinculante para todos los órganos que ejercen función jurisdiccional, pues, a tenor de la primera disposición general de la LOTC, los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a la interpretación de la Constitución que aquél efectúe en todos los procesos que conoce.[7]

II.4 REQUISITOS MATERIALES PARA LA ADMISIÓN O EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO

El conjunto de presupuestos que habilitan que alguna de las partes puedan plantear la incompatibilidad de la ley con la Constitución o para que el Juez pueda ejercer el control de inaplicabilidad no cuenta con una regulación sistemática y autónoma al respecto, sin embargo, en base a nuestro ordenamiento jurídico, los requisitos sustantivos para avaluar la constitucionalidad o no de una ley, ha de verificarse los siguientes extremos: la existencia de un concreto proceso en sede judicial, la situación objetiva de incompatibilidad entre una norma de jerarquía de ley o infralegal con la Constitución, que la inconstitucionalidad de una norma sea determinante en la resolución del caso; y, que la inconstitucionalidad resulte insalvable. Veamos.

a) La *existencia de un caso concreto*, es decir, de un proceso judicial de cualquier naturaleza (civil, penal, laboral, etc.)
b) La presencia de una *situación objetiva de inconstitucionalidad* de una norma a aplicarse en un caso concreto (Cfr. Art. 138, 2° párrafo, Constitución: "En todo proceso, de existir *incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal*, los jueces prefieren la primera,..."(cursiva nuestra)). Cabe precisar que el parámetro de evaluación de constitucionalidad incluirá, si las circunstancias del caso así lo ameritan, el denominado bloque de la constitucionalidad al cual menciona el artículo 22° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC).
c) La *inconstitucionalidad de una norma tiene que ser un aspecto principal de la cuestión controvertida* dentro de un proceso, y no accesorio, de modo tal que su resolución dependa de la inaplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. Por consiguiente, no corresponde aplicar dicho control si la norma a inaplicarse por inconstitucional no resulta determinante en la resolución del proceso, encontrándose, más bien, tangencial o de orden estrictamente secundario.
d) *La inaplicación como ultima ratio.* El control de inaplicabilidad deberá efectuarse solamente cuando no ha sido posible interpretar la norma cuestionada, de conformidad con la Constitución. Esto por virtud del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, por el cual, se presume que éstas y demás normas dictadas por el Estado son constitucionales, salvo prueba en contrario. Este principio, por lo demás, ha sido recogido legislativamente por la LOTC, cuya Segunda Disposición General establece que "Los jueces y tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional."

La concurrencia de estos tres últimos aspectos en la resolución de *un proceso*, de la naturaleza que éste fuere, habilitan para que el Juez ejerza dentro de él, el control de inaplicabilidad. En el ejercicio de este control es de suma importancia una aplicación ponderada y oportuna del principio de *iura novit curia*, de vital importancia, máxime, donde se halla de por medio valores y principios constitucionalmente tutelados. La

[7] El Tribunal Constitucional, en su condición de Juez, ejerce también el control difuso, por ejemplo, en los procesos de tutela de derechos como el proceso de amparo. V. infra.

importancia de ello radica en que, a través de él, la fuerza normativa de la Constitución resulta fortificada.

II.5 CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTROL DIFUSO

Como se tiene dicho, el control de inaplicabilidad no genera un procedimiento especifico como el de la denominada "cuestión de inconstitucionalidad" para resolverla; por tanto, en el supuesto de que dicho control fuera operado, el proceso discurre normalmente, pues la incompatibilidad es resuelta dentro del mismo proceso. En tal sentido, si la resolución de primera o segunda instancia, no es impugnada, arribará siempre en grado de consulta, a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. La regla es que todos los casos en los que se verifique este control, tengan que ser de conocimiento de esta Sala, esto alcanza a las sentencias de segunda instancia, incluso en el caso que contra éstas no quepa recurso de casación.[8]

Cabe señalar que la consulta sólo procede en los casos en los que se ha realizado el control difuso respecto de normas de rango de ley, pues en el caso de normas de rango inferior, no se precisa de ello.[9]

Por medio de la consulta, el expediente del proceso en el que se ha efectuado el control difuso es elevado a la Sala antes mencionada, realizado ello, se procede a la vista de la causa en audiencia pública, en la cual, las partes, si lo solicitan, pueden informar oralmente y exponer sus alegatos, luego de lo cual, la consulta es dejada al voto para su consiguiente resolución.[10]La Sala Constitucional y Social puede aprobar o desaprobar la resolución materia de consulta.

La circunstancia de que en algún proceso se efectuara el control difuso no da lugar a que la norma inaplicada suspenda su vigencia, no existe, pues, con motivo del control difuso una medida cautelar, que por lo demás, no puede efectuarse ni a través del control concentrado de la constitucionalidad. Ello no obsta, en los supuestos que esto proceda, el efecto de los procesos cautelares existentes en el sistema peruano, si bien debe advertirse que la provisión cautelar no afecta en absoluto la vigencia de la norma incompatible con la Constitución.

II.6 NORMAS SUSCEPTIBLES DE SER INAPLICADAS A TRAVÉS DEL CONTROL DIFUSO

A través del control difuso no sólo se tutela el principio de supremacía de la Constitución, sino, en general, del principio de jerarquía normativa. Por ello, puede también efectuarse control difuso o de inaplicabilidad respecto de normas generales de rango o jerarquía inferior al de la ley, como por ejemplo, las normas reglamentarias emitida por el Poder Ejecutivo, esto es, los decretos supremos, los decretos de alcaldía reglamentarios de las ordenanzas municipales, las normas reglamentarias de las normas de carácter general emitidas por los gobiernos regionales, en cuanto éstos se constituyan y, además, otras normas administrativas de carácter general.

Ahora bien, el control de inaplicabilidad que nos interesa es el efectuado respecto a normas que tienen rango de ley, es decir: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter regional, ordenanzas y edictos

---

[8] Esto es así, en la medida de que uno de los supuestos en que procede el recurso de casación es precisamente frente a sentencias en las que se efectúa el control difuso.
Código Procesal Civil "Artículo 386°.- Causales.- Son causales para interponer recurso de casación: (...)
1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;
(...)
3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. *Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del artículo 236° de la Constitución.*" (cursiva nuestra)

[9] Cfr. Art. 14° LOPJ. *in fine*.

[10] Cfr. LOPJ Arts. 131 y ss.

municipales. Son éstas las normas que constituyen objeto del control abstracto de la constitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional, por lo que diferimos su tratamiento al ofrecido luego sobre el proceso de inconstitucionalidad.

II.7 EFECTOS DE LAS SENTENCIAS O RESOLUCIONES DE INAPLICABILIDAD

Los efectos de las resoluciones o de la sentencia que efectúa el control de inaplicabilidad, se limitan al caso concreto, es decir, es de efectos interpartes. Así lo establece el artículo 14° de la LOPJ, en la parte que enuncia que "(...)En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece(...)"

Sin embargo, cabe precisar que el artículo 22° de la citada ley orgánica, ha consagrado como principio general del derecho el de *stare decisis* o precedente vinculante. En efecto, dicha norma enuncia que:

"Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento(...)" (subrayados nuestros).[11]

Con este precepto legal, se ha venido a sancionar, en definitiva, la jurisprudencia en cuanto auténtica fuente de derecho, lo cual tiene un importante significado en el efecto de las resoluciones de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en las que se verifica el control difuso. En tal sentido, en virtud del citado artículo, la jurisprudencia que en materia de control difuso estableciera la mencionada Sala, resultará vinculante para las instancias del Poder Judicial, quiere decir esto que los casos análogos a aquél en el que se inaplicó determinada norma debido a su incompatibilidad con la Constitución, exigirán una consecuencia jurídica similar, bajo responsabilidad. De este modo, aunque la norma inaplicada continúa formalmente vigente en el ordenamiento jurídico, la consecuencia del principio de precedente vinculante es que esa norma ya no podrá ser aplicada y con ello, resulta virtualmente expulsada del ordenamiento jurídico. La consecuencia de este aspecto es que, los efectos prácticos del control difuso y los del concentrado o abstracto, tienden a asimilarse.

II.8 UN PROBLEMA EN EL CONTROL DIFUSO EN LOS PROCESOS NO CONSTITUCIONALES

Para plantear este problema, el punto de partida es entender que las normas declaradas inconstitucionales a través del control concentrado, no pueden ser inaplicadas y que, el eventual control difuso que haya efectuado con anterioridad el Poder Judicial no obsta, en absoluto, para que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la misma norma, si así lo estima, en la medida que él es el supremo intérprete de la Constitución. Esta eventual disonancia interpretativa es una consecuencia inadmisible en el ordenamiento

---

[11] El texto integro del citado artículo es el siguiente:

"Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan."

constitucional por dos razones. La primera es el peligro que conlleva para el sistema jurídico el hecho de que se ofrezcan dispares interpretaciones de la Constitución que no viene sino a socavar su propia fuerza interpretativa y, además, de que ello conllevaría un atentado contra el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Adicionalmente a lo anterior, debe repararse en el hecho de que el control difuso efectuado por el Poder Judicial, no va llegar a conocimiento del Tribunal Constitucional, sino a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, en grado de consulta. Por tanto, cabe señalar que en este supuesto no es el Tribunal Constitucional el que decide el sentido final de la Constitución, sino otro órgano, con lo que adviene en un intérprete más, concurrente con éste, y no en el supremo intérprete tal cual es su condición. Por lo demás, esto ocasiona interpretaciones eventualmente contradictorias sobre la Constitución.

Pensamos que estos problemas derivados de la inaplicación hallan origen en que el control difuso y el control concentrado desenvocan en dos órganos diferentes (Corte Suprema y Tribunal Constitucional, respectivamente) que resultan, finalmente, en dos titulares de la interpretación definitiva de la Constitución. He ahí el problema, en los sistemas de control concentrado esto no sucede porque ello está reservado al Tribunal Constitucional a través de la cuestión de constitucionalidad y por otra, en los del control difuso como el de norteamérica o el argentino, esto no sucede, debido a que será la Corte Suprema, la que finalmente conozca, sin disputa en la actividad interpretativa por otro órgano de función jurisdiccional.

Es oportuno mencionar que el artículo 14° de la LOPJ nace al amparo de una concepción en la cual la Corte Suprema se constituye el titular de la última palabra, en materia de control difuso de la constitucionalidad, es decir el intérprete último, por lo menos, en esta modalidad de control. Por cierto, en este caso, no se hacía sino guardar una línea consecuente de desarrollo de la *judicial review* en el que es finalmente la Suprema Corte Norteamericana la que ostenta la condición de intérprete supremo de la Constitución. De este modo, la forma en la que se regulaba el control difuso de la constitucionalidad sólo trataba de ser fiel con el modelo que le servía de inspiración; empero, ello, sin advertir que, a diferencia del modelo norteamericano, frente a la Corte Suprema se tenía otro órgano constitucional que también tendría la palabra final en la interpretación de la Constitución, el que entonces fuera el Tribunal de Garantías Constitucionales, si bien, sólo a través del control abstracto o concentrado. Esta dualidad de titulares de la interpretación final de la Constitución, al parecer no fue debidamente aquilatada en relación a las disfuncionalidades que en materia de interpretación de la Constitución podía generar, extremo que, ciertamente, se plantea también con el actual Tribunal Constitucional.

II.9 EL CONTROL DIFUSO EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE AMPARO, HÁBEAS DATA Y ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, merece especial atención el control difuso en los procesos constitucionales de tutela de derechos, como el hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, esto, debido al rol fundamental que dicho control desenvuelve en la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, el artículo 3° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, ley N.° 23506, establece que:

"Las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento."

De este modo, se incardina en los procesos constitucionales de derechos, una modalidad de control indirecto de la constitucionalidad, de modo tal que a través de ellos se tutela simultáneamente, los derechos de la persona así como la jerarquía de las fuentes y, concretamente, la supremacía de la Constitución. Es oportuno precisar que en esta forma se consagra un género de proceso constitucional contra actos basados en normas incompatibles con la Constitución, mas no una modalidad de proceso subjetivo (tuitivo de derechos) encaminado directamente contra dichas normas, como es el caso del denominado amparo contra leyes del derecho mexicano.

Los presupuestos sustantivos a partir de los cuales procede efectuarse son similares *mutatis mutandi* a los antes señalados respecto al control difuso en los procesos ordinarios. Estos es:

a) Que se haya iniciado un *proceso constitucional de tutela de derechos* (hábeas corpus, amparo, hábeas data, o de cumplimiento) por el que se demanda tutela jurisdiccional frente a un acto lesivo conculcatorio de algún derecho constitucional.
b) Que el *acto lesivo* (violación o amenaza de violación) consista en un *acto aplicativo de una norma incompatible con la Constitución*. No se trata de cualquier acto lesivo, sino de aquél efectuado en aplicación de una norma considerada inconstitucional.[12] Es en esta peculiaridad del acto lesivo denunciado, donde se evidencia la inescindible relación entre el objeto de tutelar el derecho fundamental con la consiguiente inaplicación al caso de la norma que sustenta tal acto.
c) Que se trate de una *incompatibilidad inexorable o ineludible con la Constitución*, sólo en tanto no sea posible interpretar la norma en cuestión, de conformidad con la propia Constitución. Si bien debe precisarse que en este caso tendrá que matizarse la ponderación del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes debido al valor de los derechos cuya tutela se halla de por medio y, de ese modo, ceder relativamente, ante el principio de *favor libertatis* o *pro homine*.

En cuanto a la forma en la que se opera el control de la *inaplicación* no precisa la formación de un proceso incidental, a cuya resultas se tenga que suspender el proceso principal (amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento), sino que debe ser resuelto dentro de él mismo.

La resolución que en estos casos estima la demanda, sólo tiene efectos interpartes o limitados al caso concreto, pues, "(...)no derogan ni anulan las normas, sino que únicamente se limitan declarar su no aplicación al caso concreto.(...)"[13] Es decir, la norma inaplicada continúa formalmente vigente dentro del ordenamiento, no obstante, como ya se dijo, la eficacia práctica de estas resoluciones trascienden el caso concreto y tienen un efecto análogo al derogatorio a través del control concentrado de la constitucionalidad; pues, por virtud del principio de precedente vinculante, la norma inaplicada no podrá serlo válidamente en procesos ulteriores, en cuanto, a tenor de la Ley Complementaria de Hábeas Corpus y Amparo, "Lo resuelto en definitiva en estos casos servirá como precedente para situaciones análogas." (Art. 5°) y porque la jurisprudencia que en procesos de tutela de derechos fija principios de alcance general son de observancia obligatoria.[14] Esto no obsta, empero, que la judicatura pueda apartarse del precedente establecido,[15] esto es de la inaplicación efectuada; aunque una recta interpretación de esta facultad sugiere que ello sólo sea aceptable si las razones jurídicas (modificación de la norma) o fácticas (mutación de valores, etc) han variado sustancialmente.

Estas resoluciones son publicadas en el diario oficial *El Peruano*, como todas las resoluciones finales, consentidas y ejecutoriadas, recaídas en procesos constitucionales de tutela de derechos, por mandato de ley.[16]

La importancia del control difuso en los mencionados procesos constitucionales, radica en que son precisamente los procesos que tienen por objeto la tutela de derechos fundamentales, y no procesos de otra naturaleza, en los que puede resultar particularmente oportuno y eficaz su ejercicio, mas aún, si se repara que el mayor porcentaje de acciones de garantía se orientan contra el Estado, donde ciertamente el origen del acto lesivo no siempre puede radicar en el acto de aplicación de una norma, sino en ésta, ya cuando contraviene la Constitución o la ley, como sucede, por ejemplo, a través de leyes u otras normas generales infralegales. Por esto, este mecanismo de control tiene medular importancia para la consolidación del Estado Constitucional de Derecho en el sistema constitucional peruano.

---

[12] Éste es el extremo de su procedencia que precisa el citado artículo 3° de la ley N° 23506.
[13] Art. 5° de la ley complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 25398).
[14] Art. 9° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 23506).
[15] Art. 9° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 23506) y Art. 8° de su ley complementaria (N° 25398).
[16] Art. 42° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

II.10 EL CONTROL DIFUSO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS A TRAVÉS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

El Tribunal Constitucional ha ejercido en algunos casos el control difuso. Esto ha sucedido en casos muy significativos como los de materia tributaria en donde se hallaban de por medio la tutela de derechos fundamentales frente a la potestad tributaria del Estado.

Lo que este género de decisiones ha dejado en evidencia es el doble carácter de los procesos constitucionales de tutela de derechos, en especial del amparo, pues, a través de él, se ha resguardado simultáneamente, los derechos fundamentales implicados en cuanto intereses jurídicos subjetivos, y la regularidad del proceso de producción del derecho, de modo tal que se respete el principio de jerarquía de fuentes.

En estos casos, el Tribunal Constitucional se ha considerado del todo habilitado a ejercer el control difuso de la constitucionalidad. Esta tesitura interpretativa ha sido reivindicada en diferentes sentencias, dentro de las que, por su contundencia, podría citarse las siguientes:

En el caso de doña Inés Tello de Ñecco contra el Jurado de Honor de la Magistratura, el Tribunal sostuvo "Que, el artículo 138, segundo párrafo, de la Carta Fundamental consagra el principio básico de la Supremacía Constitucional , por el que cualquier norma o acto de los poderes constituidos quedan subordinados a la Constitución; que el artículo 3° de la Ley N° 23506 prescribe que las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma incompatible con la Constitución" (primer Fundamento de la Sentencia recaída en el Exp. N° 056-97-AA/TC).

En el caso del Personal de Activos, Jubilados y Cesantes de ENACE contra el Supremo Gobierno, sostuvo el Juez de la Constitución, "Que, por medio de la acción de amparo, lo que sí cabe es solicitar la inaplicabilidad de la norma legal cuya ejecución puede vulnerar algún derecho protegido por la Constitución, (...)" (cuarto Fundamento de la Sentencia recaída en el Exp. N° 278-93-AA/TC).

A su vez, en el caso de Constructora Inmobiliaria Valle del sur S.R.Ltda. contra el Ejecutor Coactivo del IPSS, señaló que "(...) cualquier tipo de norma es pasible de ser evaluada constitucionalmente por vía del control difuso cuando su vigencia coloca en entredicho algún derecho fundamental conforme lo dispone el artículo 3° de la Ley N° 23506 (...)" (quinto Fundamento de la sentencia recaída en el Exp. N° 461-96-AA/TC).

Reconociendo de modo expreso el poder-deber del control de inaplicabilidad, sentenció en el caso Cía Urbana de Rentas Perú S.A. y Cía de Inversiones Montealegre Perú S.A. contra el Supremo Gobierno, "Que la facultad de no aplicar una norma por no ser compatible con la Constitución en procesos como el amparo, cuya competencia es reconocida a los jueces y magistrados del Poder Judicial, y de este mismo Colegiado, no puede realizarse en forma abstracta sino como resultado de la existencia de una situación concreta de hechos, cuya dilucidación exige la aplicación de una norma legal, (...)" (subrayados nuestros) (tercer Fundamento de la sentencia recaída en el Exp. N° 314-93-AA/TC,).

Es de este modo en el que ha interpretado el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución así como el artículo 3° de la ley de Hábeas Corpus y Amparo. Con ello, en definitiva, la función de control de constitucionalidad que la Constitución y su Ley Orgánica le reconocen (Art. 201° y 1°, respectivamente), no se circunscribe únicamente al proceso de inconstitucionalidad, sino ha de proyectarse también en otros procesos constitucionales, y de modo muy significativo en lo que concierne a la tutela de los derechos fundamentales, frente a normas de rango de ley provenientes del poder ejecutivo y frente a las del legislativo, a través del recurso extraordinario.

Dentro de los casos en los que el Tribunal ha ejercido el control difuso de constitucionalidad de normas con rango de ley, podemos referirnos a algunos. Cabe resaltar que un conjunto importante de estas sentencias fueron expedidas en procesos de amparo sobre materia tributaria. Así sucedió en la sentencia recaída en el caso Fábrica de Hilados y Tejidos Santa Clara (Exp. N° 646-96-AA/TC), en el que se concluye en que el impuesto mínimo a la renta establecido por el artículo 109° del decreto legislativo N° 774 resulta confiscatorio y por ello, atentatorio del principio constitucional de no confiscatoriedad, por lo que, en ejercicio del control difuso, inaplica por inconstitucional la citada norma, en virtud de la cual se había emitido las actos administrativos consistentes en las órdenes de

pago que disponian la cancelación de tal impuesto, disponiéndose consiguientemente la nulidad de dichas órdenes. Este precedente fue seguido en el caso Textil del Pacífico S.A. (Exp. N° 680-96-AA/TC), asi como en los de Consorcio Textil del Pacífico S.A. (Exp. N° 485-96-AA/TC) y Compañía Textil El Progreso S.A. (Exp. N° 1023-96-AA/TC).

Igualmente, en materia tributaria, en la sentencia recaída en el caso de Embotelladora Piura S.A. contra el Supremo Gobierno (Exp. N° 464-96-AA/TC), se declara inaplicable los artículos 1° y 3° del decreto legislativo N° 796, sobre Impuesto de Promoción Municipal Adicional, por considerarlos atentatorios al derecho de inmutabilidad de los términos contractuales (Art. 62°, Constitución) y del derecho a la igualdad. De modo análogo, esta tesitura es seguida en la sentencia dictada en el caso de Duilio Cuneo y Cía. S.C.R. Ltda. (Exp. N° 780-96-AA/TC).

Por otro lado, en la sentencia dictada en el caso Inés Tello de Ñecco contra el Jurado de Honor de la Magistratura (Exp. N° 056-97-AA/TC), se tuvo la ocasión de inaplicar por inconstitucional una norma (inc. 6 del Art. 177°) de la Ley Orgánica del Poder Judicial por considerar que ella contravenía el principio de presunción de inocencia enunciado por la Constitución (Art. 2°, inc.24, lit."e").

Otro es el de la sentencia recaída en el caso Constructora Inmobiliaria Valle del Sur S.R.Ltda. contra el Ejecutor Coactivo de lo que en aquél tiempo fuera el Instituto Peruano de Seguridad Social (Exp. N° 461-96-AA/TC), en esta ocasión, el Tribunal Constitucional inaplica por inconstitucional diversos artículos (3°,6°,7°,8° y 11°) del entonces vigente Decreto Ley N° 17355, sobre procedimiento de cobranza coactiva, por considerar que dichas normas resultaban insuficientes para garantizar el ejercicio adecuado del derecho de defensa.

El control difuso o concreto efectuado por el Tribunal Constitucional no se circunscribió a las normas de rango de ley provenientes de los poderes ejecutivo y legislativo, sino también alcanzó a las originadas en las municipalidades, concretamente, a través de la inaplicación de normas generales por ella emitidas (ordenanzas, edictos). Así sucedió en la sentencia dictada en el caso de lo que fuera el Instituto Peruano de Seguridad Social contra la Municipalidad Distrital de Jesús María (Lima) (Exp. N° 916-97-AA/TC), en el que se declaró inaplicables dos Ordenanzas Municipales (Nos. 003-96 y 008-96) por ella emitidas, considerando que limitaban el derecho de propiedad constitucionalmente tutelado (Art. 70°, Constitución).Del mismo modo, en la sentencia recaída en el caso de Juan Paniagua Corazao y otro, contra la Municipalidad Distrital de La Molina (Lima) (Exp. N° 297-96-AA/TC), se declaró inaplicable un edicto municipal (N° 001-94) expedido por dicha Municipalidad, fundamentando su decisión en que aquél habia sido dictado sin sujeción al principio de legalidad que las municipalidades deben respetar en el ejercicio de sus potestades tributarias (Art. 74°, Constitución).

Si es que habría que precisar un requisito esencial para la procedencia del control difuso en los procesos de tutela de derechos como el de amparo, a partir de jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, él radica en la necesidad de la existencia de un caso concreto (un proceso de amparo, por ejemplo) cuya resolución de mérito o de fondo dependa de la inaplicación de la norma incompatible con la Constitución. De lo contrario, en casos en los que no medie el acto de aplicación de la norma incompatible con la Constitución, el Tribunal ha declarado improcedente las demandas correspondientes, pues ello supondría una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, supuesto éste reservado para el proceso de inconstitucionalidad y, además, porque en principio, como se dijo, no procede el amparo contra normas de rango de ley.

Que el Tribunal Constitucional haya ejercido en los casos citados el control difuso de la constitucionalidad tiene un especial significado en la medida que la interpretación constitucional por él efectuada tiene fuerza vinculante respecto al Poder Judicial en mérito a la primera disposición general de la LOTC, aspecto que se imbrica con su carácter de supremo intérprete de la Constitución[17]; por lo cual, la resultante concreta es que, por virtud de ese carácter vinculante, prácticamente, las normas mencionadas han quedado expulsadas del ordenamiento jurídico peruano, pues ellas no podrían ser válidamente aplicadas por magistrados del Poder Judicial, menos aún en sede de la administración pública. Desde

[17] Sobre el carácter de Supremo Intérprete de la Constitución del Tribunal Constitucional, Vid. Infra.

luego, esto no alcanza a disposiciones legales que ya han sido derogadas (así, el decreto ley 17355, por la nueva ley de procedimiento de cobranza coactiva), pero que en el momento en que el Tribunal las inaplicó tenían vigencia. En cuanto a normas aún vigentes, es de resaltar de modo muy significativo la ya mencionada norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero que, en casos análogos, no podría válidamente ser aplicada, pues de lo contrario se estaría procediendo en contra de lo preceptuado por la primera disposición general de la LOTC.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad, en algunos casos, de acudir al mecanismo de la inaplicación ante normas legales de carácter autoaplicativo, casos en los cuales, podría afirmarse que se ha introducido una forma débil de amparo contra leyes. Decimos esto, por cuanto el proceso de amparo, a tenor de la Constitución (artículo 200° . .inc. 2°) no procede contra normas legales, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ha proyectado también su poder-deber de control de inaplicabilidad en casos donde la arbitrariedad de la norma legal ha sido evidente y, correlativamente, suponía una total indefensión de tutela jurisdiccional dispuesta por la misma norma. Esto ha sido de especial significado en casos de Magistrados del Poder Judicial destituidos.

II.11 PROBLEMAS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE EL CONTROL DIFUSO EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS

La legislación vigente presenta algunos aspectos problemáticos no previstos. Este es el caso de las sentencias estimatorias en segunda instancia en las que se aplica el control difuso. De acuerdo a la cuarta disposición transitoria de la LOTC, los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, sólo tienen dos instancias en el Poder Judicial, luego de lo cual procede la interposición de recurso extraordinario a ser resuelto por el Tribunal Constitucional, pero únicamente, si la resolución de segunda instancia del Poder Judicial –que no necesariamente es una sentencia, sino también un auto de rechazo *in limine*- es denegatoria. Pero, qué sucede si, como planteamos, no es resolución denegatoria sino estimatoria y, por otra parte, en ella se ha aplicado el control difuso. La legislación vigente no ha previsto de modo específico este supuesto.

Al respecto podrían plantearse dos interpretaciones: la primera es la que, acorde con la cuarta disposición transitoria de la LOTC, lo resuelto en segunda instancia en sentido estimatorio concluya definitivamente el proceso, sin importar que dentro de él se haya aplicado el control difuso y, además, al margen de lo dispuesto por el artículo 14° de la LOPJ que prescribe que en todos los procesos donde ello haya sucedido y no ha mediado impugnación, se tenga que elevar en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. En este caso, la sentencia estimatoria de segunda instancia que aplicó control difuso e incluso la de primera instancia que fuera consentida, en la que también se operó tal control, permanecerán en ese nivel sin que sea elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social. La otra posible interpretación sería la que postule que, no cabiendo recurso extraordinario ante sentencia estimatoria, ésta tenga que ser elevada en consulta a la mencionada Sala de la Corte Suprema, en mérito al citado artículo 14° de la LOPJ. Ambas interpretaciones son posibles como lo demuestra el hecho de que dicha Sala haya asumido en alguna ocasión, simultáneamente, las dos posturas.[18] Sin embargo, la segunda tesis interpretativa tiene el efecto negativo de generar otro intérprete final de la Constitución en claro detrimento de la condición de supremo intérprete de la Constitución que ostenta el Tribunal Constitucional.

En la solución de este problema urge la inmediata reforma legislativa que posibilite que todos los procesos de tutela de derechos en los que se opera el control difuso, sean de

[18] Este fue el caso de la resolución de fecha 28 de abril de 1998 (Exp. 1245-95: Cotton Mill S.A. con Superintendencia Nacional de Administración Tributaria), en el cual, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema admitió y aprobó la consulta (aunque, en este caso, lo hizo sólo siguiendo la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ya había establecido sobre el control difuso respecto al artículo 109° del decreto legislativo N° 774, Vid. supra) y, el otro, es el de la resolución de fecha 03 de octubre de 1998 (Exp. 544-98: Juana Cecilia Bernal Hernández con Electronorte S.A.) en la que no admite la consulta porque, de acuerdo con los fundamentos del Fiscal en lo Contencioso Administrativo, entiende que ella no procede en el caso de las acciones de garantía, aún cuando sí para los procesos ordinarios.

conocimiento del Tribunal Constitucional, sobre lo cual volvemos luego. Pero, entre tanto, la única posibilidad, aunque poco satisfactoria, pero respetuosa de la legislación vigente y en especial de la forma en la que la Constitución atribuye al Tribunal el conocimiento de procesos constitucionales de tutela de derechos (recurso extraordinario), es que las sentencias de segunda instancia en las que se aplicó el control difuso permanezcan en tal estado de conformidad con la Cuarta Disposición Transitoria de la LOTC, lo cual comprende las sentencias de primera instancia consentidas en las se operó tal control. Con ello, se tiene, al menos provisionalmente, que la consulta que conoce la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, sólo procede respecto al control difuso efectuado en procesos ordinarios (civiles, penales, laborales, etc.), mas no respecto a procesos de tutela de derechos o acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento).

Claro está que, si precisamos la real magnitud del problema, éste se plantea respecto a los casos de control difuso sobre normas que no han sido aún objeto de dicho control, porque, las que lo fueron en sentencia del Tribunal Constitucional no representan demasiada gravedad en vista de que no hacen sino seguir la jurisprudencia por el establecida, salvo, claro está, de que se trate de una equivocada o meramente aparente aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal.

Por otra parte, cabe mencionar que el problema mencionado no se presenta en el caso de que los procesos constitucionales de tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), sean de conocimiento del Tribunal a través del recurso extraordinario.

Estos problemas de disonancia interpretativa que se genera en el control difuso nos colocan frente a la necesidad de la implementación de un mecanismo que los evite, lo cual será formulado en la última parte de este trabajo.

II.13 ¿PUEDE EJERCER EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EL CONTROL DIFUSO EN LOS OTROS PROCESOS QUE CONOCE?

Cabe interrogar si el Tribunal Constitucional puede ejercer el control difuso en los procesos que conoce. La legislación no restablece algo al respecto. La Constitución (art. 138°) sólo impone el control de inaplicabilidad a todos los Jueces así como el principio de supremacía constitucional (art. 51°). El punto de partida para ensayar una respuesta es que en los procesos de inconstitucionalidad, en principio, no puede inaplicar la norma objeto de impugnación del proceso. Si bien, esto resulta obvio en cuanto se entiende la naturaleza y el objeto del proceso de inconstitucionalidad, es preciso resaltar su absoluta improcedencia debido a que con en cierta ocasión, algunos Magistrados del Tribunal pretendieron declarar inaplicable una ley que era objeto de un proceso de inconstitucionalidad.
Ahora bien, tanto en el proceso relativo a conflictos de competencia y de atribuciones como en los recursos extraordinarios, él puede ejercer validamente el control difuso al que, por virtud del principio de supremacía de la Constitución, se halla sometido.

III. CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

III.1 ANTECEDENTES

A diferencia del control difuso de constitucionalidad, el control abstracto en el ordenamiento jurídico peruano es de reciente data. Fue la Constitución de 1979 la que lo introduce a través de la incorporación del denominado "Tribunal de Garantías Constitucionales", que tomó como referencia los modelos de control concentrado de la constitucionalidad, en especial el de España. La Constitución lo definía como "el órgano de control de la Constitución" (Art. 296°) y tenía competencia para el conocimiento de dos materias(Art. 298): las acciones de inconstitucionalidad y los recursos de casación ante resoluciones denegatorias de hábeas corpus y amparo dictadas por el Poder Judicial.

Este órgano ejerció sus funciones desde noviembre de 1982, hasta abril de 1992. Dentro de misma orientación ya iniciada con la Constitución de 1979, la Constitución de 1993, instituye el ahora denominado, Tribunal Constitucional. Esta opción constituyó una afirmacion a favor de Estado Constitucional de Derecho en el Perú porque, frente a ella, durante los debates de la constituyente de entonces, se propuso con vehemencia la idea de suprimirlo y sustituirlo con la asignación del control abstracto de la constitucionalidad a una Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República. Las razones de ello se hallaban esencialmente en la experiencia relativamente desalentadora del Tribunal de Garantías Constitucionales y, desde luego, también, en la ausencia de un cabal entendimiento de la importancia de esta institución dentro del esquema constitucional contemporáneo para la conservación del Estado Constitucional del Derecho y la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución. En este sentido, si es que ha de resaltarse de manera muy enfática algún aspecto de la Constitución de 1993 en lo concerniente a la jurisdicción constitucional, no cabe duda que ello corresponde al mantenimiento del control concentrado de la constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional está regulado por la Constitución, en su Título V y por su Ley Orgánica, la ley N° 26435, publicada el 10 de enero de 1995. Se instaló el 24 de junio de 1996 en la ciudad de Arequipa, fecha a partir de la cual viene ejerciendo sus funciones, aunque desde el veintinueve de mayo de 1997, debido a la destitución de tres de sus Magistrados, funciona sólo con cuatro Magistrados y, debido a ello no conoce por el momento las acciones de inconstitucionalidad, puesto que el quórum para resolver este tipo de procesos es de seis Magistrados.[19]

Debido al breve periodo durante el que ejerció su competencia en materia de control concentrado de la constitucionalidad, once meses aproximadamente, es poco lo que podemos destacar en relación a la experiencia jurisprudencial que se ha obtenido y sobre los problemas que podría hallarse respecto al proceso en sí, o alguno de sus institutos. En consecuencia, la problemática central a desarrollar en el presente punto se halla referida a los problemas que han imposibilitado un decurso normal del Tribunal peruano en el control concentrado de la constitucionalidad, sin que ello obste, desde luego, el tratamiento del proceso o acción de inconstitucionalidad y de sus principales aspectos.

III.4 ÓRGANO COMPETENTE: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El órgano competente para el conocimiento de los procesos (o acciones) de inconstitucionalidad es el Tribunal Constitucional, es un órgano constitucional autónomo e independiente y está compuesto por siete Magistrados elegidos por el Congreso para un periodo de cinco años. De él trataremos su naturaleza (status), competencias, requisitos para el cargo de Magistrado del Tribunal, su elección y finalmente, el estatuto de sus Magistrados (estatuto de los magistrados: prohibiciones e incompatibilidades, independencia, inviolabilidad e inmunidad, derechos y prerrogativas).

III.4.1 NATURALEZA

Nuestra norma fundamental define al Tribunal Constitucional como el "órgano de control de la Constitución" (Art. 201°), con mayor precisión, el artículo 1° de su ley orgánica enuncia que es el "órgano de control de la constitucionalidad".
Se está ante un órgano de naturaleza constitucional al que se ha atribuido la custodia de la Constitución, no frente a un órgano de "relevancia" constitucional. Es un órgano constitucional porque es un *órgano fundamental en la estructura del Estado que participa en la configuración del proceso de orientación política en un status de paridad e*

[19] Con fecha 29 de mayo de 1997, se publica la Ley No. 26801 que incorpora una disposición transitoria a la LOTC que habilita al Tribunal Constitucional para que continúe en ejercicio de su función jurisdiccional resolviendo los recursos extraordinarios y los conflictos de competencia con el quórum de cuatro miembros, esto, en tanto se cubran los cargos vacantes.

independencia respecto a otros órganos constitucionales y halla su configuración institucional nuclear en la propia Constitución.[20]

Es un órgano fundamental. porque conforma la estructura institucional básica del Estado como un elemento indispensable en el proceso de formación de la voluntad estatal, sin cuya presencia la parte orgánica de la Constitución pierde identidad o fisonomía. Esto es tan cierto por el tipo histórico del Estado contemporáneo, es decir, el de un Estado Constitucional de Derecho, en el cual resulta inconcebible que fundamenta el sistema constitucional peruano. Lo anterior se debe precisamente al hecho de que el Tribunal participa en la actuación y determinación de lo que doctrina italiana denomina como el proceso de orientación política (*indirizzo político*), esto es, la formación de la voluntad estatal como función soberana y subyacente a las funciones específicas por las que aquélla se exterioriza o manifiesta; aún cuando el Tribunal Constitucional debido a su función jurisdiccional no participa en la determinación positiva del mismo, incide en él y lo condiciona en la medida que la descalificación de normas o actos por inconstitucionales implica el rechazo de la orientación política subyacente a ellos,[21] o, eventualmente, su anuencia, si se confirma la constitucionalidad de aquéllos. El Tribunal Constitucional se halla en un status de paridad frente a los otros órganos constitucionales debido a que, al igual que ellos, se halla en el vértice de organización del Estado; en consecuencia, es un órgano autónomo e independiente respecto a aquéllos, conforme lo establece el artículo 201° de la Constitución. En coherente línea con ello, el artículo 1° de la LOTC, señala que "Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales" y -añade- "Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica". La mencionada autonomía es funcional, administrativa, de gobierno y económica (presupuestal); en el primer caso en cuanto autonomía en el ejercicio de su función jurisdiccional, sólo vinculada a la Constitución y a la ley, en el segundo, en cuanto capaz de administrar sus recursos y bienes y personal; de gobierno, porque elige los órganos que han de conducirlo (Presidencia y Vicepresidencia); y, económica, en virtud de que tiene asignado un presupuesto. Finalmente, en virtud de su naturaleza de órgano constitucional, los aspectos esenciales del Tribunal están contemplados por la propia Constitución, en efecto, ésta regula la composición, designación de sus miembros, status institucional, función y competencias, en sus artículos 201° y 202°, respectivamente. La configuración mínima o nuclear de los atributos institucionales del Tribunal no se origina en la ley, ni siquiera en su ley orgánica, sino en la Constitución.

Por lo dicho, el Tribunal Constitucional es un órgano constitucional, pero a la vez, es un órgano jurisdiccional en cuanto tiene como imperativo el control de la constitucionalidad a través de la función jurisdiccional, es un Tribunal, un Juez de la Constitución, y como tal, un órgano que a través de los procesos que tiene bajo su competencia se ocupa de tutelar la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales.

En síntesis, se trata de un *órgano constitucional con función jurisdiccional en materia connstitucional*, caracterización ésta que refleja su naturaleza dual, de órgano constitucional y órgano jurisdiccional.

III.4.2 COMPETENCIA

El sistema de competencias del Tribunal Constitucional es previsto por la Constitución bajo la modalidad de cláusula cerrada o de *numerus clausus*. Por tanto, el constituyente descartó *ab initio* la posibilidad de acudir al enunciado de competencias constitucionalmente

---

[20] Se aplica al Tribunal Constitucional peruano las consideraciones efectuadas respecto a la Corte italiana y al Tribunal español. Vid. Respectivamente Pierandrei, Franco "La Corte Costituzionale" (voz) en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, Vol. X, pp. 894 y sgte; García-Pelayo, Manuel "El 'status' del Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 1, Madrid, 1981, pp.11 y ss. Respecto al Tribunal peruano, en aplicación de estos mismos criterios V. Danós Ordóñez, Jorge "Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional" en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 10, CAJ, 199 , pp.292 y ss.

[21] Para Temistocles Martínez "Il controllo di costituzionalitá delle corti, quindi, si esercita sull'atto sottoposto al loro giudizio ma si estende anche a quel settore dell'indirizzo politico del quale l'atto e espressione; ne deriva che la dichiarazione d'illegittimita costituzionale dell'atto e, al tempó stesso, dichiarazione d'illegittimita costituzionale del'indirizzo politico in esso obiettivizato."(subrayado nuestro) Martínez, Temistocles "Indirizzo politico" (voz) en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffre, Milano, 1971.T.XXI, pp. 160-161.

establecidas junto a una remisión al legislador, para que él pudiera conocer "otras que la ley establezca". Cabe señalar que este aspecto reviste singular importancia para la dogmática constitucional, pues en virtud de él, queda proscrita la posibilidad de que pudiera incorporarse, válidamente, otras competencias al Tribunal, a través de otras formas legislativas que no sea la vía de la reforma constitucional.

Conforme al artículo 202° de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional:

1) Conocer, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad
2) Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.
3) Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignada por la Constitución, conforme a ley.

Sin duda, esta configuración de competencias del Tribunal Constitucional supera a aquélla diseñada por la Constitución de 1979 para su precedente, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Y ello, concretamente en dos aspectos: el conocimiento de los conflictos constitucionales de atribuciones y competencias y el de los recursos extraordinarios, en calidad de instancia. En efecto, el Tribunal de Garantías carecía de competencia en materia de conflictos constitucionales, la cual, además, como tal, no existía en la Constitución de 1979; por otra parte, en cuanto a resoluciones denegatorias conocía únicamente en casación, mas no en condición de instancia; aspectos éstos que convergen en un Tribunal dotado de competencias ampliadas en una dirección más auspiciosa con la protección de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales.

Como puede apreciarse, el conjunto de competencias atribuidas al Tribunal Constitucional comprende el núcleo básico de las que un órgano de tal naturaleza se halla investido, es decir, control normativo, tutela de derechos constitucionales y conflictos constitucionales; el primero a través de la acción o proceso de inconstitucionalidad, el segundo por medio del recurso extraordinario; y, el último, a través del conflicto de competencias y atribuciones. Es por medio del conocimiento de estos tres aspectos que el Tribunal ejerce su función jurisdiccional de "control de la constitucionalidad", pues en cada uno de ellos no hace sino tutelar jurisdiccionalmente principios, valores y, en general, intereses constitucionalmente protegidos.

Que estas competencias sean el minimun competencial indispensable, no significa que no haya carencia de otras que son también propias de la materia constitucional y que, además, son necesarias para un adecuado funcionamiento de la jurisdicción constitucional en nuestro sistema, tal como lo exponemos luego.

III.5 LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

III.5.1 REQUISITOS PARA LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

Para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema de la República[22]. Estos requisitos son:[23]ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años, haber sido Magistrado de la Corte Suprema o Fiscal Supremo, o Magistrado Superior o Fiscal Superior durante diez años; haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años. Los requisitos atinentes a una dilatada experiencia profesional del derecho ya sea en el ejercicio forense, la judicatura, el ámbito académico, se deben a la elevada idoneidad profesional que se necesita para la magistratura constitucional, ello en coherencia con la exigencia de que, como señala Hans Kelsen, el Tribunal se componga de juristas eminentes. Aquí, la idoneidad profesional funciona como garantía de idoneidad del Tribunal en su función jurisdiccional y ciertamente, de la independencia de sus Magistrados.

Correlativamente, se hallan impedidos de acceder a la magistratura constitucional[24]: Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público que no han dejado el cargo con una año de antelación a su postulación, o, si fueron objeto de separación o destitución por

[22] Constitución Art. 201°
[23] LOTC Art. 10°
[24] LOTC Art. 11°

medida disciplinaria; abogados inhabilitados por sentencia judicial; quienes han sido condenados o se encuentren procesados por delito doloso y, finalmente, los que han sido declarados en estado de quiebra. En este caso la finalidad fundamental es garantizar la idoneidad moral de los Magistrados.

III.5.2 ELECCIÓN

El Tribunal Constitucional está conformado por siete Magistrados elegidos por el Congreso de la República para un periodo de cinco años, sin derecho a reelección inmediata. En cuanto es el Congreso el que los elige, el Tribunal recibe a través de este mecanismo una legitimación popular indirecta, pues son los Congresistas, en su condición de representantes de la Nación quienes los eligen.

La mayoría exigida para la elección de los Magistrados es de dos tercios del número legal de Congresistas, lo que equivale a un total de ochenta votos de ciento veinte. La mayoría cualificada prevista es coherente con la necesidad indispensable de alcanzar un amplio consenso en una materia de tan alta importancia como ésta.

El procedimiento esta regulado en amplitud por la propia LOTC (Arts. 7° y 9°) y, en especial, por el *Reglamento especial para la elección de Magistrados del Tribunal Constitucional*, la Resolución N° 031-95-CCD dictada por el Congreso Constituyente Democrático.[25]

El procedimiento de elección de Magistrados está compuesta por dos fases, una preliminar a cargo de una Comisión Especial y otra conclusiva encargada al Pleno del Congreso, la primera con una función de calificación, la segunda con una función decisoria. El procedimiento se inicia con el nombramiento de la *Comisión Especial*, la que se integra por un mínimo de cinco y un máximo de nueve Congresistas que, en lo posible, sea proporcional a cada grupo parlamentario en el Congreso. La Comisión publica en el diario oficial la convocatoria para la presentación de candidatos, ésta debe efectuarse dentro de diez días de efectuada aquélla, luego de lo cual la Comisión, dentro de los tres días siguientes, procede a publicar la lista de candidatos propuestos para la eventual presentación de tachas en el término de los diez días posteriores. Concluido este plazo o resueltas las tachas, la Comisión califica a los candidatos y concluye con la selección de los que, en su concepto, ameritan ser propuestos al Pleno del Congreso, requiriéndose para tal efecto, la decisión aprobatoria de dos tercios de sus miembros. Con la propuesta de la Comisión, el Pleno del Congreso procede a la elección de los Magistrados mediante votación individual por cédulas de sus miembros. En caso de que no se alcance la mayoría requerida, el Pleno procede a una segunda votación. Por otra parte, si no logra cubrir el número total de Magistrados requeridos, la Comisión, dentro de un plazo no mayor a diez días naturales, formula sucesivas propuestas hasta que se realice la selección.

III.5.3 ESTATUTO DE LOS MAGISTRADOS: PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES, INDEPENDENCIA, INVIOLABILIDAD E INMUNIDAD, DERECHO Y PRERROGATIVAS

La función de Magistrado del Tribunal es a dedicación exclusiva, en consecuencia es incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo (público o privado) o el desempeño de otra actividad o profesión, con excepción de la docencia universitaria. Les alcanzan, además, las mismas incompatibilidades que a los Congresistas. Entre las prohibiciones que por razón de función se les impone se hallan la de no afiliarse a organizaciones políticas así como la de no defender ni asesorar pública o privadamente, salvo en causa propia

Gozan de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional, pues, "no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad"[26]. Se hallan investidos de inviolabilidad, pues no responden por los votos u opiniones emitidas en su ejercicio de su función y, finalmente, tienen inmunidad porque no pueden ser detenidos ni

---

[25] Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril de 1995. Cfr. *Legislación Procesal Constitucional. Las Garantías Constitucionales*. edición preparada por el Tribunal Constitucional del Perú. R & F Publicistas Asociados. Lima. 1999. pp. 51 y ss.

[26] LOTC Art. 13°

procesados sin la correspondiente autorización del propio Pleno del Tribunal, salvo flagrante delito Finalmente, gozan de los mismos derechos y prerrogativas de los Congresistas.[27]

III.6 EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD (ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD)

El proceso de inconstitucionalidad, denominado tanto por la Constitución de 1979 como por la de 1993, como "Acción de Inconstitucionalidad", es el que tiene por objeto el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes y de normas con igual rango.

El objeto del proceso de inconstitucionalidad es el tutelar el principio de supremacia de la Constitución y el principio de jerarquía normativa, de modo tal que se conserve el sistema objetivo de fuentes previsto por el ordenamiento constitucional y con él, la regularidad formal y material en el proceso de producción de las leyes. En efecto, el artículo 20° de la LOTC establece que "Mediante el *procedimiento de declaración de inconstitucionalidad*(...), el Tribunal *garantiza la primacía de la Constitución*(...)" (cursivas nuestras).

Cabe observar que se trata de un control jurisdiccional de la constitucionalidad, pues el control político de la constitucionalidad se compete al que ejercen tanto el poder ejecutivo y el poder legislativo en el contexto de sus relaciones interorgánicas (derecho de veto, desaprobación de proyectos de ley provenientes del ejecutivo).

Como se señaló antes, nuestra tradición jurídica denomina "Acción" al proceso cuyo objeto es el control de la constitucionalidad de las leyes. Con rigor, si por acción se entiende el acceso a la tutela jurisdiccional proveída por el Estado para la protección de un determinado derecho, no resulta consecuente con su naturaleza adjetivarla con una denominación que sólo denota el aspecto subjetivo de él (el acceso a ese proceso). De allí, que sea más adecuado, conforme ya lo ha señalado autorizada doctrina peruana[28] en relación a la denominación de "Acción" que el artículo 200° asigna a los procesos de naturaleza constitucional, denominarlo como "proceso", en cuanto se trata de un conjunto ordenado y concatenado de actos procesales orientados a un pronunciamiento jurisdiccional declarativo de certeza. Por esta razón, optamos por la denominación de "proceso de inconstitucionalidad", precisando que con ella denotamos a la "Acción de Inconstitucionalidad".

El proceso de inconstitucionalidad consagra un control reparador o *a posteriori* de la constitucionalidad, de esta forma resulta excluido absolutamente el control preventivo, sobre normas de rango de ley que aún no han sido ni promulgados ni publicados.

III.7 NORMAS OBJETO DE IMPUGNACIÓN

La normas susceptibles de impugnarse a través del proceso de inconstitucionalidad, son las normas que tienen rango de ley, así tenemos[29]:

- leyes: son las típicas normas emitidas por el Congreso de la República en ejercicio de su función legislativa.
- decretos legislativos: son disposiciones emitidas por el poder ejecutivo en mérito a la delegación para legislar que él recibe del Congreso.
- decretos de urgencia: son disposiciones emitidas por el Congreso en ejercicio de facultades extraordinarias.
- tratados internacionales: comprende tanto los que requieren de la aprobación del congreso como aquéllos que no y provienen, únicamente, del Poder Ejecutivo.
- reglamentos del Congreso: el reglamento del congreso es una norma de carácter estatutario, tiene fuerza de ley, regula la organización y las funciones de Congreso, así como los derechos y deberes de los Congresistas.

---

[27] LOTC art. 13°. Constitución Art. 201°. 2° párrafo.

[28] García Belaunde, Domingo "Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993" en *La Constitución de 1993 análisis y comentarios. Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 10, Lima, CAJ, pp.255 y sgte.

[29] Cfr. Constitución, Art. 200°, inc. 4 y LOTC, 20°.

- normas regionales de carácter general: los Gobiernos Regionales aún no se han constituido, por tanto, estas normas aún no existen en nuestro ordenamiento.
- ordenanzas municipales: constituyen normas generales regulatorias expedidas por los gobiernos municipales, a través de las cuales se regula la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones de las Municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades impuestas a la propiedad privada. De modo transitorio, por mandato expreso de la LOTC, bajo las ordenanzas municipales se incluye a otras normas de los gobiernos locales, los edictos municipales.[30]

Aunque dentro de las normas pasibles del control de constitucionalidad, no se menciona expresamente a las leyes orgánicas, es claro que la eventual inconstitucionalidad de ellas se impugna a través del proceso de inconstitucionalidad, es dentro de este contexto que se admitió a trámite el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Cabe resaltar dentro de las normas mencionadas, también habrá de considerarse comprendida los decretos leyes. Bajo esta denominación, se comprende a aquéllas disposiciones emitidas por los gobiernos de facto, cuya jerarquía ha sido analogada a la de la ley. Por lo tanto, será el proceso de inconstitucionalidad, el medio a cuyo través se enerve los decretos leyes eventualmente inconstitucionales, extremo que es de resaltar, toda vez que son aún numerosas las normas de tal carácter que aún continúan en vigencia en el ordenamiento jurídico peruano.

III.8 CONTROL FORMAL Y MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La inconstitucionalidad de una norma puede ser por el fondo o por la forma, en el primer caso, supone la incompatibilidad material o de contenido de la norma impugnada con lo preceptuado por la Constitución. Por su parte, la inconstitucionalidad por la forma es la que se detecta en las normas de rango de ley cuyo proceso de producción halla algún vicio formal en algunas de sus fases, ya sea la de aprobación, promulgación o publicación. Así lo ha establecido la propia Constitución y la LOTC.[31]

Pero además, la inconstitucionalidad puede también originarse cuando las normas de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley no han sido aprobados bajo la forma de una ley orgánica cuando existiera una reserva de ley orgánica constitucionalmente dispuesta o en el caso de que impliquen modificación o derogación de una ley revestida de ese carácter.[32]

III.9 PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD (EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD, LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES)

El parámetro de constitucionalidad viene a ser el conjunto de normas que el Tribunal Constitucional emplea para evaluar la constitucionalidad de la norma impugnada. Ciertamente, obvio es que este parámetro está conformado, en principio, por la Constitución; sin embargo, ella no la agota y viene también a integrarla, el bloque de la constitucionalidad y los principios generales y constitucionales; y, además, en calidad de fuente interpretativa, los tratados internacionales, pero en especial, los referidos a derechos humanos.

Por disposición expresa del artículo 22° de la LOTC, el parámetro mencionado se compone, además, por el denominado bloque de constitucionalidad, el cual está conformado por leyes

---

[30] En virtud de la Octava Disposición Transitoria de la LOTC, de modo provisional, los edictos municipales son comprendidos dentro de las categoría de las ordenanzas a efectos de su control por el Tribunal Constitucional. Los edictos son normas generales dictadas por los gobiernos municipales (denominados en otros lugares como "ayuntamientos"), a través de las cuales se aprueban tributos municipales y el Reglamento de Organización Interior de aquellos (Cfr. Art. 110°, 2° párrafo de la Ley Orgánica de Municipalidades (ley N° 23853).

[31] Const. Art. 204°, inc. 4°, in fine; LOTC, Art. 21°

[32] LOTC, Art. 21°, 2° párrafo.

que determinan las competencia o atribuciones de los órganos del Estado[33]. Siendo asi, en principio, el bloque se conformaria únicamente por leyes orgánicas inherentes a los órganos del Estado, entendiendo por éstos sólo los *órganos constitucionales*. Precisión ésta que resulta importante en la medida que las leyes orgánicas, dentro del ordenamiento constitucional peruano, tienen como materia propia la estructura y funcionamiento de entidades, en general, previstas por la Constitución, lo cual, desde luego, desborda el ámbito de las que constituyen, estrictamente, órganos del Estado[34]; esto sin considerar que las leyes orgánicas comprenden, además, las que por mandato constitucional expreso se hallan reservadas a ley orgánica, aun cuando carecen de contenido estrictamente orgánico.[35]
En síntesis, al menos desde una interpretación literal del citado artículo 22°, el bloque de constitucionalidad comprende no a todas las leyes orgánicas, sino sólo las concernientes a los órganos del Estado.
Los principios constitucionales conforman otro componente del mencionado bloque, lo que no podia ser de otro modo, si se repara que la Constitución es una *norma principial* por naturaleza, de elevado contenido axiológico que subyace a su texto. Ciertamente, dentro de este contexto habrá que entender por tales a los principios que no han sido consagrados constitucionalmente, pero que subyacen a su techo ideológico o que se deriven de la jurisprudencia o de autorizada doctrina. Aun cuando estos principios y valores, implícitos o no expresos, no hallan una remisión directa o reconocimiento específico por la Constitución, ellos conforman el ordenamiento constitucional peruano en cuanto el artículo 3° de la Constitución reconoce derechos que no se hallan expresamente consagrados constitucionalmente pero que se derivan de los principios como los de dignidad de la persona, Estado democrático de derecho, soberanía popular y forma republicana de gobierno. En el ámbito de los principios expresamente reconocidos, es claro que ellos son aplicables directamente, no estando en cuestión este aspecto, en ningún momento; este es el caso, por ejemplo, de los principios materiales antes citados o el caso de principios interpretativos como los de razonabilidad y proporcionalidad, que han sido aplicados en sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad.[36]
Por otra parte, no puede olvidarse que, como lo tiene dispuesto la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la interpretación de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, deberá efectuarse dentro del contexto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales relativos a tales materias, ratificados por el Estado peruano, lo cual puede ampliar el parámetro de constitucionalidad, esto sin entrar en la discusión si ellos tienen eficacia meramente interpretativa o son, efectivamente, aplicables directamente.
A efecto del control de constitucionalidad de los decretos legislativos debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que el parámetro está constituido de modo muy importante por la ley autoritativa, esto es, por aquélla expedida por el Congreso, en la que se precisa la materia y el periodo para los que se habilita al poder ejecutivo para legislar. Esto es asi, en la medida que resulta indispensable para evaluar la constitucionalidad de un decreto

---

[33] LOTC "Artículo 22°.- Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el Artículo 20°, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado."

[34] Constitución "Artículo 106°.- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.
(...)"

[35] Así, las que la Constitución ha reservado para las que desarrollen la participación política de los ciudadanos (Art.31°), el uso y otorgamiento de recursos naturales (Art. 66°), las garantías (o procesos) constitucionales (Art. 200°).

[36] Es de resaltar que los principios de razonabilidad y proporcionalidad, aún cuando la constitución los prevé restrictivamente respecto al control de los actos restrictivos de derechos durante los regímenes de excepción, han sido extendidos jurisprudencialmente, para la evaluación de todo acto eventualmente lesivo de los derechos constitucionales e incluso de normas; interpretación en la que ha tenido destacada participación el Tribunal Constitucional (Constitución "Artículo 200°.-"(...)Cuando se interpongan acciones de esta naturaleza (se refiere a las acciones de hábeas corpus y de amparo) en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio."

legislativo si él ha sido expedido dentro de los términos de la ley autoritativa, estos es, sobre las materias delegadas y dentro del periodo autorizado.

III.10 SUJETOS LEGITIMADOS

Como todo proceso, el de inconstitucionalidad está conformado por sujetos que revisten la legitimidad activa y pasiva. En cuanto a los primeros, la instancia del proceso de inconstitucionalidad resulta privilegiada a determinados sujetos, no existe, en ese sentido un acción popular accesible a cualquier persona. Pueden incoar este proceso[37]:

- El Presidente de la República.
- El Fiscal de la Nación.
- El Defensor del Pueblo.
- El veinticinco por ciento del numero legal de Congresistas.
- Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda el número de firmas anteriormente señalado;
- Los presidentes de la Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materia de su competencia.
- Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Es de resaltarse a este respecto que si bien la legitimación activa no corresponde a la amplitud propia de una acción popular, la regulación de este aspecto resulta más amplia que aquélla prevista por la Constitución de 1979.

La legitimación pasiva en este proceso dependerá de la norma que es impugnada, de modo que ella corresponderá, según el caso, a los siguientes órganos o entes[38]:

- El Congreso o la Comisión Permanente, si se trata de Leyes o de Reglamentos del Congreso.
- El Congreso o la Comisión Permanente y el Poder Ejecutivo, si se trata de Tratados Internacionales, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia.
- Las Municipalidades provinciales si se trata de ordenanzas municipales.
- Los gobierno regionales, si se trata de normas regionales de carácter general.

III.11 REPRESENTACIÓN DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS

Los sujetos procesales dotados de legitimación activa pueden actuar por sí o mediante apoderado, según el caso, asi tenemos[39]:

a) Actuación obligatoria por apoderado:

- El Presidente de la República mediante unos de sus Ministros, designado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, quien además puede delegar su representación a un Procurador Público.
- Los Congresistas, que lo designan de ex profeso para tal efecto.
- Los ciudadanos, a través de un representante.
- Los Colegios Profesionales, representados por el Decano por acuerdo de su junta directiva.

b) Actuación directa (por sí) o por apoderado:

- El Defensor del Pueblo.
- El Ministerio Público.
- Presidentes de Región.
- Alcaldes Provinciales.

Se exige que los ciudadanos, alcaldes y presidentes de Región, y los colegios profesionales actúen con patrocinio de letrado, debiendo precisarse respecto al patrocinio ante el Tribunal Constitucional que él debe se halla autorizado para abogados en ejercicio, resultando inhabilitados a tal efecto quienes hayan sido Magistrados de aquél hasta dos años de haber cesado del cargo, bajo la condición de que el cese se deba a renuncia, incompatibilidad o

---

[37] Cfr. Art. 203° de la Constitucion y Art. 25° de la LOTC.
[38] Cfr. Art. 32° de la LOTC.
[39] Cfr. Art. 27° de la LOTC.

culminación de periodo de designación, pues si tuviese como causa otra de las previstas, la inhabilitación resultará permanente.[40]

III.12 REQUISITOS Y RECAUDOS DE LA DEMANDA

La demanda de inconstitucionalidad debe precisar los siguientes aspectos:[41]

- identidad de los órganos o personas que instan el proceso, con señalamiento de su domicilio legal y procesal.
- Indicación de la norma impugnada en forma precisa.
- Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la demanda.
- Relación enumerada de los documentos que se adjunta.
- Designación de apoderado, si fuera el caso.

La demanda debe adjuntar copias de ella y de los recaudos pertinentes. Asimismo, debe acompañar las correspondientes certificaciones de los acuerdos del Consejo de Ministros, de la Junta Directiva del Colegio Profesional, del Consejo de Coordinación Regional (del gobierno regional) y del Consejo Provincial (del gobierno local), según el caso, en los que se ha acordado iniciar el proceso de inconstitucionalidad; o de ser así, las certificaciones de las firmas de los Congresistas otorgada por el Oficial Mayor del Congreso, o del número de ciudadanos requerido expedido por el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.[42]

Cabe precisar, por otra parte que, a efectos de ubicar la facultad para instar el proceso de inconstitucionalidad dentro del contexto de lo que es el acceso a la justicia, que el procedimiento ante el Tribunal Constitucional es gratuito.[43]

La demanda de inconstitucionalidad debe ser interpuesta dentro del plazo de seis meses contados a partir de la publicación de la norma impugnada, de lo contrario prescribe la acción para instar el proceso. Sin embargo, aún cuando esto obsta que la norma impugnada pueda ser controlada a través del proceso de inconstitucionalidad o de control concentrado, cabe resaltar que ello no excluye que esa misma norma pueda serlo a través del control difuso, si bien con los efectos interpartes y simplemente inaplicatorios (no derogatorios) de la sentencia.[44]

III.13 CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA

La admisión de la demanda es resuelta dentro de un plazo que no puede exceder al de diez días de interpuesta. Pero, la demanda, de ser el caso, puede ser declarada inadmisible, con la motivación correspondiente, si es presentada, con omisión de los requisitos y recaudos exigidos, o extemporáneamente, fuera del plazo previsto, o eventualmente, si el Tribunal ya hubiere resuelto desestimatoriamente una demanda igual en el fondo.[45] En rigor, estos dos últimos aspectos constituyen causales que dan lugar a una resolución que declare la *improcedencia* de la demanda, y no exactamente a una de inadmisibilidad, como lo señala la norma. Por esto, con razonable lógica, se admite que el Tribunal pueda disponer la subsanación de los requisitos omitidos, si así lo considera.[46]

En clara consonancia con el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, en el proceso de inconstitucionalidad no existe provisiones cautelares, de modo tal que en el supuesto de que la demanda fuera admitida, la norma impugnada no es suspendida en su vigencia ni en su aplicación, lo cual no obsta, nuevamente aquí, que ella pueda ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso.[47]

---

[40] Cfr. Art. 28° LOTC
[41] Art. 29° LOTC
[42] Cfr. Art. 30° LOTC
[43] Art. 62° LOTC
[44] Cfr. Art. 26° LOTC, según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 26618, publicada el 8 de junio de 1996. El texto primigenio de este artículo establecía el plazo de interposición en seis años contados a partir de la publicación de la norma impugnada y en seis meses, en el caso de tratados.
[45] Cfr. Art. 31° LOTC. V. también respecto a lo último, el segundo párrafo del artículo 37° de la LOTC, según el cual "La sentencia denegatoria de inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional."
[46] Cfr. Art. 31°, tercer párrafo.
[47] Cfr. Art. 24° LOTC.

III.14 TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.VISTA DE LA CAUSA

Admitida la demanda, se corre traslado de ésta a los sujetos procesales titulares de la legitimación pasiva, los cuales tienen el plazo improrrogable de 30 días contados a partir de notificada la demanda, para apersonarse y formular el alegato en defensa de la norma impugnada. De no ser así, se da por absuelto el trámite en rebeldía.[48]

El acto procesal siguiente es la Vista de la Causa. Ésta se produce en la fecha que le Tribunal ha de determinar dentro del plazo de diez días siguientes de transcurrido el plazo para la contestación antes señalado. En dicho acto las partes tienen el derecho de informar oralmente, por el tiempo que aquél les asigne[49]. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha sido sumamente generoso en el tiempo dispensado a los informantes, sin una rigidez específica en cuanto al tiempo e, incluso, con derecho réplica y dúplica, todo ello, a efecto de un efectivo ejercicio del derecho de las partes a ser oídos por el Tribunal, aspecto relevante en cuanto constituye un atributo del debido proceso, y por otra parte, con la finalidad de una mayor y mejor ilustración por parte de los Magistrados del asunto controvertido.

Con este acto concluye la etapa postulatoria del proceso de inconstitucionalidad, para advenir luego la etapa decisoria constituida por el acto procesal de la sentencia.

III.15 LA SENTENCIA: CONCEPTO, ESTRUCTURA, VALOR DE COSA JUZGADA, EFECTOS y PUBLICACIÓN

La etapa decisoria del proceso de inconstitucionalidad está constituida por la sentencia, ésta constituye un acto procesal colegiado, de estructura determinada, con autoridad de cosa juzgada, y revestida de efectos generales invalidatorios erga omnes.

Es el acto procesal por excelencia del proceso de inconstitucionalidad por el que se resuelve en definitiva sobre la constitucionalidad o no de la norma objeto de impugnación.

La sentencia constitucional que concluye el proceso de inconstitucionalidad ostenta una estructura determinada por la propia LOTC; en efecto, ella consta de cinco items: encabezamiento, asunto, antecedentes, fundamentos y fallo[50].

La sentencia estimatoria puede declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada en la totalidad o en parte de ella. Tratándose de la inconstitucionalidad de una norma tributaria, la sentencia debe resolver lo pertinente respecto a las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

La sentencia tiene efectos generales invalidatorios *erga omnes* y *ex nunc*, o efectos pro futuro. Su valor erga omnes es establecido por la propia LOTC (Art. 35°), cuando señala rotundamente que "Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad (...) vinculan a todos los poderes públicos (...)"(subrayado nuestro). Ahora bien, se trata de "efectos generales" (Art.35°), lo que equivale a decir, derogatorios de la norma impugnada, con lo cual ella queda "sin efecto"(Art.36°), resultando, así, expulsada del ordenamiento jurídico, en clara consonancia con el carácter de *legislación negativa* que la sentencia del Tribunal Constitucional reviste en el control concentrado de la constitucionalidad; y esto, precisamente, en oposición al efecto concreto o interpartes propio de la sentencia del control difuso.

La sentencia, por regla general, tiene efectos pro futuro o ex nunc, de modo tal que carece de efecto retroactivo (Art. 204°,Constitución); sin embargo, existen al menos dos excepciones previstas. La primera se refiere a la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas tributarias, en las que se habilita al Tribunal determinar los efectos en el tiempo de su sentencia[51], esto, en coherencia con el efecto nulo que la Constitución atribuye a las normas tributarias que contravengan los principios constitucionales tributarios enunciados en su artículo 74°. La segunda alude a la inconstitucionalidad de normas de carácter penal, en las que, si bien no se autoriza al Tribunal a proceder como en el caso anterior, se

---

[48] Cfr. Art. 32° LOTC.
[49] Cfr. Art. 33° LOTC.
[50] Art. 54°
[51] Cfr. Art. 36°, 2° párrafo

exceptúa de la regla de prohibición de revivir procesos fenecidos que implica la declaratoria de inconstitucionalidad[52], en los casos en que aquéllas hayan sido aplicadas, esto, nuevamente, en consonancia con el principio de retroactividad benigna de las leyes penales, constitucionalmente consagrado.[53]

Cabe observar respecto a lo anterior, que hubiera sido más conveniente que, de modo contrario a lo regulado actualmente y sin contravenir la regla general, constitucionalmente determinada, del efecto *ex nunc* de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, que el efecto en el tiempo de éstas, fuera determinado por el propio Tribunal en cada sentencia, en atención a las particulares circunstancias de cada caso, pero siempre como excepción a la regla antes mencionada. Esta apreciación resulta bastante razonable y, desde luego, constitucionalmente más adecuada, en especial, respecto a normas cuya inconstitucionalidad se viese motivada por contravención a principios y valores constitucionales o a derechos fundamentales, pues éstos en su condición de elementos objetivos del ordenamiento constitucional y de su valor fundante del Estado, gozan de lo que con acierto Otto Bachof, ha denominado, una *mayor pretensión de validez*, o de una posición preferente (*preferred position*), en términos de la jurisprudencia norteamericana. Por ello, el efecto no retroactivo de las sentencias, admitido de modo absoluto o, como en el sistema peruano, restringido a determinados supuestos taxativamente determinados, no resulta de lo más conveniente para un desarrollo efectivamente tuitivo de la jurisdicción constitucional y para el margen de flexibilidad y de creatividad que ésta requiere para cumplir su propósito.

La sentencia tiene el carácter de cosa juzgada[54], tanto en sentido material como formal. Constituye cosa juzgada material en el sentido de la inmutabilidad de lo decidido en sede jurisdiccional respecto a la norma impugnada, sea en sentido estimatorio, esto es, declarando la inconstitucionalidad de aquélla, sea en sentido desestimatorio, declarando su constitucionalidad. Pero, por otra parte, constituye cosa juzgada formal en la medida que contra dicha sentencia no cabe recurso impugnatorio alguno, lo cual, empero, no obsta que se pueda solicitar la aclaración de ella o su corrección, que, desde luego no supone en absoluto habilitar su impugnación y consiguiente enervación de la autoridad de cosa juzgada que la reviste; en efecto, la aclaración o corrección de la sentencia, procede de oficio o a instancia de parte, dentro de dos días de publicada y con el único propósito de aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que se hubiese incurrido, respectivamente. La resolución correspondiente es expedida, sin más trámite, al segundo día después de formulada la petición.[55]

La cosa juzgada material, como está dicho, prohibe que el sentido o contenido de lo decidido en la sentencia resulte, directa o indirectamente enervado, contradicho o eludido. Este extremo se halla precisado por la LOTC respecto al Poder Judicial en el ámbito de su función jurisdiccional, en cuanto proscribe que la norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada a través de un proceso de inconstitucionalidad, sea susceptible de ser inaplicada a través del control difuso de la constitucionalidad[56]. Por otra parte, debe entenderse que la cosa juzgada material tiene también como consecuencia el que ningún órgano del Estado, y en especial, aquéllos productores de normas susceptibles de ser impugnadas vía proceso de inconstitucionalidad, emitan otras de sentido análogo a una que ya haya sido declarada inconstitucional. La LOTC no contiene estipulación alguna en ese sentido, lo cual, empero, no puede razonablemente significarse como inexistencia de una proscripción de esa naturaleza, pues supondría enervar la cosa juzgada de la sentencia, resultado éste constitucionalmente inadmisible. Por tanto, no obstante dicho vacío, una interpretación, o más exactamente, una integración adecuada de él, debe conducir a entender la proscripción mencionada como una de carácter implícito a la cosa juzgada de la sentencia de inconstitucionalidad, tesis que se refuerza si se repara que la ley relativa al proceso de

---

[52] Cfr. Art. 40° LOTC

[53] Constitución "Artículo 103°.-(...)
Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.
(...)"

[54] Cfr. Art. 35°, *ab initio* y Art. 37°, *ab initio*, LOTC

[55] Cfr. Art. 59° LOTC

[56] Cfr. Art. 39°, 1er párrafo, LOTC.

control normativo abstracto de las normas de jerarquía inferior a la ley (denominado en el sistema peruano, "Accion Popular") contempla una proscripción expresa de esa naturaleza[57]

Una particularidad de la cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional, y no solo de las provenientes de los procesos de inconstitucionalidad, es que aquél valor no se circunscribe a la cuestion controvertida por dicho proceso, sino que se extiende también a las consideraciones vertidas en lo que concierne a la interpretación de la Constitución que hallamos en los correspondientes Fundamentos de la Sentencia. Quiere decir esto, que las consideraciones que ayudan a concretizar el significado de las normas genéricas o cláusulas indeterminadas de nuestra norma fundamental vienen a constituir una "norma subconstitucional" que vincula, en mérito a la primera disposición general de la LOTC, a jueces y magistrados del Poder Judicial

Dictada la sentencia, ésta es enviada para su publicación, dentro de las 48 horas siguientes, al diario oficial "El Peruano",[58] el cual deberá efectuarlo dentro de un plazo de los tres días siguientes de recibida la transcripción de aquélla. Si ello no aconteciera, el Presidente del Tribunal Constitucional está facultado para disponer la publicación en uno de los diarios de mayor circulación nacional.

Si la norma declarada inconstitucional es una norma emanada de un gobierno local (municipalidad provincial) o regional, adicionalmente a la publicación antes señalada, se ordena otra, a efectuarse en el diario de la circunscripción correspondiente en el que se publican los avisos judiciales.

El acto de la publicación de la sentencia es de suma trascendencia en el proceso de inconstitucionalidad, se trata de una condición de la eficacia de la sentencia, en la medida en que ésta no surte efectos sino a partir de ese momento. De modo análogo a la circunstancia de que la existencia de una ley en el ordenamiento jurídico se da a partir de su publicación, el efecto expulsatorio de la sentencia de inconstitucionalidad rige en base a tal acto Por esta razón, la notificación de aquélla a las partes, sin dejar de ser importante, reviste un carácter secundario en relación al objeto del proceso

Debido a su importancia, se pretende que de ella tomen conocimiento la mayoría de la población, de allí es que se prescribe que, sin perjuicio de lo anterior, en el caso de sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, la parte resolutiva sea publicada por el Tribunal en los diarios de mayor circulación nacional.

III. 16 SENTENCIA: QUÓRUM, MAYORÍA REQUERIDA, VOTOS SINGULARES Y FUNDAMENTOS DE VOTO

El quórum para la resolución de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad es de seis Magistrados. Para la declaración de inconstitucionalidad ha menester la formación de una mayoría calificada de seis votos conformes. Se ha llamado la atención al respecto, considerandose muy elevada la mayoría estipulada, razón por que, la actual Presidencia considera que ese número debería disminuirse a cinco, en mérito al principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, compatible, a su vez, con un razonable ejercicio del control de la constitucionalidad.

Atendiendo a su composición colegiada, los Magistrados del Tribunal Constitucional incluido su Presidente, dentro de ejercicio legítimo de su derecho a discrepar y, sin que ello comporte una ruptura del principio de colegialidad inherente a un órgano de tal naturaleza, pueden emitir votos singulares y fundamentos de voto. Los votos singulares, cuando durante la deliberación han sostenido una opinión discrepante, los fundamentos de voto cuando, aún cuando coincide con el sentido del fallo del colegiado, el Magistrado discrepa con sus fundamentos, expresando en el denominado "fundamento de voto", el considerando

---

[57] "Artículo 26°.- (..)Las sentencias recaídas en los procesos de acción popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órgano del Estado, bajo responsabilidad, emita nueva norma con contenido parcial o totalmente idéntico a la derogada por mandato judicial, en tanto no sea derogada o modificada la norma constitucional o legal infringida." Ley Procesal de la Acción Popular (ley N° 24968). La Acción Popular es un proceso de naturaleza constitucional por el cual se efectúa el control abstracto de constitucionalidad y de legalidad de las normas de jerarquía inferior a la ley.

[58] Cfr. Art. 34° LOTC

alternativo que él entiende pertinente. Los votos singulares y los fundamentos de voto se publican conjuntamente con la sentencia.[59]

La emisión de votos singulares de parte de los Magistrados del Tribunal Constitucional ha sido frecuente en la praxis de su función jurisdiccional. En efecto, de las dieciséis acciones o procesos de inconstitucionalidad, en doce sentencias se ha acudido ya a votos singulares o fundamentos de voto, concretamente, en las recaídas en los siguientes expedientes: Exp. 001-96-I/TC -con dos votos singulares-, Exp. 002-96-I/TC -con un fundamento adicional de voto-, Exp 003-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 004-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 005-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 012-96-I/TC -con un fundamento de voto-, Exp 013-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 014-96-I/TC -con dos votos singulares-, Exp. 018-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 020-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 006-96-I/TC -con un voto singular-.

Un ejercicio razonable de los votos singulares y de fundamentos de voto propician la transparencia de la discusión interna y, ciertamente, evidencian una práctica democrática de sus deliberaciones, máxime si es en las sentencias de los Tribunales Constitucionales, donde la razón, la pluralidad de argumentos y la transparencia del debate, así lo exigen.

III.17 LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como es sabido, los Tribunales Constitucionales han diseñado sofisticadas técnicas en sus respectivas sentencias, tendientes a evitar el vacío legislativo (*horror vacui*) como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad así como en ejercicio del principio de declaración de inconstitucionalidad como última ratio. Es dentro de tal contexto, que la práctica jurisprudencial de aquéllos ha instituido las denominadas sentencias interpretativas, las que posibilitan una declaración que no necesariamente tiene que ser de inconstitucionalidad o constitucionalidad.

No obstante, el reducido número de procesos de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional Peruano conoció, él acudió a esta técnica en algunas sentencias. Siendo esto digno de resaltar, toda vez que para ello no lo habilita de modo expreso norma alguna de la LOTC, pero que, muy bien, halla respaldo en el principio de declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio contemplado por la segunda disposición general de dicha ley.

Las sentencias interpretativas, pueden ser de dos clases: aditivas y sustitutivas.[60] Las primeras se caracterizan porque consideran que la disposición es inconstitucional en la parte que omite (inconstitucionalidad por defecto), por lo tanto, la consecuencia normativa, contraria pasa a formar parte integrante de la norma (sentencia aditiva); las segundas, descartan la versión interpretativa (original, o de lectura literal) por una que se conforme con la Constitución (aquí se emplea la técnica de interpretación conforme a la Constitución y de la declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio); consecuentemente, la versión interpretativa inconstitucional resulta implícitamente expulsada del ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional empleó esta técnica en las siguientes sentencias: Exp. 004-96-I/TC, proceso de inconstitucionalidad contra ley N° 26637 modificatoria de administración del vaso de leche; Exp. 007-96-I/TC, proceso de inconstitucionalidad contra el decreto ley N° 25967 que instaura la Oficina de Normalización Previsional; y, con ciertos matices, en el Exp. N° 014-96-I/TC, proceso de inconstitucionalidad contra la modificatoria de la Ley de Política Nacional de Población.

Cabe resaltar que en ninguna de estas sentencias se señala de modo expreso que se esté acudiendo a esta técnica, habiendo sido, más bien, a través de un fundamento de voto, por el cual, ello es puesto de manifiesto. En efecto, con motivo del proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Modificatoria de la Ley de Planificación Familiar que suprimía la proscripción de la esterilización como método de planificación familiar, en el

---

[59] Cfr. Art. 58° LOTC

[60] Romboli, Roberto "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*, Año 16, Núm. 48. CEC. Madrid. 1996. pp. 65 y ss.

fundamento de voto anejo a la sentencia se expresa, refiriéndose a la disposición impugnada que " si dicho precepto, prima facie, promueve la esterilización en base al principio de que se puede hacer todo lo que no está prohibido (...), este Colegiado no debe nunca perder de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, es siempre la última ratio a la que debe de acudir Más aún si, como acontece en el caso de autos, y siguiendo una práctica que por lo demás es generalizada de todos los tribunales constitucionales, este Colegiado encuentra espacio para desechar por inconstitucionales probables versiones interpretativas de una norma, sin que ello repercuta en la ley o precepto legal mismo " (décimo fundamento) Añade en el siguiente fundamento lo siguiente: "Dicho de otra forma, si este Colegiado puede encontrar en una norma al menos una opción interpretativa del precepto legal que no riña con la Constitución, este se encuentra en la facultad, como efectivamente este mismo Tribunal ha hecho en anteriores ocasiones, de no acudir a adoptar una postura tan radical ( ) como constituye, en efecto, la expulsión de una norma legal por inconstitucional del ordenamiento jurídico.

Y creemos firmemente que ello es perfectamente posible y aplicable al caso de autos, porque si en línea de principio la ley impugnada habilitaria la esterilización como método de control de natalidad (?), también es verdad que por la autoridad de la que gozan las sentencias de este Colegiado, en su parte resolutiva se puede perfectamente desdeñar opciones interpretativas inconstitucionales, sin que ello implique la arrogación pretoriana de este Supremo Intérprete de la Constitución de facultades legislativas con las que no cuenta, ni se encuentra, en lo más remoto, autorizado a ejercer."(subrayado nuestro)[61]

En el caso contra la ley modificatoria del programa de administración del vaso de leche (ley N° 26637), sucedió que la norma impugnada establecía, que "Las Municipalidades Provinciales, en los distritos capital de la provincia, y las Municipalidades Distritales, en su jurisdicción organizan y determinan los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención del programa."(artículo 4°, 2° párrafo). Los demandantes entendieron que ello importaba una vulneración de la libertad de asociación, "pues las municipalidades no pueden inmiscuirse en los asuntos privados, organizándolos, ya que su constitución se debe a una decisión autónoma de las madres de familia."

Ciertamente, tal como se hallaba redactada la norma impugnada daba lugar a que pudiera entenderse que la atribución para "organizar" lo estaba en el sentido de "constituir" o "conformar" Pero, a la vez y en apoyo de la "concordancia armónica" de otras normas integrantes de la ley impugnada, podía interpretarse que el "organizar" no implicaba en modo alguno "conformar" las organizaciones, sino el "establecer o reformar ciertas reglas, términos y condiciones a las que necesariamente se deberán sujetar tales organizaciones, no con el objeto de reformar su estructura institucional, lo cual significaría una injerencia intolerable, arbitraria y desproporcionada de un ente extraño a la propia organización, y por tanto inconstitucional; sino a las condiciones mismas de acceso a la prestación del programa, cuya administración se les ha confiado." (subrayados nuestros).

Entendió en este caso, el Tribunal Constitucional, que la facultad otorgada para "organizar y determinar" los clubes o comités que habrían de encargarse de la atención del programa, "no está confiriéndole la atribución de sustituirse a la iniciativa individual en la constitución de dichos clubes de madres o comités de vaso de leche (...) que importaría un mandato constitucional inválido. Por el contrario, cuando dicho precepto alude a que los mencionados gobiernos locales 'organizan' y 'determinan' los clubes de madres o comités de vaso de leche, se está refiriendo a las atribuciones que se les ha confiado para establecer o reformar ciertas reglas, términos y condiciones a las que necesariamente se deberán de sujetar tales organizaciones, no con el objeto de reformar su estructura institucional, lo cual significaría una injerencia intolerable, arbitraria y desproporcionada de un ente extraño a la propia organización, y por tanto inconstitucional; sino a las condiciones mismas de acceso a la prestación del programa, cuya administración se les ha confiado." (consideraciones expuestas en el Fundamento 3, 3.1, c). Por ello, entiende que el empleo de los verbos "organizar y determinar" "no tiene por objeto facultar a las municipalidades provinciales o distritales a abolir, modificar, reestructurar o disolver la estructura de tales organizaciones de base ( )" (Fundamento 2, 3.1, d).

---

[61] Fundamento de Voto del Magistrado Dr. García Marcelo, en la sentencia recaída en dicho proceso.

Ante estas dos posibles interpretaciones, la primera que, en principio y en apariencia, resultaba incompatible con la Constitución, y la otra, que excluía tal opción, el Tribunal Constitucional acogió esta última, razón por la que desestimó la demanda de inconstitucionalidad, al menos en lo que concernía a la eventual contravención a la libertad de asociación.[62]

Otro caso es el de la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra determinados artículos del decreto ley N° 25967 sobro modificación del goce de pensiones de jubilación (Exp. 007-96-I/TC). En este caso, se cuestiono "que al pasar el Sistema Nacional de Pensiones del IPSS hacia la Oficina de Normalización Previsional (ONP), no solo significa un claro atentado contra su autonomía , porque la ONP es un ente dependiente del Ministerio de Economia y Finanzas, sino que además conlleva una clara y flagrante violación del mandato constitucional antes indicado." (Cfr. la parte de Antecedentes de la Sentencia). Frente a ello, el Tribunal Constitucional sostuvo que "(...) que de conformidad con el artículo 4° del Decreto Legislativo 817 se está trasladando sólo la administración de los diferentes regímenes pensionarios a cargo del Estado a la ONP, pero la responsabilidad del pago oportuno y nivelado de las pensiones continúa a cargo de las entidades en las que los pensionistas cesaron; debiéndose efectuar este pago a los pensionistas con la sola base referencial del ingreso mensual del servidor en actividad que desempeñe el último cargo en que cesó el pensionista, sin que la pensión nivelada así resultante pueda ser alterada por ningún tipo de cálculo actuarial.

Además, el derecho de los pensionistas, es el de percibir por parte del Estado la pensión que les corresponde,(...), y no el de recibir la misma, de una entidad determinada; en este extremo, el régimen pensionario regulado por el D.L. N° 20530, ha sido modificado por el D.L. N° 25967, sin que ello conlleve la desprotección de los pensionistas frente al Estado, modificación que es perfectamente constitucional, toda vez, que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, busca la protección de los pensionistas del régimen de los D.L. N° 19990 y 20530, debiendo entenderse que ello se produce en cuanto al goce de la pensión, y no en cuanto a que entidad es la responsable del pago de la misma (...)" (Fundamento 17)

Señala dentro de esa lógica el Tribunal que "En la medida que las transferencias de sistemas previsionales a la ONP, y el pago de las mismas se desarrollen en los términos expresados en la presente fundamentación, este Tribunal no considera que exista ninguna inconstitucionalidad; pero en el caso que las normas de creación, implementación y funcionamiento de la ONP, se apliquen para violentar los derechos adquiridos de los pensionistas, estamos ante violación flagrante de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución."(subrayado nuestro) (Fundamento N° 18)

Un caso singular en el que si bien no se acudió a dicha técnica, debido a la existencia de un fundamento de voto, él tiene como consecuencia indirecta o implícita de la sentencia que la esterilización quirúrgica, en cuanto método de planificación familiar, es inconstitucional. Formalmente no hay sentencia de fondo, pero materialmente, se advierte la proscripción de una versión interpretativa, esto es, una sentencia interpretativa "integrativa" o "sustituva". Al margen de las particularidades de la forma en la que se exponen el fundamento de voto y el voto particular, lo que se infiere en forma clara de ellos es que, como en ellas se afirma correctamente, la exclusión de la esterilización quirúrgica daba lugar a la que, de conformidad con el principio de libertad ("nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella prohibe", Art.2, inc. 24, lit. a), aquélla conducta resultara implícitamente permitida por el ordenamiento jurídico; siendo así y considerando que esta norma implícita resulta incompatible con la Constitución, y concretamente con el derecho a la integridad física; aún cuando la sentencia bajo comentario no la proscribe expresamente por su inconstitucionalidad, sin embargo, se arriba a igual resultado si se repara en las consideraciones esgrimidas en sus Fundamentos, los cuales la rechazan (a la esterilización quirúrgica). Tesis ésta que se reafirma cuando se da lectura al fundamento de voto a ella adjunto, en el que, además de relievar lo antes señalado, sugiere lo apropiado y adecuado que para tal circunstancia resultaba el empleo de las denominadas sentencias interpretativas, con especifica proscripción de la interpretación descartada, esto es, de la

[62] Es preciso esta aclaración debido a que la inconstitucionalidad de la citada ley era demandada, adicionalmente, porque se entendía la incompatibilidad con otros contenidos de la Constitución.

norma implícita que resultaba inconstitucional (la permisión de la esterilización), con la finalidad de impedir su eventual aplicación. Una aproximación más rigurosa de dicha sentencia, en su integridad, por lo señalado, nos permite colegir que, si bien ella declara -expresamente- improcedente la demanda de inconstitucionalidad, se afirma -implícitamente- la inconstitucionalidad de la esterilización en cuanto método de planificacion familiar, ya por cuanto entiende que éste no ha sido legalizado con la modificacion efectuada por la ley impugnada, ya porque en el fundamento de voto la entiende inconstitucional. En resumen, se trató de una sentencia que en el fondo resultó interpretativa y, más precisamente, una sentencia interpretativa "aditiva" que ha dejado en claro que la esterilización, en cuanto método de planificación familiar, es inconstitucional, lo cual ciertamente, tiene el efecto de haberla expulsado del ordenamiento constitucional peruano como opcion interpretativa válida, en virtud del efecto vinculante de la interpretación que el Tribunal Constitucional efectúa en sus resoluciones en materia constitucional.

Pensamos que la consecuencia principal de esto es que las sentencias constitucionales interpretativas se incorporan como "normas anejas a la ley cuya constitucionalidad se demandó", patentizando así, la jurisprudencia constitucional como una auténtica fuente derecho en la misma línea, en este caso, que las leyes, si bien no contemplado ello de modo expreso en la LOTC, pero, en clara compatibilidad con la función de control de constitucionalidad que compete al Tribunal Constitucional.

De este modo, a través de esta modalidad de sentencias, el Tribunal Constitucional se integra en plenitud en aquello que con gran acierto, Leopoldio Elia[63], ha denominado "constitucionalismo cooperativo", caracterizado por la participación activa que aquél adquiere en el proceso de producción y creación del derecho, perfeccionándolo en el sentido de la Constitución, dentro de un contexto en el que antes de generar tensiones entre los órganos que participan en dicho proceso, se inserta de un modo armónico, lo cual resulta bastante significativo para la afirmación en nuestro sistema político, de un órgano de reciente data como el Tribunal Constitucional Peruano. De este modo, podríamos puntualizar que las razone por las que consideramos especialmente propicio y adecuado el recurso a esta modalidad de sentencias constitucionales, específicamente en el contexto del sistema constitucional peruano, son las siguientes:

- La participación del Tribunal Constitucional en el *perfeccionamiento del sistema jurídico*. A través de las sentencias interpretativas, su labor será la de adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional al sentido que establecen los valores, principios y normas de la Constitución, en la forma de "una recreación constante del derecho ordinario a la luz de la Constitución". Lo anterior tiene como resultado contribuir a maximizar la fuerza normativa de la Constitución, que no radica, por antonomasia ni necesariamente, en expulsar los productos normativos inconstitucionales, sino también, en adecuarlos al ordenamiento constitucional a través de un modo que no comporte inexorablemente su expulsión. Sin duda, esto impone al Tribunal efectuar un adecuado empleo de esta técnica, en atención a una ponderada autolimitación judicial (*judicial self-restraint*) y al respeto por el principio de corrección funcional, que evite generar disfuncionalidades en el reparto competencial del proceso de producción del derecho.
- Por lo general, poseen un efecto político de menor tensión, aprovechable en circunstancias políticas especialmente tensas. Con ello se posibilita que el proceso de integración del sistema político se produzca de un modo más osmótico y menos tensional.
- Lo señalado en las dos consideraciones precedentes, posibilitan una dinámica más activa del Tribunal Constitucional en el proceso de integración (Smend) del sistema político peruano, lo cual conduce a ver en dicho órgano una pieza clave para el desarrollo y ulterior fortalecimiento de tal proceso, en clara consonancia con el

---

[63] Cfr. Leopoldo Elia " 'Constitucionalismo cooperativo', 'racionalidad' y 'sentencias aditivas' en la jurisprudencia italiana sobre control de normas" en Lopez Pina, Antonio (editor) *División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoria de la praxis constitucional*, Tecnos S.A., Madrid, 1987, p.80

principio de eficacia integradora de la Constitución (Konrad Hesse), lo cual resulta de medular importancia para sistemas políticos de precaria integración como el peruano.[64]

III.18 CARACTERÍSTICAS COMPLEMENTARIAS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

Dentro de las características que adicionalmente podríamos mencionar respecto al proceso de inconstitucionalidad, están las siguientes: la acumulación del proceso, la prueba, la subsanación de vicios procesales y el derecho supletorio aplicable.

La acumulación del proceso permite al Tribunal Constitucional acumular aquéllos en los casos que presentan identidad de objeto de litigio y, concretamente, identidad de la norma impugnada.

Siendo un proceso de puro derecho, en el proceso de inconstitucionalidad no existe propiamente una etapa probatoria, lo cual no obsta que, si el caso lo exigiera, hubiera la necesidad de actuar algunas pruebas o se solicitara la información pertinente a efecto de ilustrar, la LOTC lo faculta para solicitar éstos o para actuar aquéllos.[65]

Antes de dictar sentencia el Tribunal tiene la facultad de subsanar los vicios procesales, ya sea de oficio o a instancia de parte.[66]

En previsión de eventuales vacíos de la LOTC, ésta ha previsto que en esos casos se proceda a aplicar complementariamente el Código Procesal Civil o a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Desde luego, se trata de una aplicación complementaria que, siempre habrá de tener en cuenta la particularidad del proceso de inconstitucionalidad en cuanto a su naturaleza de proceso constitucional.

III.19 ALGUNOS DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES EN LAS SENTENCIAS

Aún cuando es reducido el número de procesos de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional ha conocido, cabe resaltar algunos aportes dogmático constitucionales, tanto en las sentencias como en los votos singulares y fundamentos de voto. Dentro de ello, podríamos destacar los siguientes:

- *La distinción entre derecho y garantía institucional.*- En el tercer fundamento de la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra la ley 26637, a propósito del derecho de asociación, se relieva su doble condición, la de derecho y la de garantía institucional[67]. Así mismo, en el primer fundamento del voto singular emitido por dos Magistrados del proceso de inconstitucionalidad contra la ley N° 26592[68], se refiere al referéndum en cuanto derecho constitucional y en cuanto garantía institucional. Lo anterior resulta significativo en cuanto precisa la doble naturaleza de la asociación y el referéndum en cuanto bienes o intereses constitucionalmente tutelados y, a la vez, en la medida que alude a la importante y útil distinción, en el seno de la dogmática constitucional, entre derecho y garantía institucional.
- *Doctrina sobre el límite y contenido esencial de los derechos fundamentales.*- En el segundo fundamento del citado voto singular se afirma, en consonancia con la doctrina, que "los derechos constitucionales no tiene el carácter de absolutos", pues su limitación se deriva tanto por el hecho de su coexistencia con otros derechos como por el reconocimiento de "principios, valores o bienes", también, constitucionalmente tutelados. Ante ello, se plantea el problema de interpretar la aparente proscripción de la limitación de derechos políticos que parece sugerir una interpretación literal de la parte final del artículo 31° de Constitución, que establece que "Es nulo y punible todo acto que prohiba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos". No obstante ello, el

---

[64] Se alude al proceso de integración del Estado en el conocido sentido de la teoría de la integración de Rudolf Smend. Cfr. su ensayo *Constitución y derecho constitucional*, en su obra del mismo título (Trad. de José Ma. Beneyto. CEC. Madrid, pp 43 y ss.

[65] Cfr. Arts. 57° y 56°, respectivamente. LOTC

[66] LOTC Art. 60°

[67] Exp. N° 004-96-I/TC.

[68] Voto Singular de los Señores Magistrados Francisco Acosta Sánchez y José García Marcelo en el proceso de inconstitucionalidad contra la ley N° 26592, Exp. N° 002-96-I/TC.

voto singular señala que los derechos si son susceptibles de ser limitados, pero sin que ello importe "restringir desproporcionadamente su ejercicio; amén de no suprimirlos, pues el límite . precisamente lo constituye el que se respete su contenido esencial. "(cuarto Fundamento). Lo importante en esta acotación radica, no en el reconocimiento del caracter limitable de los derechos constitucionales -lo cual es comunmente reconocido y aceptado-, sino en el señalamiento de un importante instrumento dogmático para la evaluacion de normas y de actos que eventualmente impliquen una limitación de los derechos fundamentales, cual es, el del respeto a su contenido esencial Pero, ademas, lo anterior importa un esclarecimiento de la forma tecnica en la que, por lo general, han de plantearse los problemas de inconstitucionalidad de normas -y actos- ante contenidos constitucionales abiertos y de elevado contenido axiologico como el de los derechos fundamentales. No olvidando, dentro de este contexto, el significado que tiene, para la interpretación de nuestro ordenamiento constitucional, el empleo jurisprudencial de la teoria del contenido esencial de los derechos fundamentales, cuando aquél no lo ha consagrado expresamente como si lo han hecho constituciones de otros Estados (v.gr. Alemania y España).

- *La aplicación del principio interpretativo de unidad de la Constitución.*- En el fundamento tercero del citado voto singular, se acude al principio de unidad de la Constitución, a efectos de interpretar la proscripción casi absoluta de la limitación de derechos politicos que parece sugerir una interpretación literal del ya mencionado articulo 31° de la Constitución, con su desarrollo y subsecuente limitación a los que el legislador se halla habilitado por virtud de la reserva de ley que aquélla menciona (Art. 2, inc 17) para el ejercicio, entre otros, del derecho de referéndum. En mérito al recurso a dicho principio, lo que al inicio parecia una antinomia constitucional -no limitación de los derechos politicos frente a la habilitación para configurar su ejercicio y limitarlos-, no resulta tener tal condición
- *Principio de incompatibilidad irreconciliable o manifiesta de una inconstitucionalidad.*- A efectos de admitir una situación de inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que "para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles."[69]
- *Principios de razonabilidad y proporcionalidad.*- En diversas circunstancias, el Tribunal Constitucional ha acudido a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en casos de sentencias en procesos de inconstitucionalidad, asi, en la recaida en el proceso contra el articulo 4° de la propia LOTC[70].
- *Ponderación de principios y valores.*- Se ha empleado, también, la ponderación de principios. Asi, del principio democrático, de seguridad, del valor justicia.[71]
- *Principios de interpretación constitucional.*- Se ha empleado los principios de presunción de constitucionalidad, declaración de inconstitucionalidad como última ratio, interpretación conforme a la Constitución[72].
- *Principio de libertad y de dignidad de la persona.*- En el Fundamento de voto de un Magistrado en la sentencia recaida en el proceso de inconstitucionalidad contra la ley que modificaba la Ley de Politica Nacional de Población, por la que se suprimia la esterilización como método de planificación familiar, se invocó el principio de libertad asi como el principio de dignidad.[73]

---

[69] Fundamento N° 3 de la Sentencia recaida en el proceso de inconstitucionalidad contra el articulo 4° de la LOTC

[70] Fundamento 5° de la Sentencia. Exp. 005-96-I/TC.

[71] Idem.

[72] Idem.

[73] *Voto del señor García Marcelo discordante, parcialmente, con los Fundamentos de la Sentencia y concordante con la parte resolutiva del Fallo* Exp N° 014-96-I/TC.

IV. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL MODELO PERUANO.

Lo esencial de este revisión del control de la constitucionalidad en el modelo peruano, tanto en lo que concierne al control difuso como en lo que respecta al control concentrado, es habernos permitido la identificación de los principales problemas que presenta nuestro modelo de jurisdicción constitucional. En tal sentido, pensamos que éstos los hallamos básicamente en los siguientes puntos:

a) En cuanto al Tribunal Constitucional:
- Votación requerida para la declaración de inconstitucionalidad
- Votación requerida para la modificación de jurisprudencia
- Necesidad de Magistratura suplente
- El Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución

b) En cuanto al control difuso:
- Necesidad de la incorporación de una nueva competencia al Tribunal Constitucional: la "consulta" en el control difuso

IV.1 VOTACIÓN REQUERIDA PARA LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Uno de los puntos que mayor debate generó desde que fuera discutido en el seno del propio Congreso es el concerniente a la votación requerida para la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En efecto, el articulo 4° de la LOTC, en su segundo párrafo establece lo siguiente: "El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoria simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen seis votos conformes."

Como es sabido, el Tribunal se compone de siete magistrados. En este contexto, resulta claro que el número de votos requerido por dicha norma constituye una mayoria cualificada extremadamente elevada. Esto ha sido criticado por diversos sectores de la doctrina peruana, por constituir una excesiva exigencia, por tanto, este es un aspecto que requiere inmediata modificación en vistas a disminuir a un número más razonable, que puede residir, por ejemplo, en una mayoria cualificada de cinco votos.

IV.2 VOTACIÓN REQUERIDA PARA LA MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, es menester, también, modificar el articulo 55° de la LOTC en la que se establece el número de votos exigidos para modificar la jurisprudencia. Esta norma establece lo siguiente: "Cuando el Tribunal decida apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente sentada por él, la resolución se adopta por no menos de seis votos conformes."

Esto es importante, en la medida de que, como es sabido, ante eventuales mutaciones en el sistema de valores, o en caso de una evolución de la jurisprudencia constitucional, o eventualmente, ante un cambio de las circunstancias fácticas, él, bajo el señalamiento de los fundamentos que le sirven de base para la nueva valoración, puede, legitimamente, variar la jurisprudencia previamente establecida. Sin embargo, nuevamente, como en el caso anterior, el número de votos exigidos para tal efecto es excesivamente elevado, pues se trata de una mayoria cualificada similar a la anterior, que equivale prácticamente a exigir un asentimiento unánime, con lo cual, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ve imposibilitada. Esto no es conveniente, pues, si el derecho se caracteriza por su constante mutabilidad, esto se acentúa en el caso del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional.

IV.3 NECESIDAD DE MAGISTRATURA SUPLENTE

La LOTC no ha previsto la existencia de Magistratura suplente que ante eventuales casos de impedimento ó abtenciones, permita que el Tribunal pueda, en cuanto órgano colegiado, emitir su fallo Esto es significativo para dictar sentencia en los procesos de inconstitucionalidad. Sería necesario que se implementara una modificación de la legislación en ese sentido, lo cual, evitaría qué se presentaran casos anómalos en los que no se llegue a sentenciar por excusa de los magistrados tal como sucedió en el caso del proceso de inconstitucionalidad contra la ley interpretativa N° 26617 del artículo 112° de la Constitución, en el que, por razón de que cuatro de sus magistrados habían expresado su opinión al respecto en eventos académicos, previamente al hecho de que se presentara la demanda de inconstitucionalidad, tuvieron que abstenerse, de modo tal que, en tal caso, el Tribunal resultaba imposibilitado de sentenciar, pues como se dijo él se compone únicamente de siete magistrados y el quórum es de seis de ellos.

Ciertamente, el acontecimiento recurrente de supuestos como el descrito es poco probable, pero ello no descarta que se produzca. Por esto, la necesidad de su implementación inmediata es razonable, mucho más si se repara que ello es de significativa importancia en un sistema que cuenta con un reducido número de magistrados y se advierte que las legislaciones de otros países tiene previsto la magistratura suplente. Por otra parte, no debe omitirse que esto tiene relación directa con el principio de colegialidad, pues, el mecanismo de la suplencia de magistratura favorece a que el Tribunal, en cuanto órgano colegiado, pueda funcionar y no bloquearse por los problemas como el mencionado.

Para este efecto, en la medida que la Constitución no tiene previsto la magistratura suplente, habría que proceder a una reforma constitucional, no obstante, ello no parece necesario, pues, en principio, no se modifica el número de magistrados que componen el Tribunal, por lo que bien, podría efectuarse modificando sólo la LOTC.

Esta ha sido una problemática constante de la organización de la jurisdicción constitucional concentrada en el Perú. El Tribunal de Garantías Constitucionales tuvo un problema de similar la magistratura constitucional.

IV.4 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CUANTO INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN

Que el Tribunal Constitucional tiene la condición de intérprete supremo de la Constitución no es algo reconocido de modo expreso por la propia Constitución, sin embargo él tiene esa condición debido a su propia naturaleza dentro de un Estado Constitucional de Derecho y debido a otras razones que brevemente pasamos a exponer, no sin antes relievar la circunstancia que la doctrina nacional le ha reconocido también la misma naturaleza, de manera prácticamente unánime[74].

Es de recordar que en el proceso de discusión del proyecto de la propia Constitución de 1993, uno de los anteproyectos sobre el Título sobre "Garantías Constitucionales" contemplaba un artículo que de modo expreso le atribuía la condición de "intérprete supremo de la Constitución". Ello motivó ardua discusión, reivindicándose tal condición para el poder legislativo. Finalmente, la norma en mención fue dejada de lado. Lo mismo ocurrió con motivo de la discusión de los proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional, donde uno de ellos contemplaba una disposición análoga a la antes comentada El debate se desenvolvió en similares términos, optándose finalmente por descartar la mención expresa de la condición de supremo intérprete del Tribunal. El corolario del debate es que no existe aún en el ordenamiento constitucional peruano un cabal entendimiento del Tribunal Constitucional dentro del sistema constitucional peruano y la preeminencia que en ese contexto de pluralidad de interpretes constitucionales (*Peter Haberle*) el tiene

[74] Cfr Danós Ordoñez, Jorge "Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional" en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 10, CAJ, 199 , p. 285; Abad Yupanqui, Samuel "La Jurisdicción Constitucional Peruana en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas" en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes. Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 4, CAJ, Lima, 1995, pp. 216 y ss; Blume Fortini, Ernesto "El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución" en *Pensamiento Constitucional*, N°3, Año III, PUCP, 1996, pp. 331 y ss.

El Tribunal Constitucional es dentro del ordenamiento constitucional peruano el intérprete supremo de la Constitución debido a razones que podrían ser agrupadas en dos ámbitos: las de orden institucional y las de orden normativo.

Estas últimas han sido radicadas en la implicitud de esa condición en determinadas normas de la LOTC. En efecto, ésta precisa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de una norma impiden que los jueces ejerzan respecto de ella el control difuso, precisando además la suspensión de los procesos de acción popular (control abstracto de constitucionalidad y legalidad de normas de rango infralegal) en los que se impugne una norma por contravenir otra de rango de ley que es motivo del proceso de inconstitucionalidad pendiente (Art. 38°). El primer caso supone una consecuencia lógica de una adecuada incardinación del control concentrado con el control difuso, que tiene como resultado que en un sistema dual, al menos en el ordenamiento constitucional peruano, sea la interpretación del órgano competente del control concentrado, la que revista primacía en materia constitucional. A la misma conclusión conlleva la norma que dispone la suspensión del proceso de acción popular, nuevamente, el bien constitucional implícitamente tutelado es la primacía interpretativa de la Constitución del Tribunal. A ello también conduce otro artículo de la LOTC (art.48°), el cual estipula que "Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste suspenderá el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.". Así, la *ratio iuris* que subyace tras estas formulaciones normativas es que sea éste el intérprete supremo de la Constitución, de modo que los órganos del poder judicial tengan que suspender los procesos que conocen hasta en tanto aquél establezca, de manera vinculante, el modo en el que tendrá que interpretar la Constitución

Adicionalmente a lo antes mencionado, una norma que tiene una especial y, acaso, contundente significado en lo que concierne a la afirmación de la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional, es la primera disposición general de la LOTC, según ésta, los jueces y tribunales interpretan y aplican las normas con rango de ley según los principios y preceptos constitucionales conforme a la interpretación que de ellos establezca el Tribunal Constitucional en todos los tipos de procesos que conoce. De esta forma el criterio interpretativo esgrimido por el Tribunal sentado en todos los procesos constitucionales sobre los que tiene competencia, esto es, los de inconstitucionalidad, tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento) y los procesos competenciales (conflicto de competencia y de atribuciones), es vinculante para el Poder Judicial en todas sus instancias.

El argumento de orden institucional está basado en la naturaleza del Tribunal Constitucional en cuanto órgano de control de la constitucionalidad en un Estado constitucional de Derecho. El que sea éste, y no otro órgano, dentro del esquema institucional de nuestro ordenamiento, el encargado del "control de la Constitución", conlleva correlativamente, la supremacía interpretativa sobre el resto de los que componen el sistema constitucional. Para esto debe tenerse en cuenta que esta función de "control" no se efectúa ni se puede efectuar, sino a través de la interpretación. Por tanto, si el control se efectúa a través de la interpretación y el control tiene un titular que es el Tribunal Constitucional, habrá que concluir en que éste tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución.

En consecuencia, si atendiendo a la razón de orden institucional y las de orden normativo antes explicitadas, concluimos en sostener que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, resultaría conveniente que se estableciera ese status de modo expreso en la Constitución, para de ese modo evitar desinterpretaciones que sólo conducirían a la pervivencia de disfuncionalidades entre el Tribunal y el Poder Judicial, como las que advertimos en el control difuso, y a morigerar y limitar el auténtico significado del Tribunal Constitucional dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Claro está que si lo anterior es lo más conveniente, ha de señalarse que ello no es necesariamente indispensable, pues podría simplemente acudirse a modificarse la LOTC introduciéndolo en su artículo primero.

Con esto no se piense que los problemas de la fragmentación de unidad interpretativa de la constitución más allá de los procesos constitucionales (por ejemplo, a través de un proceso

penal, civil, laboral, etc conocido en sede definitiva por las Salas de la Corte Suprema), pueden ser descartados definitivamente, lo único posible es que explicite normativamente las consecuencias de la supremacia interpretativa en materia constitucional, por parte del Tribunal Constitucional, por ejemplo, precisando que las materias constitucionales ya definidas por el deberán ser seguidas por los órganos judiciales, salvo los casos en los que el Tribunal no habría sentado aún criterio jurisprudencial alguno. La inversa sí sería posible esto es, que el Tribunal no siga un aspecto constitucional ya definido por el Poder Judicial, pues él es supremo intérprete de la Constitución.

Resultaría incompleto este apartado si no se aborda una tesis que entiende que el supremo intérprete de la Constitucion es el poder legislativo, esto es, el Congreso Como se tiene dicho, esta tesis fue enfáticamente sustentada durante la elaboración de la actual Constitucion así como durante el debate de la que hoy vigente LOTC. Probablemente sea esta la tesis que con mayor insidencia se afirma contra la supremacia interpretativa constitucional del Tribunal A este respecto cabe señalar que la doctrina más autorizada, confirmada además por el derecho comparado, es que dentro de un Estado Constitucional de Derecho es el Tribunal o Corte constitucional el intérprete supremo de la Constitución.

La Constitucion peruana se halla inscrita dentro de las que tienen como fundamento de su sistema político, la institución de un Estado Constitucional de Derecho Esta fórmula describe una organización política en la cual la Constitución tiene la cualidad de una auténtica fuente de derecho con la consiguiente vinculatoriedad erga omnes que ella reviste y, porque, correlativamente y en cuanto *conditio sine qua non*, acompaña a lo anterior el diseño de mecanismos jurídico-procesales encaminados a proteger la primacía de la Constitución En consecuencia, la guarda de la Constitución ya no es implementada a través de mecanismos puramente políticos como la resultante de la correlación de las fuerzas políticas, sino a través de mecanismos jurídicos y, específicamente, jurídicoprocesales, esto es, no a través de las relaciones parlamento-gobierno y de la consiguiente relaciones entre las fuerzas políticas subyacentes, sino a través de una jurisdicción. Podría afirmarse metafóricamente que la tutela de la Constitución se desplaza de una fase de autocomposición no procesalizada a una de heterocomposición procesalizada. Creemos que esta expresión metafórica grafica la escisión fundamental entre un mero Estado de Derecho y un Estado Constitucional de Derecho como de forma tan acertada se ha encargado de puntualizarlo Manuel García Pelayo La consecuencia que resulta vital a efectos de lo que nos concierne es que, de este modo, el intérprete supremo de la Constitucion no es un órgano político como el Congreso, sino un órgano jurisdiccional, un *Juez* de la Constitución, el Tribunal Constitucional

Que el Congreso tiene la facultad de interpretar la Constitución lo tiene ciertamente, pero precisemos, esta facultad se desenvuelve en la forma de desarrollo legislativo de la Constitución, *praeter* o *secundum constitutionem*, más no como autoridad jurisdiccional, esto es, como *la autoridad* que finalmente "dice el derecho" de modo vinculante.

IV.5 NECESIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE UNA NUEVA COMPETENCIA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA "CONSULTA" EN EL CONTROL DIFUSO

Los problemas descritos en lo que se denominó como interpretación disonante de la Constitucion tienen efectos negativos en el ordenamiento constitucional peruano que pueden puntualizarse en los siguientes extremos:

- quiebra de la unidad interpretativa de la Constitución; la disonancia interpretativa de la constitucion enerva y, eventualmente, bloquea la interpretación unitaria de la Constitución, la cual, sin desconocer la pluralidad de interpretaciones que una norma constitucional puede albergar, ha menester por mérito de la seguridad jurídica, e incluso de la unidad de la Constitución y del propio ordenamiento jurídico;
- desfavorece la fuerza normativa de la Constitución; la vocación normativa de la Constitución y su pretensión de alcanzar con plenitud una vigencia real y efectiva resulta debilitada si hay diversas interpretaciones.

- atenta con el principio de igualdad en la aplicación de la ley, en cuanto dos situaciones jurídicas han sido tratadas de modo diferente por el ordenamiento jurídico, en base a interpretaciones diferentes.

Puesto que son negativos las consecuencias del problema de disonancia interpretativa de la Constitucion o, si se prefiere, de la quiebra de la unidad interpretativa de la Constitución, es indispensable que en nuestro ordenamiento se incorpore algún mecanismo procesal que lo evite. El hilo conductor en esta propuesta es que sea el Tribunal Constitucional el órgano que, a través de cualquier conducto procesal, conozca de todos los procesos en los que se ejerce el control difuso. Para tal efecto, dos vías pueden implementarse: la denominada cuestion de inconstitucionalidad o la elevación o remisión en consulta al Tribunal de los casos que supongan incompatibilidad de la ley con la Constitución. La primera implica una tesis demasiado radical en la medida que supondría, prácticamente, alejarnos del modelo dual que nos inspira. La segunda resulta más adecuada, pues en principio, se mantiene el poder-deber de control difuso de toda instancia jurisdiccional, con la particularidad que la resolución por ella expedida sea elevada o remitida al Tribunal Constitucional en consulta vinculante, la que ciertamente, de ser aprobatoria, tiene efectos concretos, meramente inaplicatorios. Esta propuesta no hace sino desarrollar coherentemente las consecuencias de la condición de supremo intérprete de la Constitución del que el Tribunal Constitucional se halla investido[75] y, que, además, halla precedente en una propuesta algo similar efectuada en el Asamblea Constituyente de 1979.[76]

Desde luego para ello hay la necesidad de acudir a una reforma del artículo 202° de la Constitución en el que se enuncian las competencias del Tribunal Constitucional a fin de se que incorpore esta nueva competencia. Esto se torna inevitable debido al sistema de cláusula de *numerus clausus* por la que la Constitución ha optado en la determinación de las competencias del Tribunal.

CONCLUSIONES

1) El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú se efectúa simultáneamente a través del control concentrado y del control difuso. Ambas formas discurren paralelamente, el primero de conocimiento exclusivo del Tribunal Constitucional, el segundo, por todos los Jueces y Cortes del Poder Judicial e, incluso por el propio Tribunal Constitucional en los procesos de tutela de derechos cuando le toca resolver los recursos extraordinarios.
2) El control difuso o concreto es el poder deber de todo Juez de inaplicar normas incompatibles con la Constitución, que en el sistema peruano comprende a jueces de paz, jueces de primera instancia, Salas de las Cortes Superiores y Salas de la Corte Suprema. En el supuesto de que el fuera ejercido en el curso de algún proceso ordinario, éste es elevado o remitido en consulta a la Sala Constitucional y Social de la República con la finalidad de mantener uniformidad jurisprudencial y de que haya un órgano central del Poder Judicial en el control difuso de la constitucionalidad.
3) A diferencia del procedimiento anterior, el control difuso en los procesos constitucionales de tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), a partir de una interpretación que sea compatible con el carácter de intérprete supremo de la Constitución del Tribunal Constitucional, debe excluir que el

---

[75] Vid. Infra.

[76] Es algo similar porque la propuesta de entonces mantenía la elevación en consulta a la Corte Suprema, de la que, por consideraciones de celeridad procesal, nosotros la omitimos para que dicha consulta sea elevada directamente al Tribunal Constitucional. En efecto, el Proyecto de Constitución de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente de la Constitución de 1979, establecía en su capítulo referido al Poder Judicial lo siguiente: "Artículo 242°.- En caso de que el juez deje de inaplicar una ley por considerarla incompatible con una norma constitucional, la sentencia debe ser elevada en consulta a la Corte Suprema. La Corte Suprema para resolver, elevará previamente el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una ley." Este artículo guardaba concordancia con otro del mismo proyecto (Art. 300°, inc. 2) en el que se atribuía a dicho Tribunal la competencia para "Pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley en el curso del artículo 242°" Vid. Danós Ordóñez, Jorge y Sousa Calle, Martha "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general" en Eguiguren Praeli, Francisco (director) *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1987, pp. 310-311.

proceso sea elevado en consulta a la Sala Constitucional y Social. Este aspecto no ha sido previsto específicamente por la legislación vigente, de modo tal que se impone, de inmediato, una regulación al respecto

4) La circunstancia de que, por un lado, el control concentrado sea de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional y de que, por otro, el control difuso termine finalmente a cargo de la Sala Constitucional y Social, puede originar una disonancia interpretativa o ruptura de la unidad interpretativa de la Constitución que resulta inconveniente para el ordenamiento jurídico por diversas razones. En consecuencia, es necesario la reforma de la legislación vigente para que se incorpore un mecanismo procesal que lo evite, el mismo que pensamos se halla en la consulta vinculante como una competencia adicional del Tribunal Constitucional. A este respecto es imprescindible la inmediata modificación de la legislación vigente a efectos de incorporar la consulta como una competencia adicional del Tribunal Constitucional. De esta forma, todos los procesos , de la materia que fueren, en los que se haya ejercido el control difuso, serían elevados en consulta al Tribunal y no a la Sala Constitucional, con lo cual se evita la quiebra de la unidad interpretativa de la Constitución y se desplaza la titularidad de la última palabra, en lo que concierne al control difuso, al órgano al que realmente corresponde la interpretación final de la Constitución, el Tribunal Constitucional

5) La escasa regulación sobre el control difuso así como su dispersidad (Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Habeas Corpus y Amparo, Código Procesal Civil) exigen la inmediata expedición de una regulación autónoma de esta institución, la que, además, debido su naturaleza procesal constitucional, deberá formar parte de lo que será un Código Procesal Constitucional.

6) El Tribunal Constitucional ha ejercido el control difuso en algunos procesos de tutela de derechos que ha resuelto a través del recurso extraordinario. El carácter vinculante de su jurisprudencia tiene como consecuencia que las normas inaplicadas resulten prácticamente expulsadas del ordenamiento jurídico.

7) La breve experiencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre procesos de inconstitucionalidad ha reflejado el caso de algunas sentencias interpretativas así como el desarrollo de algunos aspectos importantes de la dogmática constitucional (distinción entre derechos y garantías constitucionales, contenido esencial de los derechos, aplicación de principios, entre otros) Se resalta la bondad de las sentencias interpretativas porque a través de ellas el Tribunal participa activamente en el proceso de perfeccionamiento del derecho, contribuye a una relación menos tensional entre los órganos del Estado que, por lo general, desencadena la sentencia del proceso de inconstitucionalidad y con ello, afianza el proceso de integración del Estado.

8) Aún cuando su ley orgánica, no atribuya de modo expreso al Tribunal Constitucional, la condición de supremo intérprete de la Constitución, él tiene esa condición debido a que la ley orgánica contiene algunas normas que permiten inferir tal status y debido a su naturaleza institucional en cuanto órgano de control de la constitucionalidad.

9) La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, presenta algunos aspectos que resultan inconvenientes para un adecuado ejercicio de su función en los procesos de inconstitucionalidad. Para ello es necesario su modificación en los siguientes puntos disminuir la mayoría cualificada exigida para la declaración de inconstitucionalidad a cinco votos aprobatorios, disminuir al mismo número la mayoría exigida para modificar la jurisprudencia, la incorporación de un sistema de magistratura suplente, y, la consignación expresa en la ley orgánica, de la condición de intérprete supremo de la Constitución propia del Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, Samuel "La Jurisdicción Constitucional Peruana en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas" en *Una mirada a los Tribunales*

Constitucionales. Las experiencias recientes. Lecturas Constitucionales Andinas, N° 4, CAJ, Lima, 1995, pp 191-240.

Blume Fortini, Ernesto "El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución" en *Pensamiento Constitucional*, N°3, Año III, PUCP, 1996, pp. 293-337.

Congreso Constituyente Democrático *Diario de los Debates. Debate Constitucional, Pleno 1993*. Constitución Política de 1993. Tomo III, publicación oficial, Lima-Perú, pp. 1965 y ss

Danós Ordoñez, Jorge "Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional" en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 10, CAJ, Lima

Danós Ordóñez, Jorge y Sousa Calle, Martha "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general" en Eguiguren Praeli, Francisco (director) *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1987, pp. 281-393.

Díaz Zegarra, Walter A. *Los Procesos Constitucionales*, Palestra Editores, Lima, 1999.

Eguiguren Praeli, Francisco "Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas" en *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp.115-133.

Eguiguren Praeli, Francisco "Experiencia del Tribunal Constitucional Peruano" en Justicia Constitucional. Reflexiones y análisis, Revista Constitucional, N° 1, Sucre-Bolivia, 1999, pp.143-163.

Elia, Leopoldo "Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)" en AA.VV. *Scritti su la giutizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, Milano, Vol.I, pp. 299-324.

García Belaunde, Domingo "El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú" en *IUS ET PRAXIS*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 13, Lima, 1989, pp.145-153.

García Belaunde, Domingo "Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993" en *La Constitución de 1993 análisis y comentarios. Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 10, Lima, CAJ, pp.253-264.

García Belaunde, Domingo "La jurisdicción constitucional en Perú" en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 831-854.

García Belaunde, Domingo "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo" en *La justicia constitucional a finales del siglo XX*, Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Año VII, N° 6, Huancayo, 1998, pp.139-154.

García Pelayo, Manuel "Estado legal y Estado Constitucional de Derecho" en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 1, CAJ, Lima, pp.25-43.

Landa Arroyo, César "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano" en *Pensamiento Constitucional*, N° 2, PUCP, Lima, 1995, pp. 73-114.

Landa Arroyo, César "Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993" en *IUS ET VERITAS*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP, año IX, N° 18, Lima, 1999, pp.8-36.

Mesia Ramirez, Carlos "La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1993" en Gutiérrez, Walter y Mesia, Carlo (compiladores) *Derechos Humanos*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995

Pierandrei, Franco "La Corte Costituzionale" (voz) en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, Vol X, pp 874-1036

Quiroga León, Aníbal "Control 'difuso' y control 'concentrado' en el derecho procesal constitucional peruano" en *DERECHO*, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 50, Lima, 1996, pp 207-233

Silvestri, Gaetano "Le sentenze normative della Corte Costituzionale" en AA.VV. *Scritti su la giustizia costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, Milano, Vol.I, pp. 755-794.

Tribunal Constitucional del Perú "Legislación Procesal Constitucional. Las Garantías Constitucionales"

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Portugal



III CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DA IBERO-AMÉRICA, PORTUGAL E ESPANHA

Guatemala, Novembro de 1999

Relatório português (*)

(*) - Relatório elaborado por António de Araújo e Joaquim Pedro Cardoso da Costa, assessores do Gabinete do Presidente do Tribunal Constitucional

ÍNDICE

I - INTRODUÇÃO

II – O CONTROLO CONCRETO DA CONSTITUCIONALIDADE

1 – Legitimidade activa

1.1 – A legitimidade do Ministério Público e dos particulares

1.2 – A suscitação da questão de constitucionalidade "durante o processo" como condição de legitimidade

1.3 – O interesse processual como questão de legitimidade

2 – Condições de acesso à justiça constitucional

2.1 – Condições gerais

2.1.1 – Recurso das *decisões dos tribunais*

2.1.2 – Recurso de *normas*

2.1.3 – Patrocínio judiciário

2.2 – Condições específicas dos diversos recursos de constitucionalidade

2.2.1 – O recurso previsto no artigo 70°, n° 1, alínea *a)*, da LTC

2.2.2 – O recurso previsto no artigo 70°, n° 1, alínea *b)*, da LTC

3 – Desenvolvimento do processo constitucional

4 - Debate

5 – Órgãos da justiça constitucional

6 – Normas impugnáveis

7 – Efeitos das decisões

8 – As decisões do Tribunal: estrutura, publicidade e estatística

9 – Interdição do uso indevido do recurso de constitucionalidade. Instrumentos de promoção processual

III – O CONTROLO ABSTRACTO DA CONSTITUCIONALIDADE

1 – Legitimidade

2 – Objecto do pedido

3 – Órgão de controlo da constitucionalidade

4 - Questões formais de acesso ao processo

5 – Tramitação do processo

6 – Debate e publicação

7 – Decisão e seus efeitos

I - INTRODUÇÃO

O presente relatório visa proceder a uma exposição dos aspectos *dinâmicos* do sistema português de controlo da constitucionalidade. Mais do que descrever a "anatomia" desse sistema, pretende-se apresentar os traços mais significativos da sua "fisiologia", privilegiando o enunciado de alguns "problemas" suscitados pela *concretização prática* dos mecanismos de fiscalização judicial da constitucionalidade instituídos pela Constituição da República Portuguesa (CRP) e pela Lei do Tribunal Constitucional (LTC) (1).

No entanto, a exposição da "dinâmica" do sistema pressupõe, como é evidente, o conhecimento da sua "estática", ou seja, das espécies e modalidades do controlo da constitucionalidade existentes no direito português.

1. A CRP prevê as seguintes modalidades de controlo judicial da constitucionalidade e de certas formas de "ilegalidade qualificada":

a) - O **controlo preventivo** (CRP, artigo 278º), que incide sobre normas constantes de convenções internacionais que o Estado português vá subscrever ou de decretos a ser promulgados como leis ou como decretos-lei e que é realizado por iniciativa do Presidente da República ou, tratando-se de diplomas regionais, dos Ministros da República para as regiões autónomas. No caso das leis orgânicas, a fiscalização preventiva pelo Tribunal Constitucional pode ainda ser requerida, além do Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro ou por 1/5 dos Deputados à Assembleia da República em efectividade de funções (CRP, artigo 278º, nº 4).

---

1 Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, alterada pelas Leis nºs. 143/85, de 26 de Novembro, 85/89, de 7 de Setembro, 88/95, de 1 de Setembro, e 13-A/98, de 26 de Fevereiro.

b) - O **controlo abstracto sucessivo** (CRP, artigo 281°), que incide sobre todas e quaisquer normas do ordenamento jurídico português e que pode ser requerido pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Provedor de Justiça, pelo Procurador-Geral da República e por 1/10 dos Deputados à Assembleia da República. Quando estiverem em causa direitos das regiões autónomas, podem também requerer a fiscalização abstracta sucessiva os Ministros da República, as assembleias legislativas regionais. os respectivos presidentes ou 1/10 dos seus deputados e, bem assim, os presidentes dos governos regionais.

c) - O **controlo concreto** que, nos termos da CRP e da LTC, prevê o recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

– que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em inconstitucionalidade [CRP, artigo 280°, n° 1, alínea *a)*; LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *a)*];

– que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo [CRP, artigo 280°, n° 1, alínea *b)*; LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *b)*];

– que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação de lei com valor reforçado (2) [CRP, artigo 280°, n° 2, alínea *a)*; LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *c)*];

2 Nos termos do artigo 112°, n° 3 da CRP, têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas.

– que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República (3) [CRP, artigo 280°, n° 3, alínea *b)*; LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *d)*];

– que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma [CRP, artigo 280°, n° 2, alínea *c)*; LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *e)*];

– que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n° 2 do artigo 280° da CRP [CRP, artigo 280°, n° 2, alínea *d)*; LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *f)*];

– que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional [LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *i)*] (4).

d) - O **controlo da inconstitucionalidade por omissão** (CRP, artigo 283°) pode ser requerido pelo Presidente da Republica e pelo Provedor de Justiça e, quando estiverem em causa os direitos de uma região autónoma, pelo presidente da respectiva assembleia legislativa regional.

---

3 Nos termos do artigo 112°, n° 5 da CRP, são leis gerais da República as leis e os decretos-leis cuja razão de ser envolva a sua aplicação a todo o território nacional e assim o decretem.

4 O artigo 280°, n° 5, da CRP, e o 70°, n° 1, alínea *g)*, da LTC contemplam ainda o recurso das decisões judiciais que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constituicional. O artigo 70°, n° 1, alínea *h)*, da LTC prevê o recurso das decisões judiciais que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional, nos precisos termos em que seja requerida a sua apreciação ao Tribunal Constitucional.

2. A Constituição, no artigo 222°, define as regras gerais da composição do Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, dos quais dez juízes são eleitos pela Assembleia da República, por maioria qualificada de 2/3 dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, e três juízes são cooptados pelos primeiros, também por maioria qualificada (CRP, artigo 222°, n° 1) (5).

Dos treze juízes, seis têm de ser "obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais" e os restantes sete, de entre juristas (CRP, artigo 222°, n° 2).

O mandato dos juízes é de 9 anos e não é renovável (CRP, artigo 222°, n° 3) (6).

O Presidente é eleito por todos os juízes do Tribunal (CRP, artigo 222°, n° 4).

As regras constitucionais sobre a composição do Tribunal Constitucional e o estatuto dos juízes são, depois, pormenorizados na Lei Orgânica do Tribunal, em termos dos quais se destacam os seguintes:

– Os candidatos a juízes têm de ser cidadãos portugueses no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos que sejam doutores, mestres ou licenciados em direito ou juízes dos outros tribunais (artigo 13°, n° 1, LTC);

– Não existem quaisquer requisitos de idade mínima ou máxima ou qualquer tempo de experiência profissional para o exercício de funções como juiz constitucional. Ainda assim, há determinados "limites implícitos": 1) um limite mínimo de idade,

5 Cf.. o artigo 163°, alínea *i)*, CRP, e o artigo 19° LTC.
6 Esta regra foi introduzida na revisão constitucional de 1997. Antes, o mandato era de seis anos, renovável (possibilidade que foi salvaguardada, transitoriamente, quanto aos juízes em funções à data da alteração).

que resulta da necessidade de possuir a licenciatura em Direito e/ou a qualidade de "juiz dos outros tribunais"; 2) um limite máximo de idade, para os juízes dos restantes tribunais, que resulta do facto de não poderem ser designados aqueles que, no momento da designação, já tiverem atingido o limite de idade para o exercício da função (70 anos) (7);

– Os juízes do Tribunal Constitucional são independentes e inamovíveis, não podendo as suas funções cessar antes do termo do mandato para que foram designados, excepto nos casos previstos no artigo 23º LTC (morte, impossibilidade física permanente, renúncia, aceitação de lugar ou prática de acto legalmente incompatível com o exercício das suas funções, demissão ou aposentação compulsiva, em consequência de processo disciplinar ou criminal);

– Os juízes do Tribunal Constitucional não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, excepto nos termos e limites em que o são os juízes dos tribunais judiciais (artigo 24º LTC);

– Os juízes do Tribunal Constitucional são responsabilizados civil e criminalmente segundo as "normas que regulam a efectivação da responsabilidade civil e criminal dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça", valendo para eles, igualmente, "as normas relativas à prisão preventiva" aos últimos aplicáveis (LTC, artigo 26º). O prosseguimento do processo por crime cometido no exercício de funções depende, porém, de deliberação da Assembleia da República (artigo 26º, nº 2);

– O exercício de funções como juiz do Tribunal Constitucional é incompatível com o exercício de qualquer cargo ou função de natureza pública ou privada e, em

7 Cf. J. M. Cardoso da Costa, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 2ª ed. revista e actualizada, Coimbra,

especial, é incompatível com o exercício de funções em órgãos de soberania, das Regiões Autónomas ou do poder local (LTC, artigo 27°, n° 1). Exceptua-se desta regra de incompatibilidade o exercício de funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, desde que não remunerado (artigo 27°, n° 2, LTC);

– Os juízes do Tribunal Constitucional estão impedidos de exercer quaisquer funções em órgãos de partidos, de associações políticas ou de funções com eles conexas, e de desenvolver actividades político-partidárias de carácter público (artigo 28°, n° 1, LTC). Durante o exercício do cargo, suspende-se o estatuto decorrente da filiação em partidos ou associações políticas (artigo 28°, n° 2, LTC);

– O período do mandato dos juízes conta-se da data de tomada de posse perante o Presidente da República, e termina com a tomada de posse do juiz designado para ocupar o respectivo lugar (artigo 21°, n° 1, LTC). Entretanto, os juízes dos restantes tribunais que sejam designados para o Tribunal Constitucional e que, durante o período de exercício, completem 70 anos mantêm-se em funções até ao termo do mandato, como se dispõe no n° 3 do mesmo artigo (8);

– O mandato do Presidente e do Vice-Presidente é de metade do mandato dos juízes (ou seja, de 4 anos e meio), podendo haver recondução (artigo 37°, n° 1, LTC).

O Tribunal Constitucional reúne em plenário e em secções (artigo 40° LTC).

1992, pp. 14ss.

8 Em virtude do preceituado no artigo 21°, n° 1, LTC, segundo o qual os juízes só cessam funções com a posse do juiz designado para ocupar o respectivo lugar, o período de exercício pode prolongar-se, na prática, por mais de que o tempo "legal" do mandato. Assim aconteceu, designadamente, com 11 dos juízes cujo mandato (então, de seis anos) terminou em 1995, mas se mantiveram em funções, nos termos da cláusula de *prorrogatio* do artigo citado, até Março de 1998.

O Tribunal aprova o projecto do seu orçamento, a apresentar à Assembleia da República através do Governo, e aprova o orçamento das suas receitas próprias (9) (artigo 47°-A LTC).

9 Entre outras, o saldo da gerência do ano anterior e o produto de custas e multas (ver artigo 47°-B LTC).

II - O CONTROLO CONCRETO DA CONSTITUCIONALIDADE

1 - Legitimidade activa

1.1 - A legitimidade do Ministério Público e dos particulares

A legitimidade para recorrer para o Tribunal Constitucional, no âmbito do controlo concreto de constitucionalidade, vem definida no artigo 72° da LTC, cujo n° 1 determina o seguinte (10):

"1 - Podem recorrer para o Tribunal Constitucional:

a) O Ministério Público;

b) As pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso.

2 - ...

3 - ...

4 - ...".

Existe, pois, uma legitimidade própria do Ministério Público na defesa objectiva da ordem constitucional (11) e uma legitimidade dos particulares – pessoas singulares ou colectivas, nacionais ou estrangeiras (12) – que se afere pela lei reguladora do "processo-pretexto" (cível, laboral, criminal, etc.) de que emerge o recurso de constitucionalidade.

---

10 Cf. igualmente o n° 4 do artigo 280° da CRP.

11 Cf., neste sentido, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3ª ed., Coimbra, 1991, p. 450.

12 Sobre a legitimidade das pessoas colectivas e dos estrangeiros, cf. o *Relatório português à II Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha*, policop., pp. 32 e ss..

À primeira vista, portanto, o Ministério Público poderia intervir em *todos* os processos, ou seja, mesmo naqueles em que não dispusesse de interesse processual, visto que o artigo 72°, n° 1 da LTC lhe confere uma legitimidade *ex officio* genérica. No entanto, aquela norma tem de articular-se com outros preceitos da LTC relativos aos pressupostos das várias modalidades de recurso. Neste sentido, se o Ministério Público, sendo parte principal da causa, pretender recorrer para o Tribunal Constitucional nos termos do artigo 70°, n° 1, alínea *b)*, da LTC – recurso de decisões que apliquem norma arguida de inconstitucional pelas partes – só pode fazê-lo se possuir interesse processual (13).

E quando o Ministério Público não é parte na causa? Poderá interpor recurso das decisões de aplicação? O Tribunal considerou que, em jurisdição do trabalho, em que o Ministério Público tem sempre intervenção acessória, não pode interpor, como parte acessória, recurso de decisões de aplicação (14). Como se afirmou recentemente no acórdão n° 57/99, "o artigo 72°, n° 2 da Lei do Tribunal Constitucional só permite que o Ministério Público recorra (recurso facultativo) no caso previsto na alínea *b)* do n° 1 do artigo 70° – caso em que se estabelece efectivamente um recurso em defesa da Constituição – quando seja parte no processo e tenha previamente suscitado nos autos a questão de inconstitucionalidade, em inteira igualdade com as restantes partes".

Foi também à luz desta ideia que o Tribunal Constitucional considerou recentemente que, não tendo tido intervenção no processo como recorrente ou recorrido,

---

13 Cf. Guilherme da Fonseca e Inês Domingos, *Breviário de direito processual constitucional*, Coimbra, 1997, p. 18 (autores que, no entanto, se questionam sobre se o Ministério Público pode interpor esse recurso quando não é parte na causa); cf. ainda Mário Torres, "Legitimidade para o recurso de constitucionalidade", *Revista de Direito Público*, ano VII, n° 13, p. 20 [considerando que "a noção de parte não pode ser restritivamente reconduzida à noção de 'parte principal' do processo civil, antes deve ser utilizada como abrangendo todo e qualquer interveniente processual que (...) tenha legitimidade para suscitar perante o tribunal '*a quo*' a questão de inconstitucionalidade da norma que veio a ser aplicada na decisão recorrida"].
14 Cf. acórdãos n°s. 636/94, 171/95 ou 1187/96.

não possui o Ministério Público legitimidade para interpor o recurso a que se refere o artigo 79°-D da LTC (recurso para o plenário para uniformização de jurisprudência) (15).

Deve notar-se, por outro lado, que a CRP e o artigo 72° da LTC estabelecem a obrigatoriedade do recurso pelo Ministério Público nos seguintes casos (16):

– quando uma decisão judicial recusar, com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade, a aplicação de norma constante de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar (CRP, artigo 280°, n° 3; LTC, artigo 72°, n° 3) (17);

– quando uma decisão judicial aplicar norma já anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional (CRP, artigo 280°, n° 3; LTC, artigo 72°, n° 3);

– quando uma decisão judicial aplicar norma já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional (LTC, artigo 72°, n° 3);

– quando uma decisão judicial recusar a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com convenção internacional, ou a aplicar em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional (LTC, artigo 72°, n° 3).

---

15 Cf. o acórdão n° 57/99.

16 É ainda obrigatório para o Ministério Público, se intervier no processo como recorrente ou recorrido, o recurso para o plenário a que se refere o artigo 79°-D da LTC.

17 A generalidade da doutrina concebe o recurso obrigatório do Ministério Público nesta situação (recusa de aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade) como uma emanação de um princípio de *favor legis*; contudo, esta ideia foi contestada recentemente (cf. Rui Medeiros, *A decisão de*

Nestes casos, o recurso será sempre obrigatório para o Ministério Público? Não: o artigo 72°, n° 4 da LTC afirma que o Ministério Público pode abster-se de interpor recurso de decisões conformes com a orientação que se encontre já estabelecida, a respeito da questão em causa, em jurisprudência constante do Tribunal Constitucional.

Coloca-se ainda uma questão curiosa nos recursos de decisões que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional (ou ilegal) pelo Tribunal Constitucional. Nesses recursos, a que se refere o artigo 70°, n° 1, alínea *g)*, da LTC, o recurso é obrigatório para o Ministério Público. Imagine-se, no entanto, que o Tribunal altera a sua jurisprudência e passa a considerar que a norma em causa não é inconstitucional. Nesse caso, justifica-se manter a obrigatoriedade do recurso para o Ministério Público? O Tribunal tem respondido negativamente: nos casos em que a decisão recorrida haja aplicado norma já anteriormente julgada inconstitucional e depois se venha a verificar alteração da jurisprudência, por parte daquele, *através das suas duas secções* (18), no sentido da não inconstitucionalidade, cessa a obrigatoriedade do recurso do Ministério Público (19).

Finalmente, importa chamar a atenção para o artigo 74° da LTC, que determina:

– que o recurso interposto pelo Ministério Público aproveita a todos os que tiverem legitimidade para recorrer;

– que o recurso interposto por um interessado nos casos previstos nas alíneas *a)*, *c)*, *d)*, *e)*, *g)*, *h)* e *i)* do n° 1 do artigo 70° aproveita aos restantes interessados;

---

inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, Lisboa, 1999, pp. 70ss.).

18 Esta jurisprudência foi firmada numa altura em que o Tribunal possuía apenas duas secções, mas aplica-se *mutatis mutandis* à configuração actual do Tribunal, que prevê a existência de três secções (cf. o artigo 41°, n° 1 da LTC, na redacção introduzida pela Lei n° 13-A/98, de 26 de Fevereiro).

– que o recurso interposto por um interessado nos casos previstos nas alíneas *b)* e *f)* do nº 1 do artigo 70º aproveita aos restantes, nos termos e limites estabelecidos na lei reguladora do processo em que a decisão tiver sido proferida;

– que não pode haver recurso subordinado nem adesão ao recurso para o Tribunal Constitucional.

No que respeita à legitimidade dos particulares, ela obedece, portanto, às regras e aos princípios do "processo-pretexto" de que emerge a questão de constitucionalidade, como vimos. Será interessante referir um caso em que o Tribunal considerou não existir legitimidade à recorrente para impugnar a constitucionalidade de uma norma do Código de Processo Civil que prevê a comunicação à Ordem dos Advogados, para esta aplicar sanções aos mandatários, quando se reconheça que estes tiveram responsabilidade pessoal e directa nos actos pelos quais se revelou a má-fé na causa. O Tribunal considerou que existia um conflito de interesses no processo: a recorrente tinha interesse na aplicação dessa norma, pois ela faria diminuir a sua responsabilidade pelos prejuízos causados pela demanda; o advogado, por seu turno, não possuía qualquer interesse na aplicação dessa norma. Deste modo, o interesse processual na impugnação da constitucionalidade pertencia ao próprio mandatário, não à recorrente. O Tribunal considerou, assim, que o advogado não podia prevalecer-se da posição processual da sua cliente para litigar em prejuízo desta – e em seu proveito pessoal. Quanto à recorrente, não possuía, evidentemente, qualquer interesse na invalidação da norma, não dispondo, pois, de legitimidade processual (20).

1.2 - A suscitação da questão de inconstitucionalidade "durante o processo" como condição de legitimidade

---

19 Cf. os acórdãos nºs. 230/87, 239/87, 248/87, 291/87, 306/87, 389/87 e 390/87.
20 Cf. o acórdão nº 90/97.

O nº 2 do artigo 72º da LTC enuncia uma *condição específica* para ser parte legítima nos recursos de constitucionalidade a que se referem as alíneas *b)* e *f)* do nº 1 do artigo 70º da mesma Lei: ter suscitado a questão de constitucionalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer.

Por outras palavras, para possuir legitimidade nos recursos de decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo [LTC, artigo 70º, nº 1, alínea *b)*] ou das decisões que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo [LTC, artigo 70º, nº 1, alínea *f)*], é necessário *suscitar a questão de constitucionalidade ou de ilegalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal a quo*. Ou seja, mesmo que a parte disponha de legitimidade "de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida", nos termos do artigo 72º, nº 1, alínea *b)*, da LTC, só terá legitimidade no recurso para o Tribunal Constitucional se tiver suscitado a questão de constitucionalidade (21). É possível, assim, que, de dois sujeitos que possuam legitimidade no "processo-pretexto", só um seja parte legítima no recurso para o Tribunal Constitucional. Como, porém, o recurso interposto por um interessado aproveita aos restantes, nos termos do artigo 74º, nº 3 da LTC, uma tal falta de legitimidade acaba por não ter consequências.

A parte final do artigo 72º, nº 2 ["(....) de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer"] foi introduzida pela recente alteração à LTC, operada pela Lei nº 13-A/98, de 26 de Fevereiro, e vem consagrar uma abundante jurisprudência do Tribunal sobre o conceito de suscitação "durante o processo" da questão de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade).

Com efeito, o Tribunal afirmou, através de uma numerosa e reiterada jurisprudência, que suscitar uma questão de constitucionalidade "durante o processo" é fazê-lo em momento anterior à "decisão final" do tribunal recorrido, ou seja, enquanto neste a causa ainda se encontrar "pendente". O "processo" é concebido como um complexo de actos encadeados entre si e que tendem a um objectivo último, a decisão final (22), e, nessa medida, é antes dessa "decisão final" que a questão de constitucionalidade deve ser suscitada.

À noção de "decisão final" liga-se a ideia de trânsito em julgado, determinando o artigo 677° Código de Processo Civil que uma decisão se considera transitada em julgado quando não for susceptível de recurso ordinário ou reclamação. Seria possível, assim, suscitar a questão de constitucionalidade num momento em que, não sendo já admissível recurso ordinário, a decisão ainda era passível de reclamação? À primeira vista, poder-se-ia responder afirmativamente, com base na ideia de que, não tendo ainda transitado em julgado, a decisão recorrida ainda não era uma "decisão final" e, nessa medida, a causa ainda se encontrava "pendente" (23). No entanto, importa ter presente que: (1) após a prolação da decisão, só é possível requerer-se o suprimento dos vícios mencionados nos artigos 667° a 669° do Código de Processo Civil; (2) o poder jurisdicional do juiz *a quo* esgota-se, em princípio, com a prolação da decisão (Código de Processo Civil, artigo 666°, n° 1); (3) a eventual aplicação de uma norma inconstitucional não constitui erro material, não é causa de nulidade da decisão judicial nem a torna obscura ou ambígua (24). Por esse motivo, o Tribunal considerou que o pedido de aclaração de uma decisão judicial ou a arguição da sua nulidade já não são, em princípio, meios adequados para suscitar *pela primeira vez* uma questão de constitucionalidade "durante o processo".

---

21 Cf. o acórdão n° 373/89.
22 Cf. os acórdãos n°s. 3/83 e 100/85.
23 Cf., sobre este problema, o acórdão n° 3/83.
24 Cf., por exemplo, os acórdãos n°s. 194/87, 670/94, 126/95, 521/95 ou 366/96.

Na verdade, como se observou no acórdão nº 15/95, "a locução 'durante o processo' exprime precisamente o desiderato da suscitação na pendência da causa da questão de constitucionalidade, em termos de essa mesma questão ser tida em conta pelo tribunal que decide. Esta ideia é, afinal, corolário da natureza e sentido da fiscalização concreta de constitucionalidade das normas e, em especial, do recurso de parte que dela participa. Aí a questão de constitucionalidade é uma questão incidental, em estreita relação com o 'feito submetido a julgamento' [CRP, artigo 207º, actual artigo 204º], só podendo incidir sobre normas relevantes para o caso. O 'interesse pessoal na invalidação da norma' (G. Canotilho e Vital Moreira) só faz sentido e se concretiza na medida em que a parte confronte, em tempo, o tribunal que decide a causa com a controversa validade constitucional das normas que aí são convocáveis".

À luz desta ideia, o Tribunal vem considerando que já não são, *em princípio*, meios idóneos para suscitar atempadamente uma questão de constitucionalidade:

– a arguição de nulidade ou o pedido de aclaração da decisão (25);

– um requerimento autónomo em que se suscite a questão de constitucionalidade após a decisão (26);

– um requerimento-complemento de um pedido de aclaração (27);

– o próprio requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade (28);

25 Cf., por exemplo, os acórdãos nºs. 62/85, 90/85, 194/87, 46/88, 492/88, 273/90, 417/91, 164/92, 670/94, 126/95, 521/95 ou 366/96.
26 Cf. o acórdão nº 144/92.
27 Cf. o acórdão nº 334/92.
28 Cf. os acórdãos nºs. 69/85, 339/86, 70/88, 38/90, 20/91, 205/92.

– as alegações do recurso de constitucionalidade (29).

Estes já não são, *em princípio*, meios adequados para suscitar uma questão de constitucionalidade "durante o processo" perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer. Diz-se que já não são meios adequados "em princípio", uma vez que existam situações excepcionais que levam a dispensar o recorrente do ónus da suscitação antecipada da questão de constitucionalidade:

– em primeiro lugar, situações em que, por força de uma norma processual específica, o poder jurisdicional se não esgota com a prolação da decisão recorrida;

– em segundo lugar, situações, de todo em todo excepcionais ou anómalas, em que o recorrente não dispôs de oportunidade processual para suscitar a questão de constitucionalidade antes de proferida a decisão recorrida ou que, tendo essa oportunidade, não lhe era exigível que suscitasse então a questão de constitucionalidade.

Vejamos, desde logo, as situações em que, por força de uma norma processual específica, o poder jurisdicional se não esgota com a prolação da decisão recorrida. O Tribunal já teve de se confrontar com algumas situações desse tipo, podendo apresentar-se alguns exemplos:

– no acórdão nº 3/83 - neste caso, o recorrente havia suscitado a inconstitucionalidade de uma norma que atribuía competência em certa matéria ao tribunal recorrido e que, a considerar-se inconstitucional tal norma, determinaria a sua incompetência absoluta. Ora, nos termos do artigo 102º, nº 1, do Código de

Processo Civil, a incompetência absoluta pode ser arguida pelas partes em qualquer momento do processo. O tribunal recorrido ainda podia, pois, conhecer da questão de constitucionalidade que estava subjacente à arguição de incompetência absoluta. Tratava-se, pois, de uma situação em que o poder jurisdicional do tribunal *a quo* sobre a questão de constitucionalidade não se havia esgotado com a prolação da decisão recorrida;

– nos acórdãos nºs. 206/86 e 366/96 - nestes casos, os recorrentes haviam suscitado a questão de constitucionalidade durante a reclamação para fundamentar a tese de que ainda lhes era lícito invocar nesse momento determinada causa de nulidade do acórdão reclamado. O Tribunal considerou que a reclamação representa um meio idóneo para suscitar a inconstitucionalidade se nessa reclamação for questionada a "constitucionalidade de normas relevantes para a decisão de questões sujeitas ainda ao poder de jurisdição do tribunal (como serão as questões processuais autonomamente postas em tal reclamação)";

– nos acórdãos nºs. 352/89 e 306/90 - após a decisão final, o recorrente foi notificado da conta de custas e, ao reclamar desta conta, arguiu a inconstitucionalidade de normas do Código das Custas Judiciais ao abrigo das quais aquela conta havia sido elaborada. O Tribunal considerou que, apesar de já ter sido proferida a "decisão final" no processo, ainda era lícito ao recorrente suscitar a questão de constitucionalidade;

– no acórdão nº 190/90 - o Tribunal considerou que a arguição da inconstitucionalidade feita durante um incidente atípico, ocorrido após a prolação da decisão, pode ser um meio idóneo e atempado para suscitar pela primeira vez uma questão de constitucionalidade.

---

29 Cf. os acórdãos nºs. 122/84, 250/86, 62/88, 431/89, 205/90, 324/92.

Existe um segundo tipo de situações, que são aquelas, de todo em todo excepcionais ou anómalas, em que o recorrente não dispôs de oportunidade processual para suscitar a questão de constitucionalidade antes de proferida a decisão final. São, essencialmente, três tipos de casos (30):

– o interessado não teve a possibilidade de suscitar a questão em virtude de não lhe ter sido dada qualquer oportunidade para intervir no processo antes da decisão (31);

– o interessado interveio no processo, mas a questão de constitucionalidade só se colocou perante um circunstancialismo ocorrido após a sua última intervenção processual (32);

– ao interessado não era exigível que antevisse a possibilidade de aplicação da norma ao caso concreto, de modo a impor-se-lhe o ónus de suscitar a questão antes da decisão final (33).

---

30 Cf., a este propósito, Guilherme da Fonseca e Inês Domingos, *Breviário...*, cit., pp. 46ss.

31 Cf. os acórdãos nºs. 136/85, 47/90, 51/90 e 54/91.

32 Cf. o acórdão nº 94/88. Neste caso, a norma cuja inconstitucionalidade se questionava foi publicada depois da última intervenção processual do recorrente e antes de proferida a decisão.

33 Cf. os acórdãos nºs. 61/92, 188/93, 181/96, 569/95 e 596/96. É o caso, por exemplo, em que o recorrente se viu confrontado com uma interpretação de todo em todo "anómala" ou "insólita" da norma, com a qual razoavelmente não podia contar: tendo sido surpreendido por essa interpretação, é compreensível que lhe não seja exigível suscitar antecipadamente a sua inconstitucionalidade. Mas e se, porventura, uma norma for alvo de várias interpretações (discutidas, por exemplo, na doutrina ou na jurisprudência)? Neste caso, se essas interpretações não forem "surpreendentes", "insólitas" ou "desconhecidas", o Tribunal considera que o recorrente tem o ónus de fazer um juízo de prognose e suscitar antecipadamente a questão de constitucionalidade. Segundo uma jurisprudência uniforme e reiterada do Tribunal, recai sobre as partes o ónus de analisarem as diversas possibilidades interpretativas susceptíveis de virem a ser seguidas e utilizadas na decisão e adoptarem as necessárias precauções, de modo a poderem, em conformidade com a orientação processual considerada mais adequada, salvaguardar a defesa dos seus direitos (cf., por exemplo, os acórdãos nºs. 479/89, 439/91,40/92, 118/92, 291/92, 263/92, 116/93, 605/94, 35/95, 38/95, 134/95, 367/96 ou 595/96). Algumas decisões do Tribunal já foram criticadas pela doutrina por supostamente exigirem uma conduta "supercautelosa" aos recorrentes - cf. Inês Domingos e Margarida Menéres Pimentel, "O recurso de constitucionalidade (espécies e respectivos pressupostos)", in AA.VV, *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, pp. 448ss.

Em todos estes casos, dispensa-se, pois, o recorrente de suscitar a questão de constitucionalidade antes da decisão final. O Tribunal exige, porém, que o recorrente o faça logo na primeira oportunidade processual subsequente. Explicando melhor, a impugnação da norma deve ser feita no momento mais próximo daquele momento em que emergiu a questão de constitucionalidade e, se não foi possível ao recorrente fazê-lo antes de proferida a decisão final, deve fazê-lo logo a seguir. Em regra, deve fazê-lo logo no momento de interposição do recurso para o Tribunal Constitucional (34), o que significa que já não o pode fazer:

– no requerimento de resposta ao "despacho-convite" a que se refere o artigo 75°-A, n° 5 da LTC (35);

– nas alegações de recurso no Tribunal Constitucional (36).

Para além de um *tempo*, existe igualmente um *modo* processualmente adequado a suscitar uma questão de constitucionalidade. Com efeito, o n° 2 do artigo 72° da LTC alude à necessidade de suscitar a questão de inconstitucionalidade "de *modo processualmente adequado* perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer" (itálico acrescentado). A questão de constitucionalidade deve ser suscitada de forma clara e perceptível, de forma a que o tribunal *a quo* compreenda que tem de se pronunciar sobre ela. E, como é evidente, sendo o controlo de constitucionalidade um

34 Cf. os acórdãos n°s. 94/88 e 391/88.
35 Cf. o acórdão n° 461/91. O artigo 75°-A, n° 5 da LTC prevê que, se o requerimento de interposição do recurso não contiver todos os elementos exigidos, o juiz convidará o recorrente a indicar os elementos em falta.
36 Cf. o acórdão n° 2/96.

controlo de constitucionalidade de *normas*, a suscitação da inconstitucionalidade deve fazer-se por referência a normas jurídicas, não às decisões judiciais em si mesmas (37).

Uma questão curiosa que se levanta a este propósito – e que já gerou uma divisão jurisprudencial entre duas secções do Tribunal – é a de saber se ao recorrente se exige que coloque a questão de constitucionalidade sucessivamente através das diversas instâncias, mesmo que tenha obtido ganho de causa. Imagine-se a seguinte situação: o autor suscita a questão de constitucionalidade perante a 1ª instância e obtém ganho de causa. A parte vencida interpõe recurso. Exige-se ao anterior autor – agora recorrido – que volte a suscitar a questão de constitucionalidade nas contra-alegações? Será obrigatório nunca deixar "cair" ou "abandonar" a questão de constitucionalidade nas várias instâncias de recurso? Uma das secções do Tribunal respondeu afirmativamente (38). Outra das secções entendeu que, nos casos em que a parte, que suscitara antes a questão de constitucionalidade como autora ou recorrente, numa instância, obteve aí ganho de causa, embora por fundamento diverso do da inconstitucionalidade da norma aplicada e passou a ser recorrida numa instância de recurso, deixando de ter o ónus de alegar e formular conclusões no recurso interposto pelo vencido, não é exigível que tenha de alegar para suscitar de novo a questão de constitucionalidade, a título subsidiário, para a hipótese de o tribunal de recurso vir a revogar a decisão recorrida (39).

1.3 - O interesse processual como condição de legitimidade

37 Cf., por exemplo, os acórdãos nºs. 106/92, 612/94 e 342/95.
38 Cf., por exemplo, os acórdãos nºs. 468/91, 469/91, 182/95.
39 Cf. os acórdãos nºs. 232/92, 280/92, 281/92.

O Tribunal Constitucional tem considerado, através de uma reiterada jurisprudência, que o recurso de constitucionalidade desempenha uma *função instrumental* (40). Nestes termos, a noção de interesse processual liga-se à ideia de utilidade da decisão da questão de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional para a decisão da questão principal (da exclusiva responsabilidade do tribunal *a quo*). Se a parte obteve ganho de causa quanto à questão de constitucionalidade, não possui, obviamente, qualquer interesse no recurso para o Tribunal Constitucional e, nessa medida, não dispõe de legitimidade, nos termos do artigo 680°, n° 1 do Código de Processo Civil, segundo o qual os recursos "só podem ser interpostos por quem, sendo parte principal na causa, tenha ficado vencido" (41). Por outro lado, o Tribunal vem afirmando, através de uma jurisprudência constante e uniforme, que só deve conhecer de uma questão de constitucionalidade e pronunciar-se sobre a mesma quando esta se puder repercutir utilmente no julgamento do caso de que emergiu o recurso. Por isso, não haverá interesse processual, designadamente, se a decisão do recurso de constitucionalidade for útil apenas para prevenir futuros litígios ou para decidir esses litígios no caso de virem a eclodir (42).

Mas já haverá interesse processual em conhecer da questão de constitucionalidade numa situação como a do acórdão n° 144/90, em que o Tribunal decidiu conhecer do recurso de constitucionalidade da norma do artigo 204° do Estatuto dos Funcionários de Justiça, cuja aplicação foi recusada pelo Tribunal Administrativo do Círculo do Porto. Com efeito, tendo este tribunal administrativo anulado um acto de recusa de inscrição de um solicitador na respectiva Câmara por o mesmo não poder ter por suporte a referida norma do artigo 204° do Estatuto dos Funcionários de Justiça, dado ser inconstitucional, e por ser

40 Como referiu o acórdão n° 86/90, "o julgamento da questão de constitucionalidade desempenha sempre uma função instrumental, só se justificando que a ele se proceda se o mesmo tiver utilidade para a decisão da questão de fundo. Ou seja: o sentido do julgamento da questão da constitucionalidade há-de ser susceptível de influir na decisão da questão, pois de contrário estar-se-ia a decidir uma questão académica". A jurisprudência do Tribunal a este respeito é abundantíssima; por mais recentes, cf. os acórdãos n°s. 114/99, 358/99, 378/99, 480/99 ou 490/99.

41 Cf. os acórdãos n°s. 307/89, 324/94, 339/94 e 590/94.

ilegal face ao outro fundamento em que se apoiava [o artigo 49°, alínea *b)*, do Estatuto dos Solicitadores], o Tribunal Constitucional concluiu pela utilidade do conhecimento da constitucionalidade daquele artigo 204°. É que, tendo sido interposto recurso do referido tribunal administrativo para o Supremo Tribunal Administrativo, não estava excluída a hipótese de este poder vir a considerar inaplicável ao caso a norma do artigo 49° do Estatuto dos Solicitadores, ganhando assim pertinência a decisão da questão de constitucionalidade daquele preceito do Estatuto dos Funcionários de Justiça.

2 - Condições de acesso à justiça constitucional

2.1 - Condições gerais

2.1.1 - Recurso das *decisões dos tribunais*

No que respeita à fiscalização concreta, Portugal possui um sistema original que representa uma solução de compromisso entre o modelo de controlo difuso (*judicial review of legislation*) e o modelo de controlo concentrado (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) (43). Trata-se de um sistema "misto", que garante a *todos* os tribunais o *acesso directo* à Constituição, nos termos da norma do artigo 204° da CRP (44), havendo recurso das suas decisões para o Tribunal Constitucional, restrito à matéria de constitucionalidade. O sistema é, pois, "difuso na base" e "concentrado no topo".

---

42 Cf. o acórdão n° 272/94.

43 Recentemente, um Autor veio considerar que o sistema português de controlo da constitucionalidade se encontra excessivamente dominado pelo Tribunal Constitucional e propôs uma revalorização dos "elementos difusos" desse sistema e do papel dos outros tribunais na garantia da Constituição (cf. Rui Medeiros, *A decisão...*, passim).

44 "Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados", - dispõe o artigo 204° da CRP.

Isto significa que o controlo concreto ou incidental da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas pressupõe a existência de uma decisão judicial e de um recurso dessa decisão para o Tribunal Constitucional. Essa decisão judicial pode provir:

– de qualquer tribunal público (45);

– de um tribunal arbitral que julgue *stricto jure*, mas não já quando julgue *ex aequo et bono* (46).

A determinação do universo das decisões recorríveis para o Tribunal Constitucional já suscitou diversos problemas. Assim, por exemplo, num primeiro momento o Tribunal considerou que não podia conhecer de recursos interpostos de decisões não jurisdicionais do Tribunal de Contas (47). Posteriormente, afastou-se desse entendimento, vindo a admitir que são recorríveis as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas em matéria de vistos (48).

Outro problema é o de saber se se exige que essas decisões sejam *definitivas*, ou seja, não possuam carácter provisório (49). O Tribunal considerou que as decisões jurisdicionais de natureza provisória – como os despachos de admissão do recurso ou os despachos de sustentação (em recurso de agravo) – não são susceptíveis de recurso de

45 A decisão deve provir de um verdadeiro tribunal e não de um simples órgão de composição de conflitos – cf. os acórdãos nºs. 211/86, 230/96 ou 389/96; na doutrina, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, p. 876.

46 Cf., neste sentido, Armindo Ribeiro Mendes, *I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha - Relatório de Portugal*, separata do Boletim Documentação e Direito Comparado, nº 71/72, 1997, p. 743; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed. revista e actualizada, Coimbra, 1993, p. 1015; J. Miranda, *Manual...*, cit., p. 430.

47 Cf. acórdãos nºs. 211/86 e 266/86.

48 Cf. os acórdãos nºs. 214/90, 251/90 e 253/90. Refira-se que o Tribunal admitiu também a recorribilidade das decisões de recusas de vistos do Tribunal de Contas de Macau (cf. os acórdãos nºs. 75/95 e 76/95).

49 Cf. os acórdãos nºs. 151/85 e 267/91; v. ainda o acórdão nº 92/87.

constitucionalidade. No que respeita aos procedimentos cautelares, o Tribunal veio a admitir recorribilidade de uma decisão proferida num procedimento cautelar (50).

Por outro lado, o Tribunal considera que os despachos dos presidentes dos tribunais superiores sobre reclamações contra a não admissão do recurso são considerados "decisões dos tribunais" para efeitos de recurso (51), sendo tais reclamações abrangidas pelo conceito de recurso ordinário a que se refere o artigo 70°, n° 2 da LTC (52).

2.1.2 - Recurso de *normas*

Em Portugal, o controlo de constitucionalidade tem apenas por objecto *normas jurídicas*, não abrangendo as decisões judiciais em si mesmas, os actos políticos *stricto sensu*, os actos administrativos ou os actos jurídicos privados.

Para mais desenvolvimentos, cf. *infra*, o ponto II.6.

2.1.3. - Patrocínio judiciário

Nos recursos para o Tribunal Constitucional é, em regra, obrigatória a constituição de advogado (LTC, artigo 83°, n° 1) (53). Por outro lado, só pode advogar perante o Tribunal Constitucional quem o puder fazer junto do Supremo Tribunal de Justiça (54).

---

50 Cf. o acórdão n° 466/95; cf., na doutrina, J. Miranda, *Manual...*, cit., p. 449; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., p. 876.
51 Cf. os acórdãos n°s. 323/94 e 506/94; cf. o artigo 70°, n° 3 da LTC.
52 Cf. o acórdão n° 14/86.
53 Cf. a excepção da parte final do n° 1 do artigo 83° da LTC e o n° 3 do mesmo artigo.
54 Esta exigência do n° 2 do artigo 83° da LTC deixou de fazer sentido após a publicação do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei n° 84/84, de 16 de Março. Com efeito, a partir da entrada

O conceito de "advogado" é um conceito juridicamente preciso: trata-se daquele que, segundo as disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados, for titular de inscrição em vigor como advogado na respectiva Ordem (55).

2.2 - Condições específicas dos diversos recursos de constitucionalidade

A fiscalização concreta da constitucionalidade contempla, no essencial, dois tipos de recurso:

– o recurso das decisões judiciais que recusem a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade [LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *a)*];

– o recurso das decisões judiciais que apliquem norma arguida de inconstitucional pelas partes [LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *b)*].

2.2.1 - O recurso previsto no artigo 70°, n° 1, alínea *a)*, da LTC

em vigor desse Estatuto, todos os advogados (incluindo os estagiários) podem advogar em qualquer jurisdição, tendo desaparecido a exigência de um período de exercício da profissão (10 anos) para advogar junto do Supremo Tribunal de Justiça.

55 Cf., entre outros, o acórdão n° 294/97; existe uma abundante jurisprudência do Tribunal sobre patrocínio obrigatório - cf., por exemplo, os acórdãos n°s. 245/97, 252/97, 332/97 ou 261/99.

O artigo 70°, nº 1, alínea *a)*, da LTC – e, bem assim, o artigo 280°, nº 1, alínea *a)*, da CRP – prevê o recurso das decisões judicias que recusem a aplicação de normas com fundamento na sua inconstitucionalidade. Esse recurso é obrigatório para o Ministério Público quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar (CRP, artigo 280°, nº 3). O recurso é directo para o Tribunal Constitucional e a sua interposição implica a interrupção dos prazos para a interposição dos recursos ordinários que coubessem na respectiva ordem de tribunais (LTC, artigo 75°, nº 1).

Condições de interposição desse recurso são:

– que a recusa de aplicação ocorra numa *decisão judicial* (56);

– que a recusa de aplicação tenha por objecto *normas jurídicas* (57);

– que a decisão recorrida haja efectivamente recusado a aplicação de uma norma (ou normas) com fundamento em inconstitucionalidade;

– que o recorrente indique a alínea do nº 1 do artigo 70° ao abrigo da qual o recurso é interposto e a norma cuja inconstitucionalidade se pretende que o Tribunal aprecie (LTC, artigo 75°-A, nº 1).

Uma questão curiosa é a de saber o que se entende por "recusa de aplicação". Será necessário que a decisão recorrida afirme *expressamente* que recusou a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade? O Tribunal tem respondido de forma

56 Sobre este conceito, cf. *supra* II.2.1.1. Refira-se que o Tribunal não conheceu de um recurso de uma desaplicação de uma norma de processo penal feita na declaração de voto de um juiz de um tribunal colectivo, justamente por considerar que se não tratava de uma "decisão judicial" (acórdão nº 62/95).

negativa: a recusa de aplicação pode ser feita implicitamente (58). Mais: é irrelevante que a decisão recorrida qualifique ou não o vício como de inconstitucionalidade, pois que essa qualificação pertence ao próprio Tribunal Constitucional (59). Assim, mesmo que a decisão recorrida haja qualificado esse vício, por exemplo, como de ilegalidade, é admissível o recurso para o Tribunal (60).

Por outro lado, só são recorríveis as decisões em que o tribunal *a quo* recusou *efectivamente* a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade. Não são, assim, recorríveis as "falsas" recusas de aplicação de normas jurídicas, isto é, aquelas em que o tribunal *a quo* se limitou a formular um juízo de inconstitucionalidade de uma norma jurídica mas não afastou a sua aplicação ao caso. Nesse caso, o juízo de inconstitucionalidade representa um simples *obiter dictum* ou uma mera opinião *ad ostentationem* em matéria de constitucionalidade sem qualquer relevância para a economia da decisão recorrida (61). Esta conclusão é, afinal, corolário da ideia da *natureza instrumental* do recurso de constitucionalidade. De facto, se o juiz não recusou verdadeiramente a aplicação da norma, a decisão do Tribunal Constitucional nunca se poderia projectar utilmente sobre a decisão do fundo da causa, pelo que não faz sentido possibilitar o acesso ao Tribunal.

Em contrapartida à recusa de aplicação equivale a *recusa de aplicabilidade*: é suficiente que o juiz tenha admitido a possibilidade de uma norma ser aplicável ao caso, afastando essa hipótese em virtude de a considerar inconstitucional (62).

---

57 Sobre este conceito, cf. *supra* II.2.1.2.
58 Cf., por exemplo, os acórdãos nºs. 13/83, 27/84, 399/89, 429/89, 481/94, 637/94 ou 16/96.
59 Cf. os acórdãos nºs. 13/83, 27/84 ou 429/89.
60 Cf. o acórdão nº 62/84.
61 Cf., por exemplo, os acórdãos nºs. 341/87, 419/89, 14/91, 206/92 ou 379/96.

2.2.2 – O recurso previsto no artigo 70°, n° 1, alínea *b)*, da LTC

O recurso a que se refere a alínea *b)* do n° 1 do artigo 280° da CRP – e, bem assim, a alínea *b)* do n° 1 do artigo 70° da LTC – tem por objecto as decisões judiciais que *apliquem* normas arguidas de inconstitucionais pelas partes.

São condições desse recurso:

– que a aplicação ocorra numa *decisão judicial* (63);

– que essa aplicação tenha por objecto *normas jurídicas* (64);

– que a decisão recorrida haja aplicado a norma (ou normas) arguida de inconstitucional (65);

– que o recorrente haja suscitado a questão de constitucionalidade "durante o processo" (66);

– que se verifique uma exaustão dos recursos ordinários (LTC, artigo 70°, n° 2);

– que o recurso possua *viabilidade*, ou seja, que não se configure como *manifestamente infundado* (67).

---

62 Cf., por exemplo, os acórdãos n°s. 19/83, 146/85 ou 150/92.
63 Sobre este conceito, cf. *supra* II.2.1.1.
64 Sobre este conceito, cf. *supra* II.2.1.2.
65 A jurisprudência a este propósito é numerosíssima; por mais recentes, cf. os acórdãos n°s. 467/99, 471/99 ou 477/99.
66 Sobre este conceito, cf. *supra* II.1.2.

– que o recorrente seja a mesma parte que preliminarmente haja suscitado a questão de constitucionalidade (CRP, artigo 280°, n° 4; LTC, artigo 72°, n° 2) (68);

– que o recorrente indique a alínea do n° 1 do artigo 70° ao abrigo da qual o recurso é interposto, a norma cuja inconstitucionalidade se pretende que o Tribunal aprecie (LTC, artigo 75°-A, n° 1) e a norma ou princípio constitucional que se considera violado, bem como a peça processual em que suscitou a questão da inconstitucionalidade (LTC, artigo 75°-A, n° 2).

À semelhança do que ocorre com a recusa de aplicação, exige-se que haja ocorrido uma *efectiva aplicação* da norma arguida de inconstitucional (69). Não basta, com efeito, que na decisão recorrida se tenha aludido à norma arguida de inconstitucional: é necessário que essa norma tenha constituído um dos fundamentos da decisão, a sua *ratio decidendi*. Caso contrário, estaremos perante um simples *obiter dictum* (70), sendo o recurso de constitucionalidade desprovido de qualquer sentido útil, já que a pronúncia do Tribunal, seja ela qual fosse, nunca poderia projectar-se sobre a decisão recorrida.

Por outro lado – e à semelhança do que ocorre com as decisões de desaplicação –, a aplicação de uma norma pode ser expressa ou implícita (71). Esta ideia pode suscitar alguns problemas: imagine-se que um tribunal não toma conhecimento da questão de inconstitucionalidade de uma norma, quando podia e devia fazê-lo. Nesse caso, estará vedado ao recorrente o acesso ao Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 70°, n° 1,

---

67 Cf. o acórdão n° 501/94; cf. Armindo Ribeiro Mendes, *I Conferência...*, cit., p. 745. A circunstância de o recurso ser "manifestamente infundado" dá lugar à elaboração de uma "decisão sumária" de não conhecimento do recurso, por parte do relator (LTC, artigo 78°-A, n° 1).
68 Cf. o acórdão n° 373/89.
69 Cf. os acórdãos n°s. 162/88, 284/94, 364/96.
70 Cf. os acórdãos n°s. 82/92, 116/93 e 367/94.
71 Cf. os acórdãos n° 88/86, 47/90 ou 235/90.

alínea *b)*, da LTC? O Tribunal respondeu negativamente: nessa situação, o não conhecimento da questão de constitucionalidade equivale à aplicação da norma arguida de inconstitucional para efeitos do disposto no artigo 70°, n° 1, alínea *b)*, da LTC (72).

Além disso, a aplicação pode ter por objecto apenas uma parcela da norma ou um seu segmento ideal, do mesmo modo que é admissível o recurso de uma *dada interpretação* da norma (73).

No que se refere ao esgotamento dos recursos ordinários, este pressuposto visa que o Tribunal Constitucional só seja chamado a reapreciar decisões que constituam a última palavra dentro da ordem judiciária a que pertence o tribunal que as tomou, por forma a não facilitar o levantamento gratuito de questões de inconstitucionalidade e de modo a poupar a intervenção desnecessária do Tribunal (74). A este propósito, deve observar-se o seguinte:

– são equiparadas a recursos ordinários as reclamações para os presidentes dos tribunais superiores, nos casos de não admissão ou de retenção do recurso, bem como as reclamações dos despachos dos juízes relatores para a conferência (LTC, artigo 70°, n° 3);

– entende-se que se acham esgotados todos os recursos ordinários quando tenha havido renúncia, haja decorrido o respectivo prazo sem a sua interposição (75) ou os

72 Cf. o acórdão n° 318/90.
73 Cf. os acórdãos n°s. 176/88, 114/89, 51/92, 764/93, 612/94, 126/95, 178/95, 243/95, 305/90 ou 238/94; cf. *infra* II.6.
74 Cf. o acórdão n° 21/87. Há quem considere que a exigência de exaustão dos recursos ordinários acarreta um excessivo alongamento dos processos judiciais (cf. J. Miranda, *Manual...*, cit., p. 448, nota); outros consideram, pelo contrário, que a solução é adequada, até por razões de economia processual (cf. J. Matos Correia, R. Leite Pinto e F. Reboredo Seara, *Direito Constitucional português vigente. A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*, Lisboa, 1997, pp. 54-55).
75 Cf. os acórdãos n°s. 8/88 e 282/95.

recursos interpostos não possam ter seguimento por razões de ordem processual (LTC, artigo 70°, n° 4);

– não é admitido recurso para o Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a recurso ordinário obrigatório, nos termos da respectiva lei processual (LTC, artigo 70°, n° 5);

– se a decisão admitir recurso ordinário, mesmo que para uniformização de jurisprudência, a não interposição de recurso para o Tribunal Constitucional não faz precludir o direito de interpô-lo de ulterior decisão que confirme a primeira (LTC, artigo 70°, n° 6) (76).

3 - Desenvolvimento do processo constitucional

O processo inicia-se pela apresentação de um requerimento de interposição de recurso, apresentado no tribunal *a quo* no prazo de 10 dias a contar da notificação da decisão de que se pretende recorrer (77), e do qual devem constar os elementos a que se refere o artigo 75°-A da LTC. Importa sublinhar, desde logo, que, como a jurisprudência constitucional vem salientando, os elementos constantes do artigo 75°-A são *requisitos formais* do recurso e não simples deveres de cooperação com o tribunal (78). Em face do requerimento de interposição do recurso, o juiz do tribunal *a quo* pode tomar uma de três atitudes:

---

76 Cf. Armindo Ribeiro Mendes, *I Conferência...*, cit., p. 745, nota 110; Guilherme da Fonseca e Inês Domingos, *Breviário...*, cit., pp. 52ss.; e os acórdãos n° s 181/93, 84/94, 214/94 e 411/94.
77 Cf., no entanto, o artigo 75°, n° 2 da LTC.
78 Cf., neste sentido, os acórdãos n°s. 402/93 e 462/94.

(1) admitir o recurso (decisão que, todavia, não vincula o Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 76°, n° 3 da LTC);

(2) não admitir o recurso, podendo então o recorrente reclamar para o Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 76°, n° 4, da LTC;

(3) convidar o recorrente a prestar os elementos em falta no prazo de 10 dias, nos termos do artigo 75°-A, n° 5 da LTC.

No caso de o juiz *a quo* convidar o recorrente a prestar os elementos em falta [hipótese (3)], este pode seguir três caminhos:

- não responder ao despacho-convite, o que implica que o recurso não deva ser admitido pelo juiz *a quo*, podendo então o recorrente reclamar para o Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 76°, n° 4, da LTC;

- responder ao despacho-convite, mas sem prestar todas as indicações necessárias, o que implica que o recurso não deva ser admitido pelo juiz *a quo*, podendo então o recorrente reclamar para o Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 76°, n° 4, da LTC;

- responder ao despacho-convite, prestando todas as indicações necessárias, o que implica que o recurso deva ser admitido pelo juiz *a quo* (decisão que, todavia, não vincula o Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 76°, n° 3 da LTC).

No caso de o juiz *a quo* não convidar o recorrente a prestar os elementos em falta, o juiz relator no Tribunal Constitucional pode fazê-lo, nos termos do artigo 75°-A, n° 6, da LTC. Uma vez mais, o recorrente tem uma de três soluções:

(1) não responder ao convite do relator;

(2) responder, mas não prestar todas as indicações necessárias;

(3) responder, prestando todas as indicações necessárias.

Se o recorrente não responder ao convite do relator no Tribunal [hipótese (1)], a consequência é diversa do que se o convite tivesse partido do juiz *a quo*: neste último caso, o recurso não deverá ser admitido: tratando-se de um convite do juiz relator no Tribunal Constitucional, se o recorrente não responder o recurso é logo julgado deserto (artigo 75°-A, n° 7, da LTC) (79). Por outro lado, se o recorrente não prestar todos os elementos necessários [hipótese (2)], o juiz relator deve proferir decisão sumária a não admitir o recurso, nos termos do n° 2 do artigo 78°-A da LTC, a qual é susceptível de reclamação para a conferência (artigo 78°-A, n° 3, da LTC). Se o recorrente prestar todos os elementos necessários [hipótese (3)], o juiz relator pode mandar prosseguir o recurso, ordenando a produção de alegações, ou pode ainda lavrar decisão sumária, nos termos do artigo 78°-A, n° 1 (designadamente, por a questão a decidir ser simples).

Se não faltarem quaisquer elementos e o recurso for admitido pelo juiz *a quo*, o relator no Tribunal procede a um exame preliminar do processo, nos termos do artigo 78°-A, n° 1, da LTC. Realizado esse exame, pode tomar uma de três atitudes:

(1) proferir decisão sumária a não admitir o recurso, decisão da qual cabe reclamação para a conferência, nos termos do n° 3 do artigo 78°-A da LTC;

79 Essa decisão é susceptível de reclamação para a conferência, nos termos do artigo 78°-B, n° 2, da LTC.

(2) proferir decisão sumária caso a questão a decidir seja simples, decisão da qual cabe reclamação para a conferência, nos termos do nº 3 do artigo 78º-A da LTC;

(3) ordenar a produção de alegações por um prazo que é, em regra, de 30 dias (LTC, artigo 79º, nº 2).

Produzidas alegações, o relator deve elaborar, num prazo de 30 dias, um memorando ou projecto de acórdão, que deve acompanhar o processo quando este vai com vista, pelo prazo de 10 dias, a cada um dos juízes da secção (artigo 79º-B, nº 1). Esse memorando ou projecto de acórdão será objecto de discussão pelos juízes da secção e será a partir desse debate que se formará a decisão do Tribunal.

ESQUEMA DO RECURSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Requerimento de interposição do recurso

A - Se faltar algum dos elementos do artigo 75°-A

A.1 - Juiz *a quo* profere despacho-convite (art. 75°-A, n°5)

↓

. Recorrente não responde ➡ Recurso não admitido ➡ Possibilidade de reclamação (art. 77°)

Recorrente não presta todos os elementos ➡ Recurso não admitido ➡ Possibilidade de reclamação (art. 77°)

Recorrente presta elementos ➡ Recurso admitido (80)

A.2 - Juiz *a quo* não profere despacho-convite

↓

Relator no TC convida (art. 75°-A, n° 6):

Recorrente não responde ➡ Recurso julgado deserto (art. 75°-A, n°6)

Recorrente não presta todos os elementos ➡ Decisão sumária de não conhecimento ➡ Possibilidade de reclamação p/conferência (art.78°-A, n°3)

Recorrente presta elementos ➡ Recurso admitido

---

80 A decisão do juiz *a quo* que admita o recurso não vincula o Tribunal Constitucional - cf. artigo 76°, n° 3 da LTC.

B - Se não faltarem elementos do artigo 75°-A

Recurso admitido pelo juiz *a quo* (81)

↓

Exame preliminar pelo relator no TC (art. 78°-A)

Decisão sumária a não admitir o recurso ➡ Possibilidade de reclamação p/conferência (art. 78°-A, n° 3)

ou

Admissão do recurso:

Questão simples ➡ Decisão sumária ➡ Possibilidade reclamação p/conferência (art. 78°-A, n° 3)

Questão não simples ➡ Alegações (art. 79°)

81 A decisão do juiz *a quo* que admita o recurso não vincula o Tribunal Constitucional - cf. artigo 76°, n° 3 da LTC.

O quadro anterior apresentou algumas "patologias" do recurso (ex. falta de indicação dos elementos do artigo 75º-A). Vejamos agora a tramitação "normal" de um processo em que não existem "incidentes", como despachos-convites ou decisões sumárias do relator:

Requerimento de interposição do recurso

↓

Admissão pelo juiz *a quo*

↓

Remessa do processo ao TC

↓

Distribuição por sorteio do processo no TC

↓

Admissão do recurso pelo relator, que ordena a produção de alegações

↓

Alegações (30 dias)

↓

Juiz relator elabora memorando ou projecto de acórdão (30 dias)

↓

Vistos dos juízes (10 dias)

↓

Discussão e votação

↓

Decisão do Tribunal

↗ confirma a decisão recorrida

ou

↘ revoga a decisão recorrida e ordena a sua reforma

Importa ainda fazer uma referência aos diversos prazos. Para uma mais fácil compreensão, apresentam-se esquematicamente os diversos prazos no âmbito do controlo concreto:

– prazo para a interposição do recurso: 10 dias (82);

– prazo para a apresentação de reclamação contra o despacho que não tiver admitido o recurso: 10 dias (83);

– prazo de resposta ao despacho a que se refere o artigo 75°-A: 10 dias (84);

– prazo de reclamação para a conferência da decisão sumária do relator: 10 dias;

– prazo para a produção de alegações: em regra, 30 dias (85);

– prazo de interposição de recurso para o plenário por oposição de julgados: 10 dias.

4 - Debate

O processo constitucional é um processo escrito, não estando previstas quaisquer formas de intervenção oral das partes. Os "textos" que constituem esse processo são, no essencial, o requerimento de interposição do recurso, que deve conter os elementos previstos no artigo 75°-A, da LTC, as alegações de recurso que, nos termos do artigo 79° da

82 Cf. o artigo 75°, n° 1 da LTC.
83 Cf. o artigo 688°, n° 2, do Código de Processo Civil, *ex vi* do artigo 69° da LTC.
84 Cf. o artigo 75°-A, n° 5 da LTC.
85 Cf. o artigo 79°, n° 2 da LTC.

LTC. são sempre produzidas no Tribunal Constitucional e, eventualmente, a resposta ao "despacho-convite" do relator a que se refere o nº 5 do artigo 75º-A da LTC.

5 - Órgãos da justiça constitucional

A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal assenta, como vimos (86), num esquema original de "repartição de competências" entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais. Estes procedem, numa primeira fase, à fiscalização concreta da constitucionalidade nos feitos que lhes são sujeitos a julgamento, seja por iniciativa das partes, seja pela sua própria iniciativa. Os tribunais (*todos* os tribunais) podem, pois, recusar-se a aplicar normas com fundamento em inconstitucionalidade. O exercício deste poder-dever está expresso no artigo 204º da CRP: "Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados". Das decisões dos tribunais em matéria de constitucionalidade cabe *sempre* recurso para o Tribunal Constitucional, que é, nos termos do artigo 221º da CRP, "o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional". O sistema de controlo é, assim, um sistema original: diferentemente do que acontece com outros sistemas dotados de tribunal constitucional, os tribunais comuns também têm *acesso directo* à Constituição, dispondo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas (87); mas,

86 Cf. *supra* II. 2.1.1.

87 Neste sentido, já se afirmou, por exemplo, que em Portugal "os juízes não são postos fora da Constituição" (cf. a intervenção parlamentar do Deputado Vital Moreira, in *Diário da Assembleia da República*, II Série, de 27-3-1982, p. 1330) ou que "justiça constitucional não é sinónimo de Tribunal Constitucional, pois (...) cabe a todos os tribunais, sem excepção, enquanto administram a justiça em nome do

diversamente dos sistemas de *judicial review*, as decisões dos tribunais da causa são recorríveis para um tribunal constitucional específico, exterior à jurisdição ordinária (88).

No âmbito do controlo concreto, órgãos da justiça constitucional são, pois, todos os tribunais portugueses [tribunais judiciais, tribunais administrativos e fiscais, tribunais militares (89), Tribunal de Contas, tribunais da organização judiciária de Macau] e, em última linha, o Tribunal Constitucional, que se configura como um supremo tribunal em matéria de constitucionalidade. A natureza jurisdicional do Tribunal Constitucional não oferece dúvidas. Desde logo, porque a CRP o integra na enumeração das diferentes categorias de tribunais (CRP, artigo 209°) e, depois, porque o qualifica como "o *tribunal* ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional" (CRP, artigo 221°, itálico acrescentado).

Em regra, o julgamento dos recursos em fiscalização concreta realiza-se em secção, nos termos do n° 1 do artigo 70° da LTC (90). No entanto, o Presidente do Tribunal *pode*, com a concordância do Tribunal, determinar que o julgamento se faça com intervenção do plenário, quando considerar necessário para evitar divergências jurisprudenciais ou quando tal se justifique em razão da natureza da questão a decidir, caso em que o processo irá com vista, por 10 dias, a cada um dos juízes que ainda o não tenham examinado, com cópia do memorando, se este já tiver sido apresentado. Tratando-se de recursos interpostos em

---

povo, serem também agentes privilegiados da função da justiça constitucional" [cf. António Vitorino, "A justiça constitucional - Notas sobre o futuro (possível?) da justiça constitucional", *Revista do Ministério Público*, ano VI, n° 12, pp. 9-10].

88 Cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., p. 975.

89 Refira-se que a revisão constitucional de 1997 extingiu os tribunais militares em tempo de paz; o artigo 213° da CRP prevê a constituição de tribunais militares durante a vigência do estado de guerra, com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar.

90 Nos termos do n° 2 do artigo 224° da CRP, a lei pode determinar o funcionamento do Tribunal Constitucional por secções, salvo para o efeito da fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade. Antes da revisão constitucional de 1997, a CRP determinava que as secções do Tribunal não fossem especializadas, o que actualmente não sucede. No entanto, a LTC manteve a regra da não especialização das secções.

processo penal, tal faculdade deve ser exercida antes da distribuição do processo, podendo nos restantes casos ser exercida até ao momento em que seja ordenada a inscrição do processo em tabela para julgamento (LTC, artigo 79°-A). O artigo 79°-D da LTC prevê ainda, na sequência do n° 3 do artigo 224° da CRP, o recurso para o plenário em caso de divergências jurisprudenciais entre as secções no que respeita a questões de constitucionalidade ou de legalidade.

O controlo concreto de constitucionalidade é um controlo incidental (91). Como decorre do artigo 204° da Constituição ("Nos feitos submetidos a julgamento..."), a questão da inconstitucionalidade tem, no processo em que surge, natureza incidental, nunca surgindo como o objecto principal do processo. Mas isso não significa que, em algumas ocasiões, a questão de constitucionalidade não acabe por ser, afinal, a questão fundamental para a decisão da causa ou a única questão de direito a decidir. Um exemplo expressivo é o do acórdão n° 86/90: num processo especial de recuperação de empresa, o juiz proferiu despacho determinando que os três maiores credores adiantassem os honorários do administrador judicial, ao abrigo de uma norma de um decreto-lei de 1986. Um dos credores interpôs recurso desse despacho para o Tribunal da Relação, invocando a inconstitucionalidade dessa norma, e, tendo-lhe sido negado provimento, recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça, que julgou a norma inconstitucional, concedendo provimento ao recurso. O Ministério Público interpôs recurso (obrigatório) desta decisão para o Tribunal Constitucional, que, pelo acórdão n° 86/90, se pronunciou pela não inconstitucionalidade. Na sequência desta decisão, o Supremo Tribunal de Justiça,

91 Cf., neste sentido, J. Miranda, *Manual...*, cit., p. 439; importa salientar, todavia, que não se encontra consagrado um sistema de "mero incidente". Como observa Gomes Canotilho, "trata-se de um verdadeiro sistema de *judicial review* e não de um sistema de 'mero incidente' de inconstitucionalidade. Neste, o juiz *a quo*, levantado o incidente de inconstitucionalidade, suspende os autos até à decisão da questão de inconstitucionalidade. No primeiro, os juízes, ao terem 'acesso directo à constituição' e pelo facto de o terem, *julgam* da constitucionalidade das normas ('direito de exame') e decidem, com competência plena, as questões de inconstitucionalidade, independentemente de recurso posterior para outros tribunais superiores ou para o Tribunal Constitucional" (cf. J. J. Gomes Canotilho, "Fiscalização da constitucionalidade e da legalidade", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, Lisboa, 1991, p. 364).

reformando o seu anterior acórdão, negou provimento ao recurso e confirmou a decisão recorrida. A questão de constitucionalidade assumiu-se, pois, como a única questão a decidir em todo o processo, mas isso não invalida, como é evidente, a ideia de que o controlo concreto é um controlo *incidental* (92).

6 - Normas impugnáveis

Em Portugal, o controlo de constitucionalidade é um controlo de *normas jurídicas*. As normas objecto dos diferentes tipos de fiscalização de constitucionalidade podem constar de lei ou de outros actos normativos do poder público. O Tribunal tem afirmado, através de uma reiterada jurisprudência, que o controlo de constitucionalidade é um controlo de normas, não um contencioso de decisões, seja qual for a sua natureza (93). Em traços gerais, encontram-se sujeitas ao controlo do Tribunal Constitucional as normas constantes de:

– tratados internacionais e acordos sob forma simplificada;

– actos legislativos ou com força de lei: leis da Assembleia da República, decretos-lei do Governo, decretos legislativos regionais; diplomas de natureza legislativa emanados dos órgãos de governo do Território de Macau até 1999 (94);

---

92 Mais controverso é o problema de saber se, no processo em que surge, a questão de constitucionalidade se configura como uma *questão prejudicial* - em sentido afirmativo, J. Miranda, *Manual...*, cit., p. 439; em sentido negativo, A. Rocha Marques, "O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional", in AA.VV., *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, cit., p. 461; cf., ainda, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., p. 878.

93 Cf. os acórdãos nºs. 605/94, 282/95, 521/95, 585/95, 20/96, 179/96.

94 Refira-se que, pelo Decreto do Presidente da República nº 118-A/99, assinado em 17 de Março, os tribunais de Macau foram investidos na plenitude e exclusividade de jurisdição a partir de 1 de Junho de 1999.

– actos de natureza regulamentar, provenientes do Governo, dos governos regionais das regiões autónomas, dos órgãos de poder local, de certos magistrados administrativos (caso dos governadores civis nos distritos de Portugal continental), de certas pessoas colectivas públicas com poderes regulamentares, e mesmo de certas entidades não públicas, em certos casos, desde que lhes sejam atribuídos poderes normativos públicos (95).

Para efeitos de determinação do objecto do controlo, o Tribunal utiliza um conceito muito amplo de norma, recorrendo a um critério simultaneamente *funcional* e *formal* (96). Como vem referindo o Tribunal, em jurisprudência uniforme e constante, são "normas" quaisquer actos do poder público que contiverem uma "regra de conduta" para os particulares ou para a Administração, um "critério de decisão" para esta última ou para o juiz ou, em geral, um "padrão de valoração de comportamento". Trata-se, pois, de um conceito simultaneamente formal e funcional de norma, que não abrange somente os preceitos de natureza *geral* e *abstracta*, antes inclui quaisquer normas públicas, de eficácia

95 Cf. Armindo Ribeiro Mendes, *I Conferência...*, cit., p. 717; para um elenco mais detalhado, cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., pp. 984ss. Estes autores integram no elenco dos actos normativos sujeitos a fiscalização de constitucionalidade: (1) as leis de revisão constitucional; (2) os instrumentos de direito internacional; (3) as normas emitidas por organizações internacionais de que Portugal faça parte; (4) os actos normativos do Presidente da República; (5) os actos legislativos em geral; (6) as resoluções normativas da Assembleia da República e das assembleias regionais; (7) os actos normativos da Administração; (8) os regimentos das assembleias; (9) os referendos; (10) os contratos e acordos colectivos de trabalho; (11) as normas consuetudinárias; (12) os assentos dos tribunais superiores [e, actualmente, os acórdãos uniformizadores de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça]; (13) as cláusulas compromissórias e os compromissos arbitrais; (14) os estatutos e regulamentos das associações públicas; (15) as normas produzidas por entidades privadas por devolução de entidades públicas; (16) as normas emitidas pelos órgãos de governo próprio de Macau, mas apenas nos termos do Estatuto Orgânico de Macau. Além disso, importa salientar que se encontram sujeitas ao controlo as normas preconstitucionais, normas ainda não existentes (na fiscalização preventiva), normas que já deixaram de estar em vigor (por revogação ou caducidade), normas de eficácia suspensa e normas de direito estrangeiro aplicáveis por efeito das regras de direito internacional privado; cf., no mesmo sentido, , J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 824ss.

96 Cf., por exemplo, os acórdãos nºs. 26/85, 150/86, 63/91 ou 659/95; sobre este critério, cf., por todos, a declaração de voto do Conselheiro Sousa e Brito no acórdão nº 172/93; na doutrina, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 822ss.; cf. a crítica ao conceito "funcional" de norma, por parte de J. Miranda, *Manual...*, cit., pp. 413ss., e de Rui Medeiros, *A decisão...*, cit., pp. 90ss.

externa, independentemente do seu carácter geral e abstracto ou individual e concreto e, bem assim, de possuírem, neste último caso, eficácia consumptiva (isto é, quando seja dispensável um acto de aplicação) (97). Com base nesse critério, o Tribunal admitiu fiscalizar a constitucionalidade de:

– leis-medida e leis individuais e concretas (98);

– tratados-contratos internacionais (99);

– resoluções da Assembleia da República que suspendiam a vigência de decretos-lei;

– assentos do Supremo Tribunal de Justiça (100);

– acórdãos uniformizadores de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, emitidos nos termos do artigo 437º do Código de Processo Penal de 1987 (101);

– normas criadas pelo intérprete "dentro do espírito do sistema" (artigo 10º, nº 3 do Código Civil) para preencher lacunas da lei (102);

– regulamentos estabelecidos por tribunais arbitrais voluntários (103);

---

97 Cf., por último, F. Alves Correia, "A justiça constitucional em Portugal e Espanha. Encontros e divergências", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3891, p. 164.
98 Cf. os acórdãos nº 26/85 (normas de decretos-leis que extinguiam empresas públicas), nº 80/86 (norma que restringe o preenchimento de um lugar de escrivão de direito a ajudantes de escrivão constantes de uma lista nominativa e atribui a categoria de escrivão de 1ª classe aos ajudantes de escrivão constantes da mesma lista), nº 157/88 (normas que criam duas empresas de transportes marítimos).
99 Cf. o acórdão nº 168/88.
100 Cf. os acórdãos nºs. 40/84, 8/87, 340/90, 359/91, 299/95. Resta saber se poderão ser objecto de controlo os acórdãos proferidos nos termos dos artigos 732º-A e 732º-B do Código de Processo Civil revisto.
101 Cf. o acórdão nº 279/95.
102 Cf. acórdãos nºs. 150/86 e 264/98.

– actos específicos ou *sui generis*, como os que fixam as regras necessárias ao funcionamento e organização da Assembleia da República, fruto de autonomia normativa interna (104);

– normas constantes de convenções colectivas de trabalho, quando o poder público as estenda a terceiros através de portarias de extensão de regulamentação do trabalho (105);

– regulamentos de empresas e de federações desportivas, quando sejam objecto de homologação (106).

Considera-se ainda que são objecto de fiscalização de constitucionalidade as normas constantes dos estatutos de associações públicas, os regulamentos emitidos pelas associações públicas ou outras entidades privadas por devolução de poderes de entidades públicas (por exemplo, regulamentos produzidos por concessionários de obras ou serviços públicos) (107). De igual modo, parecem poder ser objecto de controlo as normas consuetudinárias, na medida e nos domínios em que são admitidas como fonte de direito interno (cf. os artigos 3°, n° 1 e 348° do Código Civil) (108). Além disso, o Tribunal parece poder pronunciar-se sobre a constitucionalidade de normas jurídicas estrangeiras aplicáveis em Portugal por força de normas de conflitos portuguesas (109). Finalmente, parece poderem ser objecto de controlo as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faça parte, vigentes na ordem jurídica

---

103 Cf. o acórdão n° 150/86.
104 Cf. o acórdão n° 63/91.
105 Cf. os acórdãos n°s. 392/89, 249/90 e 431/91.
106 Cf. os acórdãos n°s. 156/88 e 472/89.
107 Cf. Armindo Ribeiro Mendes, *I Conferência...*, cit., p. 719.
108 Cf. Armindo Ribeiro Mendes, *I Conferência...*, cit., p. 720.
109 Cf. acórdãos n°s. 604/94 e 362/95.

portuguesa por força do nº 3 do artigo 8º da CRP, e, bem assim, o costume internacional (110).

Por seu turno, não podem ser objecto de controlo pelo Tribunal Constitucional:

– os actos políticos *stricto sensu* ("actos de governo") (111);

– as decisões judiciais em si mesmas (112);

– os actos administrativos (113);

– os actos jurídico-privados, como os negócios jurídicos, os estatutos de associações privadas, sociedades e cooperativas ou fundações submetidas ao direito privado (114).

---

110 Cf., neste sentido, a declaração de voto do Conselheiro Sousa e Brito no acórdão nº 172/93, na doutrina, J. M. Cardoso da Costa, "O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias", in *Ab Uno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, Coimbra, 1998, pp. 1363ss.

111 Cf. J. M. Cardoso da Costa, *A jurisdição* ..., cit., pp. 23-24. Na doutrina, Jorge Miranda admite a arguição da inconstitucionalidade de actos políticos "portadores de vícios de tal forma graves que da própria Constituição resulta serem juridicamente inexistentes" (*Manual*..., cit., p. 415).

112 A jurisprudência do Tribunal a este respeito é abundantíssima; citem-se, por mais recentes, os acórdãos nºs. 403/99, 426/99, 439/99, 466/99 ou 489/99. No acórdão nº 413/94, explicitou-se o sentido dessa jurisprudência: "(...) uma decisão judicial não é uma norma, pelo menos no sentido em que o termo é usado pelo legislador constituinte naquele artigo 280º. É certo que, desde o exame crítico a que Kelsen sujeitou o sistema de conceitos usado pela teoria do direito, muitos autores passaram a aceitar um alargamento da noção tradicional de norma. Seja como for, porém, este Tribunal Constitucional tem uma jurisprudência reiterada e unânime no sentido de que no artigo 280º da Constituição o termo 'norma' não abrange as chamadas 'normas jurisprudenciais' (e muito menos as chamadas 'normas doutrinárias'). Não cabe aí, portanto, recurso para a apreciação da constitucionalidade de decisões judiciais propriamente ditas, mas sim e apenas para a apreciação da constitucionalidade de normas gerais e abstractas".

113 O Tribunal já admitiu, no entanto, o controlo da constitucionalidade de actos administrativos contidos em lei formal - cf. o acórdão nº 26/85.

114 O Tribunal vem sustentando que escapam ao seu poder de cognição as normas provenientes da autonomia privada, salvo quando decorrentes da atribuição de poderes ou funções públicas a entidades privadas - cf. os acórdãos nºs. 156/88, 157/88 e 472/89.

A propósito das convenções colectivas de trabalho, gerou-se uma contradição jurisprudencial entre duas secções do Tribunal. O Tribunal já sustentou que não são normas, para efeitos de controlo de constitucionalidade, preceitos contidos em actos de autonomia privada (115). No que respeita às convenções colectivas de trabalho, a 2ª Secção considerou que, enquanto actos de autonomia privada, não poderiam ser sujeitas a fiscalização da constitucionalidade (116), ao passo que a 1ª Secção adoptou o entendimento inverso (117). Mais recentemente, a 3ª Secção do Tribunal acolheu a tese de que as convenções colectivas de trabalho não são normas para efeitos da fiscalização de constitucionalidade (118).

É de salientar ainda que, apesar de não existir em Portugal um instituto do tipo "queixa constitucional" (*Verfassungsbeschwerde*), "recurso de amparo" ou "acção constitucional de defesa" contra actos não normativos, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem permitido, ainda que de forma lateral ou mitigada, alcançar alguns dos efeitos desse instituto, designadamente quando admite a sindicabilidade das normas com uma determinada interpretação – a interpretação acolhida na decisão recorrida. Na verdade, como o Tribunal vem observando, através de uma abundante e reiterada jurisprudência, a questão de constitucionalidade tanto pode respeitar a uma norma (ou a uma parte dela) como também à interpretação ou sentido com que foi tomada no caso concreto e aplicada (ou desaplicada) na decisão recorrida (119).

---

115 As normas de um regulamento de uma empresa pública sobre a prevenção e combate do alcoolismo (acórdão nº 156/88); os estatutos de uma cooperativa (acórdão nº 92/94); as normas de estatutos e de um regulamento disciplinar de uma federação desportiva (acórdão nº 472/89).

116 Cf. o acórdão nº 172/93; v. ainda os acórdãos nºs. 637/98 e 697/98. Na doutrina, Jorge Miranda apoia este entendimento (cf. *Manual...*, cit., p. 417).

117 Cf. o acórdão nº 214/94. Na doutrina, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam que as convenções colectivas de trabalho são "normas" para efeitos de controlo de constitucionalidade (cf. *Constituição...*, cit., pp. 984ss.; v., ainda, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 826-827).

118 Cf. o acórdão nº 284/99.

119 Cf., por exemplo, os acórdãos nºs. 106/92, 151/94, 238/94, 612/94, 243/95, 342/95 ou 18/96.

Contudo, nem sempre é fácil distinguir as situações em que se está perante uma questão de inconstitucionalidade normativa *numa dada interpretação* e as situações em que se está já a controlar a *decisão judicial em si mesma* (ou seja, em que tem lugar, por essa via, um verdadeiro "amparo constitucional"). Ainda recentemente, o Tribunal Constitucional viu-se confrontado com esse problema, a propósito de uma interpretação de uma norma do Código Penal, não tendo o Tribunal chegado a determinar – por entender que não era necessário – se o objecto do recurso era efectivamente essa norma do Código Penal ou antes uma norma construída pelo julgador através de um processo de integração de lacuna por analogia, nos termos do artigo 10º, nºs. 1 e 2, do Código Civil (120).

Além disso, deve observar-se que podem ser objecto de controlo apenas partes de um mesmo preceito normativo, quando este contém mais de uma norma, ou mesmo, quando o preceito contém uma única norma, se só estiver em causa uma parte ou um segmento ideal da norma. São frequentes, quer na fiscalização concreta, quer na fiscalização abstracta, as *decisões de inconstitucionalidade parcial*. Como refere Luís Nunes de Almeida, o Tribunal Constitucional "não só já admitiu que a parte inconstitucional pode corresponder a um segmento ou secção *ideal* do preceito [121] como ainda admitiu que é possível distinguir entre inconstitucionalidade parcial *horizontal* ou *quantitativa* e inconstitucionalidade parcial *vertical* ou *qualitativa* [122]" (123). A inconstitucionalidade parcial *horizontal* ocorre quando um preceito possui uma norma com partes distintas, em que só uma está afectada por inconstitucionalidade e em que a decisão de inconstitucionalidade opera por cisão ou expurgação de uma expressão verbal distinta; por seu turno, a inconstitucionalidade parcial *vertical* ocorre quando a mesma norma

120 Cf. o acórdão nº 205/99 e a declaração de voto do Conselheiro Cardoso da Costa, considerando que nesse caso se não estava já perante uma questão de inconstitucionalidade "normativa".
121 Cf. o acórdão nº 143/85.
122 Cf. o acórdão nº 12/84.
123 Cf. L. Nunes de Almeida, *A justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas*, Lisboa, 1987, pp. 24-25.

abrange várias *situações* ou *categorias* de destinatários, sendo inconstitucional só quanto a uma dessas situações ou categorias, não autonomizadas na previsão normativa (124).

Finalmente, deve esclarecer-se que, se o Tribunal não está vinculado à "qualificação" do tribunal *a quo* (125), está, todavia, limitado pelas normas que constituem o objecto do recurso. Nos termos do artigo 79°-C da LTC, "o Tribunal só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida, conforme os casos, tenha aplicado ou a que haja recusado aplicação". No entanto, o julgamento de inconstitucionalidade ou de ilegalidade pode fazer-se "com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada" (LTC, artigo 79°-C, *in fine*). Ou seja, o Tribunal está limitado pelas normas que constituem o objecto do recurso, mas não vinculado à qualificação do vício ou aos fundamentos invocados pela decisão recorrida [no caso do artigo 70°, n° 1, alínea *a)*] ou pelas partes [no caso do artigo 70°, n° 1, alínea *b)*].

7 - Efeitos das decisões

Nos termos do artigo 2° da LTC, as decisões do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras entidades. Por isso, se um tribunal aplicar uma norma já anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional cabe recurso dessa decisão para o Tribunal – recurso que é obrigatório para o Ministério Público [CRP, artigo 280°, n° 5; LTC, artigo 70°, n° 1, alínea *g)*, e artigo 72°, n° 3].

---

124 Cf. Armindo Ribeiro Mendes, *I Conferência...*, cit., p. 750.

125 Assim, o tribunal *a quo* pode qualificar o vício como de ilegalidade e o Tribunal entender que se trata de inconstitucionalidade (ou vice-versa) ou pode qualificar o vício como de inconstitucionalidade material e o Tribunal entender que se trata de inconstitucionalidade orgânica ou formal (e vice-versa).

Na fiscalização concreta da inconstitucionalidade (e de certas formas particulares de "ilegalidade qualificada"), as decisões do Tribunal Constitucional são unicamente *obrigatórias no caso* (eficácia *inter partes*). O Tribunal pode, assim, *confirmar* a decisão recorrida (se aceitar o entendimento nela perfilhado quanto à questão de constitucionalidade) ou, em princípio, *revogar* a decisão recorrida (na hipótese inversa) (LTC, artigo 80°) (126). Neste último caso, a competência do Tribunal é puramente *cassatória*, não se emitindo qualquer declaração genérica, com eficácia *erga omnes*, sobre a validade da norma (127). Além disso, se o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa (LTC, artigo 80°, n° 3).

Um problema que se coloca a este propósito é o de saber se o Tribunal dispõe de meios para controlar o modo como são aplicadas as suas decisões pelo tribunal recorrido. Trata-se de indagar, pois, o seguinte: se o Tribunal revogar a decisão recorrida e ordenar a sua reformulação em harmonia com o decidido quanto à questão de constitucionalidade, caberá *novo recurso* para o Tribunal dessa *nova decisão*? O problema reveste-se de elevado interesse prático. É que, apesar de existir um generalizado respeito pelas decisões do Tribunal Constitucional por parte dos outros tribunais (128), não são de descurar os riscos de conflitos entre ambos (129).

---

126 Dizemos que o Tribunal pode "em princípio" revogar a decisão recorrida pois não é forçoso que isso aconteça – cf. os acórdãos n°s. 810/93, 376/94, 407/94 e 410/94.

127 Cf. J. M. Cardoso da Costa, *A jurisdição...*, cit., p. 57.

128 Cf., neste sentido, A. Rocha Marques, "O Tribunal Constitucional...", cit., pp. 453ss.; A. Monteiro Diniz, "A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional (o sistema vigente e o ir e vir dialéctico entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais)", in AA.VV., *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10° aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 1995, pp. 199ss.

129 Cf., neste sentido, J. J. Gomes Canotilho, *No "sexénio" do Tribunal Constitucional português. Para uma teoria pluralística da jurisdição constitucional no Estado constitucional democrático português*, separata da *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 1988, pp. 25-27; Miguel Galvão Teles, "A competência da competência do Tribunal Constitucional", in AA.VV., *Legitimidade...*, cit., pp. 105ss., em esp. p. 125; Pedro Machete, *O acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional*, policop., Lisboa, 1996, p. 27.

As decisões do Tribunal Constitucional fazem, no respectivo processo, *caso julgado formal*, impedindo que a questão venha a ser retomada de novo nesse processo quando não possa mais ser impugnada (por exemplo, através de arguição de nulidade em certo prazo). Por outro lado, a decisão do Tribunal constitui caso julgado material no processo quanto à questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade suscitada (LTC, artigo 89°, n° 1).

Deve ainda referir-se que, se a decisão do Tribunal divergir de anterior decisão quanto à questão de constitucionalidade ou de legalidade sobre a mesma norma (130), as partes podem recorrer para o plenário e o Ministério Público está mesmo obrigado a fazê-lo, desde que tenha tido intervenção no processo como recorrente ou recorrido (LTC, artigo 79°-D, n° 1). O Tribunal já considerou, como vimos (131), que, não tendo tido intervenção no processo como recorrente ou recorrido, não possui o Ministério Público legitimidade para interpor o recurso a que se refere o artigo 79°-D da LTC (recurso para o plenário para uniformização de jurisprudência) (132).

Por outro lado, se a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público, promoverá a organização de um processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da legalidade [LTC, artigo 82°]. Com efeito, nos termos do artigo 281°, n° 3, da CRP, o Tribunal Constitucional *pode* apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos. A expressão "pode" demonstra já que o juízo de *generalização* da inconstitucionalidade não se produz automaticamente – a existência de três "decisões concretas" no sentido da inconstitucionalidade (ou da

130 Note-se que não há recurso para o plenário quando essa divergência disser respeito a questões processuais.
131 Cf. *supra* II.1.1.
132 Cf. o acórdão n° 57/99.

ilegalidade) é um *pressuposto* da abertura de um processo de fiscalização abstracta sucessiva, mas não obriga o Tribunal Constitucional a declarar a inconstitucionalidade (ou a ilegalidade) com força obrigatória geral (133).

8 - As decisões do Tribunal: estrutura, publicidade e estatística

As decisões do Tribunal Constitucional são geralmente divididas em três partes: (1) o relatório, que contém uma exposição mais ou menos sucinta dos dados do processo relevantes para a decisão de constitucionalidade; (2) a fundamentação, onde se apresentam os argumentos que sustentam a decisão do Tribunal; (3) a decisão, que contém o enunciado sintético da decisão do Tribunal ("julga inconstitucional a norma x e ordena a reforma da decisão recorrida.../confirma a decisão recorrida", "não julga inconstitucional a norma y, confirmando/revogando a decisão recorrida...").

No que respeita à publicidade das decisões, cumpre referir:

– as decisões do Tribunal são notificadas às partes;

– as decisões do Tribunal que declarem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma são registadas em livro próprio e delas é guardada cópia, autenticada pelo secretário, no arquivo do Tribunal (LTC, artigo 81°);

– as decisões do Tribunal Constitucional são publicadas no jornal oficial, *Diário da República* [CRP, artigo 119°, n° 1, alínea *g)*]; nos termos do artigo 3° da LTC são publicadas na 2ª série do *Diário da República* as decisões do Tribunal em matéria

133 Cf. J. M. Cardoso da Costa, *A jurisdição...*, cit., pp. 58-59.

de fiscalização concreta, salvo as de natureza meramente interlocutória ou simplesmente repetitivas de outras anteriores;

– são publicados no *Boletim do Ministério da Justiça* todos os acórdãos do Tribunal Constitucional com interesse doutrinário, cabendo a selecção ao presidente (LTC, artigo 115°, n° 1);

– o Tribunal promove a publicação dos seus acórdãos com interesse doutrinário em colectânea anual (LTC, artigo 115°, n° 2), tendo sido publicados até ao momento mais de trinta volumes da colectânea *Acórdãos do Tribunal Constitucional*;

– além destas formas de publicidade, os acórdãos do Tribunal transitados em julgado são "públicos", podendo ser consultados na sede do Tribunal ou em diversas bases de dados jurídicas, públicas e privadas.

Finalmente, importa fazer uma breve alusão aos principais problemas abordados pela jurisprudência constitucional. Apesar de relativamente recente, o Tribunal Constitucional produziu já uma jurisprudência de tal forma abundante e diversificada que inviabiliza uma análise sumária dos principais temas por ela abordados. Pode dizer-se que uma parcela significativa dos acórdãos proferidos em sede de fiscalização concreta se relacionam com a salvaguarda dos direitos fundamentais, mais do que com a organização do poder político ou a organização económica. De acordo com os diversos ramos de Direito, a estatística elaborada por ocasião do 10° aniversário do Tribunal (e que cobre o período de 1983 a 1992) obteve os seguintes resultados no que respeita à fiscalização concreta:

– Direito Laboral, Sindical e da Segurança Social - 25% do total de acórdãos;

– Direito Judiciário - 17%;

– Direito Processual Penal - 13%;

– Direito Administrativo - 8%;

– Direito Estradal - 7%;

– Direito Aduaneiro - 7%;

– Direito Contra-ordenacional - 5%;

– Direito Civil - 4%;

– Direito Comercial - 4%;

– Direito Económico, Financeiro e Fiscal - 4%;

– Direito Penal - 4%;

– Direito Processual Civil - 2%;

– Direito Processual Laboral - 0,3% (134).

É de supor que estas percentagens não se alteraram de modo significativo nos anos mais recentes.

9 - Interdição do uso indevido do recurso de constitucionalidade. Instrumentos de promoção processual.

A consagração de uma jurisdição constitucional autónoma e, consequentemente, de uma instância suplementar, envolve necessariamente o risco de utilização indevida do recurso de constitucionalidade, designadamente como expediente dilatório para evitar o trânsito em julgado das decisões judiciais (135). Basta referir, a título de exemplo, que os dados relativos aos primeiros dez anos de actividade do Tribunal permitem verificar que só numa percentagem relativamente reduzida de decisões – mais precisamente, em *cerca de metade* – se chegou efectivamente a conhecer do mérito dos recursos de

---

134 Cf. *Tribunal Constitucional* [publicação comemorativa do seu 10º aniversário], Lisboa, 1993.

135 Este risco tem sido reconhecido pelos principais "actores" do nosso sistema judicial. Desde há muito que o Presidente do Tribunal vem chamando a atenção para esse problema e não deixou de o mencionar no discurso que proferiu na cerimónia comemorativa do 10º aniversário do Tribunal (cf. J. M. Cardoso da Costa, "Discurso de Sua Excelência o Presidente do Tribunal Constitucional", in AA.VV., *Legitimidade...*, cit., p. 27); num encontro que realizou com a comunicação social em Julho de 1994, onde chegou a defender a necessidade de uma alteração da LTC para obviar aos recursos "sem bases sólidas" (cf. *Diário de Notícias*, de 29-7-1994, p. 9; *Correio da Manhã*, de 29-7-1994, p. 44; *Jornal de Notícias*, de 29-7-1994, p. 3; *Expresso*, de 30-7-1994, p. 13; *O Diabo*, de 2-8-1994, p. 13); e, bem assim, numa conferência na Faculdade de Direito de Coimbra (cf., J.M. Cardoso da Costa, "Algumas reflexões em torno da justiça constitucional", in AA.VV, *Perspectivas do Direito no início do Século XXI*, Coimbra, 1999, pp. 127-128). Também o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em entrevista ao *Jornal de Notícias* de 27-1-1996, deixou afirmado: "Hoje, o TC está cheio de falsos recursos, que constituem sobretudo meios dilatórios (...)". E, numa conferência na Faculdade de Direito de Coimbra, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Cardona Ferreira, defendeu expressamente a "reformulação do sistema de recursos (e seus efeitos) para o Tribunal Constitucional, com redução dos respectivos pressupostos e tendencial eliminação do recurso de acórdão final do STJ (podendo, em caso de recurso para o Supremo, este aguardar a prolação interlocutória de acórdão do Tribunal Constitucional)" - cf. "A Justiça nos Direitos Humanos", in AA.VV, *Perspectivas...*, cit., p. 159. Sobre a mesma temática, o Procurador-Geral da República, ao intervir nas *Conferências Sobre Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica* (Maio de 1996), considerou que o actual sistema de recursos de constitucionalidade favorece os abusos e constitui um "factor de entorpecimento processual" (cf. a notícia publicada in *O Correio da Manhã*, de 19-5-1996, p. 40; cf. igualmente o discurso de Cunha Rodrigues na abertura do ano judicial in *Jornal de Notícias*, de 24-1-1996, e a opinião de Jorge Miranda, "A actividade do Tribunal Constitucional em 1993", *O Direito*, ano 127º, 1995, p. 188). Na campanha eleitoral para as eleições legislativas de 1999, alguns partidos apresentaram propostas no sentido de reformulação do sistema de recursos para o Tribunal Constitucional (assim, por exemplo, o Partido Socialista defendeu a necessidade de se "limitar drasticamente a possibilidade de uso meramente dilatório dos recursos de constitucionalidade e outros, nomeadamente por revisão do seu efeito, quando suspensivo" - cf. Programa de Governo 1999-2003, p. 119).

constitucionalidade, devendo-se o "insucesso" dos restantes recursos, em larga medida, à ausência dos respectivos pressupostos de admissibilidade (136). Ora, é legítimo supor que uma parcela significativa dos recursos votados ao "insucesso" tem subjacente um uso indevido da fiscalização concreta e mesmo, em certos casos, de um uso com propósitos meramente dilatórios. Este panorama não se alterou nos tempos mais recentes da actividade do Tribunal (designadamente, não diminui sensivelmente a proporção entre os "acórdãos processuais" e os "acórdãos de mérito"), havendo mesmo quem afirme que existem indícios de uma tendência crescente para a utilização do recurso de constitucionalidade como mero expediente dilatório do trânsito em julgado das decisões judiciais (137).

Por outro lado, o Tribunal tem vindo a confrontar-se com um número crescente de processos em todas as espécies de controlo de constitucionalidade. Basta referir que, nos seus primeiros dez anos de actividade (1983-1993), o Tribunal produziu 3.666 acórdãos e, só no triénio 1993-1996, produziu um número praticamente equivalente: 3.570 acórdãos (138). Por outras palavras, entre 1993 e 1996 o Tribunal produziu quase tantos acórdãos como entre 1983 e 1993. E é a fiscalização concreta que preenche de forma mais intensa a actividade do Tribunal: 96% do total das decisões proferidas no âmbito normativo entre 1993 e 1996 respeitaram ao controlo concreto da constitucionalidade (139). No seio da fiscalização concreta, os recursos facultativos de decisões que aplicam normas arguidas de inconstitucionais [artigo 70°, n° 1, alínea *b)*] têm vindo a sobrepor-se aos recursos obrigatórios do Ministério Público de decisões que recusam a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade [artigo 70°, n° 1, alínea *a)*]. Essa tendência começou a desenhar-se no período 1993-1996 em que, pela primeira vez desde o início da actividade do Tribunal, o número de recursos facultativos ultrapassou o dos recursos obrigatórios

136 Cf. Inês Domingos e Margarida Menéres Pimentel, "O recurso...", cit., pp. 429-430.
137 Cf., neste sentido, António de Araújo, *O Tribunal Constitucional (1989-1996). Um estudo de comportamento judicial*, Coimbra, 1997, pp. 87-88.
138 Cf. J. M. Cardoso da Costa, *Comunicação à imprensa do Presidente do Tribunal Constitucional*, policop., Lisboa, 1997, pp. 4-5.

(140). Isto exprime, em síntese, uma tendência para uma maior utilização, pelos particulares que são parte nos processos judiciais, do recurso facultativo de constitucionalidade. A percentagem de êxito – isto é, de provimento (total ou parcial) – desses recursos dos particulares é, no entanto, assaz reduzida, situando-se na ordem dos 17,4% (1995) e 10,4% (1996), o que contrasta bem com o sucesso dos recursos do Ministério Público (41% em 1995; 82% em 1996).

Apesar deste acréscimo significativo de processos, importa salientar que, de acordo com os dados estatísticos disponíveis, o "tempo médio" de decisão dos recursos de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional é sensivelmente idêntico ao tempo médio de decisão dos restantes tribunais e, bem assim, ao de instâncias congéneres europeias (como o Tribunal Constitucional de Espanha) (141). Situando-nos novamente no período 1993-1996, a duração média dos recursos nunca ultrapassou os 12 meses: foi de 10 meses em 1993, 12 meses em 1994 e 1995, e baixou drasticamente para 7 meses em 1996.

Ainda assim, é indubitável que o uso indevido do recurso de constitucionalidade representa um factor de entorpecimento processual. Por esse motivo, a LTC prevê diversos mecanismos para ultrapassar esse problema: antes da entrada em vigor da Lei nº 13-A/98, destacava-se a possibilidade de o relator elaborar uma exposição preliminar de não conhecimento do recurso (ou de remissão para anterior jurisprudência do Tribunal), que posteriormente seria objecto de um acórdão da secção. A Lei nº 13-A/98 introduziu novos mecanismos, que serão analisados mais adiante.

Além disso, o Tribunal pode condenar as partes em multa e indemnização como litigante de má fé, nos termos da lei de processo, tendo já utilizado esse instrumento em

---

139 Cf. J. M. Cardoso da Costa, *Comunicação...*, cit., p. 8.
140 Cf. J. M. Cardoso da Costa, *Comunicação...*, cit., p. 16.
141 Cf. António de Araújo, *O Tribunal...*, cit., p. 88, nota 150.

diversas ocasiões (LTC, artigo 84°, n° 6) (142). Por outro lado, o não conhecimento do recurso, por falta dos respectivos pressupostos de admissibilidade, já dava lugar ao pagamento de custas judiciais (LTC, artigo 84°, n° 3).

Existem outros mecanismos para obviar àquilo que já se designou por "processos-massa" (143), ou seja, processos sobre a mesma questão de constitucionalidade que afluem em número significativo ao Tribunal:

> (1) depois de proferido um acórdão, os acórdãos subsequentes limitam-se a remeter para a fundamentação do primeiro, que assim funciona como um "padrão" (este procedimento é utilizado sobretudo no âmbito da mesma secção, mas existem alguns exemplos de acórdãos que reproduzem ou remetem para a fundamentação de decisões proferidas pela outra secção do Tribunal) (144);
>
> (2) o Presidente faz intervir o plenário, nos termos do artigo 79°-A da LTC, e a decisão aí tomada vale como precedente persuasivo, sendo acatada pelos juízes que intervieram na discussão, ainda que acaso hajam manifestado discordância quanto à fundamentação e, mesmo, quanto ao sentido da decisão (145);
>
> (3) se existirem três decisões no sentido da inconstitucionalidade, qualquer dos juízes ou o Ministério Público podem desencadear o processo tendente à emissão de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (LTC, artigo 82°) que depois será aplicada, se for caso disso, a todos os processos que entretanto chegarem ao Tribunal.

---

142 Cf. os acórdãos n°s. 762/96, 332/97, 57/98 ou 133/98.
143 Cf. António de Araújo, *O Tribunal...*, cit., pp. 89ss.
144 Após a alteração introduzida pela Lei n° 13-A/98, a existência de um "precedente" pode ser motivo para o juiz relator elaborar uma "decisão sumária", nos termos do artigo 78°-A, n° 1 da LTC.

Estes são, pois, alguns dos expedientes utilizados pela jurisdição constitucional para enfrentar o afluxo de "processos-massa". Mas, até à entrada em vigor da Lei nº 13-A/98, como em relação a cada um dos processos que chegavam ao Tribunal era sempre necessário proferir um acórdão, o número final de acórdãos sobre a mesma questão tornava-se desmesurado. Basta referir, por exemplo, que só entre 2 e 17 de Dezembro de 1992 o Tribunal proferiu 215 acórdãos, todos sobre a mesma questão (146).

Porventura, os mecanismos instituídos não se afiguraram suficientes para alcançar o desiderato de uma justiça constitucional mais célere: a eventualidade do pagamento de custas não tem desincentivado os particulares de recorrerem ao Tribunal Constitucional, do mesmo modo que não são frequentes as condenações como litigante de má fé e são raras as situações em que os recursos são rejeitados com o fundamento de que são manifestamente infundados (147). Por outro lado, a exposição preliminar do relator, nos termos do artigo 78º-A, não era capaz de, por si só, fazer terminar um processo, sendo sempre necessário tirar um acórdão a confirmá-la. Em face disto, a Lei nº 13-A/98, de 26 de Fevereiro (que alterou a LTC), introduziu novos instrumentos para obviar ao uso indevido do recurso de constitucionalidade ou, numa perspectiva mais ampla, para promover a celeridade da fiscalização concreta. São eles:

– o desdobramento do Tribunal em três secções não especializadas (LTC, artigo 41º);

– o alargamento da possibilidade de o Ministério Público se abster de interpor recurso de decisões conformes com a orientação que se encontre já estabelecida, a

145 Como refere Ribeiro Mendes (*I Conferência...*, cit., p. 125), trata-se de uma orientação interna que tem sido seguida pelo Tribunal a partir da alteração da LTC operada pela Lei nº 85/89, de 7 de Setembro.
146 Cf. A. Rocha Marques, "O Tribunal...", cit., p. 493.
147 Cf., neste sentido, Armindo Ribeiro Mendes, *I Conferência...*, cit., p. 745.

respeito da questão em causa, em jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional (LTC, artigo 72°, n° 4);

– a previsão de que, se o recorrente não responder ao despacho-convite do relator no Tribunal a que se refere o artigo 75°-A da LTC, o recurso é logo julgado deserto (LTC, artigo 75°-A, n° 7);

– a previsão de uma "decisão sumária" do relator, quando este entender que não pode conhecer-se do objecto do recurso ou que a questão é simples, designadamente por a mesma já ter sido objecto de decisão anterior do Tribunal ou por ser manifestamente infundada, podendo tal "decisão sumária" consistir em simples remissão para anterior jurisprudência do Tribunal (LTC, artigo 78°-A, n° 1);

– a possibilidade de proferir "decisão sumária" quando o recorrente não preste todos os elementos a que se refere o artigo 75°-A da LTC (LTC, artigo 78°-A, n° 2);

– o alargamento ou maior especificação dos poderes do relator, nos termos do artigo 78°-B da LTC;

– a previsão de que o processo vai com vista aos restantes juízes da secção acompanhado do memorando ou projecto de acórdão elaborado pelo relator (LTC, artigo 79°-B, n° 1);

– a previsão segundo a qual, sendo manifesto que, com determinado requerimento, se pretende obstar ao cumprimento da decisão proferida no recurso ou na reclamação ou à baixa do processo, se observará o disposto no artigo 720° do

Código de Processo Civil (148), mas só depois de pagas as custas contadas no Tribunal, as multas que este tiver aplicado e as indemnizações que houver fixado, se proferirá decisão no traslado (LTC, artigo 84°, n° 8);

– a previsão segundo a qual o Tribunal condenará em custas a parte que decair, nos recursos previstos nas alíneas *b)* e *f)* do n° 1 do artigo 70° em que conheça do respectivo objecto, quando o regime anterior só determinava o pagamento de custas quando o Tribunal não conhecesse do objecto do recurso.

A grande inovação trazida pela Lei n° 13-A/98 foi, com efeito, a possibilidade de o processo terminar com uma "decisão sumária" do juiz relator (149). Até aí, o relator podia, como vimos, elaborar uma exposição preliminar de não conhecimento do recurso (ou de simples remissão para jurisprudência anterior do Tribunal), mas era sempre necessário produzir um acórdão, tirado por todos os juízes da secção. Para mais, o Tribunal possuía apenas duas secções, compostas por sete juízes cada uma, ao passo que actualmente dispõe de três secções, compostas por cinco juízes (150).

Ainda é cedo para avaliar em rigor se esses instrumentos contribuíram efectivamente para um decréscimo da utilização abusiva do recurso de constitucionalidade.

---

148 Dispõe o artigo 720° do Código de Processo Civil: "1 – Se ao relator parecer manifesto que a parte pretende, com determinado requerimento, obstar ao cumprimento do julgado ou à baixa do processo ou à sua remessa para o tribunal competente, levará o requerimento à conferência, podendo esta ordenar, sem prejuízo do disposto no artigo 456°, que o respectivo incidente se processe em separado. 2 – O disposto no número anterior é também aplicável aos casos em que a parte procure obstar ao trânsito em julgado da decisão, através da suscitação de incidentes, a ele posteriores, manifestamente infundados; neste caso, os autos prosseguirão os seus termos no tribunal recorrido, anulando-se o processado, se a decisão vier a ser modificada".

149 Trata-se de uma mera possibilidade, uma vez que pode existir reclamação da decisão sumária do relator. Nos termos dos n°s. 3 e 4 do artigo 78°-A da LTC, "da decisão sumária do relator pode reclamar-se para a conferência, a qual é constituída pelo presidente ou pelo vice-presidente, pelo relator e por outro juiz da respectiva secção, indicado pelo pleno da secção em cada ano judicial" (n° 3); "A conferência decide definitivamente as reclamações, quando houver unanimidade dos juízes intervenientes, cabendo essa decisão ao pleno da secção quando não haja unanimidade" (n° 4).

Sempre se dirá, no entanto, que alguns dados apontam para o sucesso de alguns dos mecanismos introduzidos pela Lei nº 13-A/98, de que se destacam as "decisões sumárias" do relator. Basta referir que um número apreciável de recursos foi objecto de decisões desse tipo mas, mais importante do que isso, basta referir que as reclamações deduzidas contra tais decisões, nos termos do artigo 78º-A, nº 3 da LTC, têm uma reduzidíssima taxa de sucesso: na esmagadora maioria dos casos, a conferência têm confirmado a decisão sumária do relator. Além disso, o número de decisões que não são objecto de reclamação para a conferência é significativamente maior do que o número de reclamações, o que permite extrair a conclusão de que, em traços gerais, a "decisão sumária" do relator afigura-se um expediente útil para a promoção da celeridade dos recursos, tendo já permitido encerrar definitivamente, de uma forma rápida e eficaz, um conjunto muito apreciável de processos.

150 Não se aumentou o número de juízes do Tribunal. Simplesmente, enquanto anteriormente o Presidente do Tribunal presidia às duas secções, actualmente as secções podem ser presididas pelo Vice-Presidente.

III - O CONTROLO ABSTRACTO DA CONSTITUCIONALIDADE

Dentro da fiscalização abstracta far-se-á sempre referência, distinguindo as situações, à fiscalização preventiva e à fiscalização abstracta sucessiva. É ainda de notar que apenas se trata do controlo da constitucionalidade (e de certas formas de legalidade qualificada) de normas, deixando assim de lado a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e outras competências do Tribunal Constitucional, nomeadamente, a fiscalização preventiva obrigatória dos referendos.

1. Legitimidade

O controlo preventivo da constitucionalidade (CRP, artigo 278°) é feito a requerimento do Presidente da República ou, tratando-se de diplomas regionais, dos respectivos Ministros da República. No caso das leis orgânicas (151), o controlo preventivo também pode ser requerido pelo Primeiro-Ministro ou por 1/5 dos deputados à Assembleia da República em efectividade de funções (CRP, artigo 278°, n° 4) (152).

No âmbito da fiscalização abstracta sucessiva, dispõem de legitimidade activa o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o

151 Leis que têm por objecto certas matérias (eleições, referendo, Tribunal Constitucional, defesa, estado de sítio, cidadania, direito de associação, sistema de informações, segredo de Estado, finanças regionais e criação de regiões administrativas), seguem um processo legislativo sujeito a algumas exigências especiais (nomeadamente, a exigência de maioria absoluta) e beneficiam de uma legitimidade alargada no respeitante ao controlo preventivo da constitucionalidade - v. os artigos 164°, 166°, n° 2, 168°, n°s. 4 e 5, e 278°, n° 4, CRP.

152 Saliente-se que a revisão constitucional de 1997 aumentou sensivelmente o leque de matérias submetidas à forma de lei orgânica, com a consequência, entre outras, de, assim, se ter aumentado a capacidade de fiscalização a cargo da oposição parlamentar a quem é reconhecida legitimidade processual activa na fiscalização preventiva de leis orgânicas.

Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República (153), um décimo dos deputados à Assembleia da República e, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação de direitos das Regiões Autónomas ou quando o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República, os Ministros da República, as assembleias legislativas regionais, os respectivos presidentes ou um décimo dos seus deputados, e os presidentes dos governos regionais.

Esta enumeração é taxativa: a legitimidade é restrita a estas instituições públicas. Refira-se, por exemplo, que, no acórdão nº 732/95, o Tribunal não conheceu de um pedido de fiscalização abstracta sucessiva requerido por um sindicato, por falta de legitimidade do requerente.

Como se vê, não está prevista nenhuma forma de acção popular de inconstitucionalidade: os cidadãos não têm acesso directo ao Tribunal Constitucional no controlo abstracto da constitucionalidade (ou legalidade), o qual apenas pode ser desencadeado pelas entidades públicas apontadas, as quais não têm que invocar ou demonstrar um interesse próprio ou legítimo para apresentar um pedido.

No entanto, é frequente que os pedidos apresentados por certas entidades (nomeadamente, aquelas cuja acção se destina prioritariamente à defesa dos direitos dos cidadãos, como, por exemplo, o Provedor de Justiça) surjam na sequência de solicitações nesse sentido de cidadãos ou grupos de cidadãos, ao abrigo do direito de petição (cf. artigo 52º, nº 1, CRP). Mas, mesmo nesses casos, não se pode dizer que tais entidades actuam apenas para defender direitos alheios, pois a iniciativa de requerer a fiscalização está

153 Note-se que já nos longínquos acórdãos nºs 7/83 e 8/83 o Tribunal firmou o entendimento segundo o qual a competência atribuída ao Procurador-Geral da República para requerer a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de quaisquer normas tem natureza eminentemente política, devendo ser exercida pessoalmente. Assim, não conheceu de pedidos de declaração de inconstitucionalidade com força

ordenada sobretudo para a defesa (objectiva) da ordem constitucional. E, além disso, como o Tribunal afirmou (154), nenhuma dessas entidades pode actuar como uma mera "ponte" entre os cidadãos e o Tribunal, mas tem que assumir como verdadeiramente seus os pedidos de declaração da inconstitucionalidade que apresente.

Para além disso, nos processos de "generalização" (155) (cf. artigo 281°, n° 3, CRP) – que são, para todos os efeitos, processos de fiscalização abstracta sucessiva – dispõem ainda de legitimidade activa, nos termos do artigo 82° LTC, os representantes do Ministério Público no Tribunal Constitucional (156) – o Procurador-Geral da República ou, por delegação deste, o Vice-Procurador-Geral ou os Procuradores-Gerais Adjuntos – e qualquer dos Juízes do Tribunal Constitucional (157).

Recentemente, tanto a doutrina (158) como alguns partidos políticos sugeriram o alargamento do leque das entidades com legitimidade processual activa na fiscalização abstracta sucessiva: na recente revisão constitucional de 1997 foram apresentadas, sem êxito, propostas de extensão daquela legitimidade a grupos de cidadãos eleitores (5000, no projecto do Partido Socialista, 10000, no projecto do Partido Comunista Português, ou um número a determinar por lei, no projecto de "Os Verdes"), aos grupos parlamentares

---

obrigatória geral formulados pelo Procurador-Geral Adjunto no Tribunal Constitucional por ilegitimidade deste.

154 Nos acórdãos n°s. 5/83, 6/83 e 16/83, o Tribunal não conheceu de pedidos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, por falta de pedido regular, já que o Presidente da Assembleia da Republica se tinha limitado a ordenar a remessa ao Tribunal Constitucional de certos documentos - petição de certos cidadãos, num caso, e requerimento de um deputado, noutro caso -, sem manifestar vontade de fazer seus os argumentos ali apresentados, funcionando como simples "ponte" ou "elo de ligação" entre aqueles cidadãos ou deputados e o Tribunal, e não tendo, assim, assumido o pedido, embora inicialmente formulado por terceiros, como próprio, aceitando responsabilizar-se, sem margem para ambiguidades, quanto ao exercício da faculdade que lhe é conferida pelo artigo 281°, n° 2, CRP.

155 Ver, *supra*, ponto II.7.

156 Ao contrário, como vimos, do que se passa com os pedidos efectuados ao abrigo da alínea *e*) do n° 2 do artigo 281° CRP, que têm de ser apresentados pessoalmente pelo Procurador-Geral da República.

157 Refira-se que até ao momento nenhum juiz do Tribunal tomou essa iniciativa, o que, aliás, vai ao encontro do princípio *ne judex procedat ex officio*.

(projecto do PCP), ao Bastonário da Ordem dos Advogados (projecto de alguns deputados do Partido Social Democrata), e a qualquer deputado (projecto de "Os Verdes").

2. Objecto do pedido

O controlo preventivo incide sobre normas contidas em diplomas provenientes da Assembleia da República e do Governo, incluindo as convenções internacionais aprovadas por estes órgãos (artigo 278°, n° 1, CRP), e normas contidas em diplomas regionais aprovados pelas assembleias legislativas regionais dos Açores e da Madeira (artigo 278°, n° 2, CRP).

É de notar que o controlo preventivo é um controlo exclusivamente de constitucionalidade.

As normas que podem ser objecto desse controlo são:

– a pedido do Presidente da República, normas constantes de *tratado internacional* que lhe seja submetido para ratificação, de decreto que lhe tiver sido enviado para promulgação como *lei* ou como *decreto-lei* ou de *acordo internacional* cujo decreto lhe tenha sido remetido para assinatura (artigo 278°, n° 1, CRP);

– a pedido dos Ministros da República, normas constantes de *decreto legislativo regional* ou de *decreto regulamentar de lei geral da República* que lhes tenham sido enviados para assinatura (artigo 278°, n° 2, CRP);

158 Cf.. J.J. Gomes Canotilho, "Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva", *in* J. Miranda (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra Ed., 1996, pp. 880-882.

– a pedido do Primeiro-Ministro ou de um quinto dos deputados à Assembleia da República em efectividade de funções, normas constantes de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para ser promulgado como *lei orgânica* (artigo 278°, n° 4, CRP).

Quanto à fiscalização abstracta sucessiva, o artigo 281°, n° 1, CRP, prevê que o Tribunal aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de *quaisquer normas*. Valem aqui as indicações que se deixaram a propósito do conceito de norma relevante para o controlo concreto (159).

Prevê-se ainda o controlo abstracto sucessivo de três formas específicas de ilegalidade:

a) - ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado (160);

b) - a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República;

c) - a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

---

159 Cf. ponto II. 6.

160 Cf. artigo 112°, n° 3, CRP. A razão de ser da extensão da competência do Tribunal Constitucional ao controlo destas formas de legalidade "reforçada" residirá no facto de esse controlo, apesar de ser de mera legalidade, incidir, de todo o modo, sobre normas constantes de acto legislativo, cujo controlo abstracto merece assim, aos olhos da Constituição, ser sempre realizado pelo órgão jurisdicional criado pela Constituição para "administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional" (cf., artigo 221°, CRP), já que os conflitos entre normas legais que aqui estão em causa se apresentam em primeira linha como conflitos jurídico-constitucionais, uma vez que convocam essencialmente, para a sua resolução, a aplicação de normas constitucionais de distribuição de competências legislativas.

Desta forma, o Tribunal Constitucional intervém, de forma indirecta, na composição de conflitos entre entes territoriais (Estado e Regiões Autónomas). Há que notar que as possibilidades de os órgãos das regiões autónomas suscitarem a intervenção do Tribunal Constitucional para dirimir tais conflitos é limitada pelo facto de a sua legitimidade processual activa ser restrita a certas normas e a certos fundamentos. Na verdade, as assembleias legislativas regionais, os seus presidentes, um décimo dos seus deputados, ou os presidentes dos governos regionais, só podem requerer a fiscalização abstracta sucessiva quando: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação de direitos das Regiões Autónomas; ou b) o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República - cf. artigo 281°, n° 2, *g*), CRP.

Note-se que, no respeito pelo princípio do pedido, um pedido de declaração de ilegalidade de certa norma não poderá ser convolado pelo Tribunal num pedido de apreciação da constitucionalidade da mesma norma (161). Está assim o Tribunal impedido de apreciar a constitucionalidade (e, eventualmente, declarar a inconstitucionalidade) de uma norma, quando apenas lhe foi pedido que aprecie a sua legalidade.

A Constituição prevê ainda, no seu artigo 281°, n° 3, que o Tribunal Constitucional aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade (ou a ilegalidade) de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos. Trata-se, pois, de uma forma específica de controlo abstracto, assente numa "generalização" de julgamentos de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade). Na generalização, o Tribunal não se encontra vinculado pelas decisões proferidas em sede de fiscalização concreta: desde logo, porque os "três casos concretos" necessários à formulação de um pedido de "generalização" podem ter sido proferidos apenas por uma das

secções do Tribunal, não se tendo ainda a outra secção pronunciado sobre a questão. Nestes termos, é possível que, apesar de o Tribunal se ter pronunciado, em sede de fiscalização concreta, pela inconstitucionalidade de uma norma, venha a adoptar atitude diversa no âmbito da fiscalização abstracta (162).

Do controlo normativo estão excluídos os actos políticos, os actos administrativos e os actos judiciais em si mesmo considerados. No entanto, foi defendido na doutrina um alargamento da intervenção do Tribunal, que abrangeria domínios como os de certos actos políticos ou da responsabilidade por actos legislativos (163).

As normas pré-constitucionais podem ser objecto de fiscalização da constitucionalidade, mas apenas no confronto com a Constituição de 1976 e não já também com a Constituição de 1933 ou com leis constitucionais provisórias do período que vai do 25 de Abril de 1974 até à entrada em vigor da CRP (164).

As normas que podem ser objecto da fiscalização abstracta *sucessiva* têm de ser normas perfeitas, isto é, normas inseridas em diplomas em relação aos quais o processo legislativo já se completou plenamente (165).

---

161 Cf., neste sentido, o acórdão nº 624/97.

162 Cf. o acórdão nº 1/92.

163 Cf. Jorge Miranda, "Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional", in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional)*, Coimbra, 1995, p. 99 e ss.. Também na revisão constitucional de 1997 foi proposto pelo PCP sem sucesso o alargamento da fiscalização da constitucionalidade aos actos políticos. Sobre esta proposta, cf.., apoiando-a, embora defendendo a identificação clara dos actos políticos impugnáveis, A. Sousa Pinheiro e M. J. Brito Fernandes, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, AAFDL, Lisboa, 1999, p. 578.

164 Cf., *v.g.*, o acórdão nº 319/89.

165 Cf. acórdão nº 32/88, onde o Tribunal não conheceu de pedidos que tinham por objecto normas jurídicas internacionais imperfeitas (tratava-se de um caso em que não se se tinha chegado a concluir o procedimento normativo de certa convenção, pois que ainda que se pudesse ter por válida a sua ratificação não datada, esta não tinha sido de forma alguma publicitada). No Acórdão nº 809/93 decidiu-se não admitir um pedido que tinha como objecto normas constantes de propostas de lei meramente aprovadas pela Assembleia da República, uma vez que a fiscalização abstracta sucessiva incide necessariamente sobre "*normas juridicamente acabadas* - isto é, relativamente às quais se cumpriram já todos os requisitos formais

No mesmo requerimento, podem cumular-se vários pedidos quanto a diferentes normas, constantes de diplomas diversos – designadamente, normas revogadas que seriam repristinadas no caso de declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas revogatórias (166).

3. Órgão de controlo da constitucionalidade

Enquanto na fiscalização concreta intervêm os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional, a fiscalização abstracta é *reservada*, naturalmente, a este último: só ele, pois, intervém, como *única instância*, nessa modalidade de controlo. Além disso, enquanto na fiscalização concreta o Tribunal Constitucional, em regra, julga em secção os recursos para ele interpostos (167), na fiscalização abstracta - atentos os efeitos da decisão - julga em *plenário* [com a necessária intervenção, portanto, de todos os seus Juízes (168)], nos termos do artigo 224°, n° 2, CRP.

4. Questões formais de acesso ao processo

---

necessários à sua conversão em proposições jurídico-vinculativas - e não sobre simples 'projectos' ou 'propostas' ou mesmo textos normativos já aprovados pelo órgão para tanto competente, mas, de qualquer modo, pendentes ainda de trâmites ulteriores do processo de formação que devem percorrer".

166 Cf. *infra*.

167 Cf. *supra* II-5.

168 O artigo 43°, n° 6, LTC, dispõe que "os juízes gozarão as suas férias de 15 de Agosto a 14 de Setembro" e visa assegurar a existência de quórum de funcionamento (maioria dos membros, incluindo o presidente ou o vice-presidente - artigo 42°, n° 1, LTC) do plenário mesmo em férias, período durante o qual podem surgir processos de fiscalização preventiva, nos quais não há férias judiciais (cf., artigo 43°, n°s 1 e 2).

Para que se possa pretender uma decisão do Tribunal Constitucional necessário se torna que haja *interesse processual* nessa decisão. O interesse processual é, assim, um requisito que vale também no controlo abstracto da constitucionalidade.

Os problemas principais colocam-se na fiscalização abstracta sucessiva. Como, nos termos do artigo 282°, n° 1, CRP, a declaração de inconstitucionalidade tem, em regra, uma eficácia invalidante (*ex tunc*), destruindo todos os efeitos produzidos *medio tempore* que se não tenham consolidado (169), e não apenas uma mera eficácia revogatória (*ex nunc*), há, em regra, como o Tribunal tem abundantemente repetido, interesse em conhecer da constitucionalidade de uma norma, mesmo revogada ou caduca, sempre que a mesma seja suporte de efeitos jurídicos carecidos de ser eliminados, por não se haverem ainda consolidado por caso julgado.

Já não será, no entanto, assim, se, para esse efeito, for excessivo lançar mão de um tal instrumento processual, por serem suficientes os meios individuais e concretos de defesa. Como, segundo o n° 4 do referido artigo 282°, o Tribunal pode, com base em exigências da "segurança jurídica, razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo", declarar a inconstitucionalidade com efeitos mais restritos do que os da eficácia invalidante, nomeadamente salvaguardando todos os efeitos produzidos pela lei *medio tempore* (o que equivale a declarar a inconstitucionalidade com efeitos apenas *ex nunc*), não há, nesse caso, interesse em conhecer da constitucionalidade de uma norma revogada ou caduca, sempre que o TC, num juízo prévio, conclua que se trata de um daqueles casos em que, a concluir-se pela inconstitucionalidade, seria de salvaguardar os efeitos já produzidos: o Tribunal "antecipa" uma eventual declaração de inconstitucionalidade e entende que sempre deveria limitar os seus efeitos, nos termos do artigo 282°, n° 4, CRP. Nesse caso, o conhecimento do pedido torna-se inútil: se o Tribunal viesse, porventura, a declarar a inconstitucionalidade, limitando os seus efeitos, essa

declaração nunca poderia valer para o passado – porque, por um lado, não serviria para obstar às eventuais aplicações da norma que tivessem ocorrido e não tivessem sido judicialmente impugnados ou o houvessem sido, mas já existisse sentença transitada (artº 282º, nº 3, CRP) (170), e, por outro, o Tribunal havia decidido limitar os seus efeitos – nem para o presente ou futuro (porque a norma já se encontraria revogada) (171).

Note-se que o "princípio do pedido" (artigo 51º, nº 5, LTC), impede, nos termos da repetida jurisprudência do Tribunal, que ele proceda à "convolação" do objecto do pedido na norma que substitui a norma revogada.

O Tribunal firmou, a este respeito, uma interpretação "rígida" desse princípio (172). Esta posição jurisprudencial – segundo a qual é suficiente uma pequena mudança no

---

169 Cf. *infra* ponto III.7

170 Quanto a possíveis aplicações impugnadas e cujas decisões judiciais não tenham ainda transitado, sustentou-se, por exemplo, no acórdão nº 639/98 que não há interesse jurídico relevante ("interesse prático apreciável") "quando os meios individuais e concretos de defesa postos à disposição dos interessados são suficientes para acautelar os seus direitos ou interesses, impedindo a aplicação da norma inconstitucional" (pense-se na fiscalização concreta e no recurso de constitucionalidade) - cf. também, por exemplo, os acórdãos nºs. 17/83, 308/93, 397/93, 188/94, 120/95, 580/95 e 117/97; em sentido contrário, veja-se o acórdão nº 497/97 - tributação das gratificações nos casinos -, onde o Tribunal, para analisar do interesse jurídico relevante na apreciação do pedido, entendeu bastar a possibilidade de pendência de situações litigiosas para manter o interesse no conhecimento do pedido (conheceu-se da questão de constitucionalidade relativamente a um grupo de normas já revogadas, pelos seguintes motivos: "dado o período de tempo 'coberto' por essa legislação, admite-se que ainda se encontrem pendentes situações litigiosas, o que se afigura bastante para se manter o interesse no conhecimento do pedido no que a essas normas respeita").

171 Cf., por exemplo, acórdãos nºs. 73/90, 135/90, 465/91, 186/94 e 57/95, e 1147/96.

172 Cf., por exemplo, o acórdão nº 57/95. Neste acórdão, que incidiu sobre o Código do IRS, o Tribunal firmou um critério geral de decisão sobre esta matéria: "nos casos em que as alterações suportadas pelas normas (...) dão origem a outras normas, isto é, a normas dotadas de uma diferente substância normativa, e, bem assim, nos casos em que as alterações, substanciais ou não, conduzem a que as normas passem a constar de outro preceito legal, não deve o Tribunal conhecer da compatibilidade com a Constituição das referidas normas (...) na sua versão actual, (...) pela necessidade de observância do princípio do pedido; (...) já não subsistem, porém, quaisquer obstáculos processuais ao conhecimento da questão de inconstitucionalidade, nas hipóteses em que as alterações nas normas não forem de molde a afectar a sua substância originária e essas alterações estejam corporizadas no mesmo preceito legal; aí, porque a norma é essencialmente a mesma, é possível ao TC conhecer da sua conformidade com a Constituição"; e, sobre o conceito de norma apreciável, o Tribunal precisou o seguinte: "não se trata, porém, de normas *abstractamente* consideradas, mas de normas vasadas ou concretizadas num preceito; por outras palavras, o TC, quando aprecia a constitucionalidade de uma norma jurídica, tem de referir essa norma a um preceito concreto, que constitui o seu *suporte formal*; a

suporte normativo de normas que se mantêm substancialmente inalteradas para se não poder conhecer do pedido de declaração da sua inconstitucionalidade na sua nova versão (*rectius*, no seu novo suporte normativo) –, significa, na prática, o reconhecimento de que cai sobre as entidades com legitimidade processual activa na fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, cada vez que as normas objecto de um pedido de fiscalização abstracta sucessiva sofrem qualquer alteração - por pequena que seja -, o ónus de analisar juridicamente do alcance dessa alteração para o sucesso do seu pedido e, se for o caso e o pretendam, de apresentar - a todo o tempo - ao Tribunal pedido complementar de apreciação da constitucionalidade daquelas na sua nova versão (173), assim obviando a que o legislador possa "inutilizar" a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade com uma mera renumeração dos preceitos legais em crise, sem alterar a sua substância.

Note-se ainda que o Tribunal não tem que interpretar literalmente os pedidos, podendo restringi-los ou alargá-los (quando eles se não afigurem isentos de obscuridades) tendo em conta os dados que se recolham da argumentação expendida pelos requerentes.

Os pedidos de declaração de inconstitucionalidade que fazem referência a uma lei no seu todo mas não a determinadas normas desta não devem ser admitidos, se os

---

necessidade de referência da norma objecto de fiscalização ao preceito que a incorpora resulta do *princípio do pedido*: este mesmo princípio impede que o Tribunal analise a questão de constitucionalidade de uma norma nova - ainda que de teor substancialmente idêntico à antiga - concretizada num preceito diferente do originário". Note-se que este critério não modificou substancialmente o entendimento que o TC seguiu no acórdão nº 806/93, ao tomar conhecimento do pedido relativo a uma determinada norma, apesar de ela ter sido entretanto alterada, por essa alteração ter apenas consistido no aditamento de um inciso que em nada relevava para o pedido: "*não se poderá no caso falar de uma verdadeira e própria revogação*, pois que está em causa a sucessão no tempo de distintas redacções conferidas por legislação avulsa a um preceito integrante de um Código"; neste caso não houve modificação do suporte normativo da norma impugnada. Esse critério já foi comentado em tons críticos pela doutrina: cf. Casalta Nabais (*O dever fundamental de pagar impostos - contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 595), Jorge Costa Santos ("O desenvolvimento da reforma fiscal e a tributação dos valores mobiliários", in *Fisco*, Ano VIII, nºs 78-79, Set.-Out./96, pp. 28-30) e Luís Menezes Leitão ("Evolução e situação da reforma fiscal", in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 387, Julho-Setembro de 1997, pp. 38-39).

requerentes, depois de notificados para esse efeito, não tiverem suprido essa deficiência – falta de especificação das normas (174).

A existência de decisão anterior sobre a questão apresentada ao Tribunal não impede a apreciação do pedido, excepto se ela tiver declarado com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma. Se, ao invés, a decisão anterior não tiver "força obrigatória geral", o Tribunal Constitucional pode voltar a apreciar as normas – inclusivamente a pedido do mesmo requerente (175) –, e até decidir em sentido contrário.

5. Tramitação do processo

O prazo para requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade é de oito dias (artigo 278°, n°s 3 e 6, CRP) (176) e, nos termos do artigo 278°, n° 8, CRP, o Tribunal tem de se pronunciar no prazo de vinte e cinco dias. O Presidente da República, quando seja ele o requerente, pode encurtar este prazo, por motivo de urgência (177).

Na fiscalização abstracta sucessiva não há qualquer prazo para apresentação do pedido. Ou seja: o pedido pode ser apresentado *a todo o tempo*, independentemente do período de vigência da norma em causa – artigo 62°, n° 1, LTC (178).

---

173 Foi, aliás, o que se passou, por exemplo, no processo que deu origem ao acórdão n° 497/97. Cf. ainda o disposto no artigo 64°, n° 1, LTC: "admitido um pedido, quaisquer outros com objecto idêntico que venham a ser igualmente admitidos são incorporados nor processo respeitante ao primeiro".

174 Cf., por exemplo, o acórdão n° 15/83.

175 Cf. o acórdão n° 452/95, onde se decidiu não estar o Tribunal impedido de conhecer da questão de constitucionalidade de normas que já haviam sido submetidas à fiscalização abstracta sucessiva a pedido do mesmo requerente tendo dela saído incólumes.

176 Cf. ainda o artigo 56°, n° 4, LTC.

177 Cf. o artigo 60° LTC, sobre os efeitos deste encurtamento nos prazos de tramitação do processo no Tribunal.

178 E mesmo se a norma, já publicada, ainda não estiver em vigor, por não ter decorrido a respectiva *vacatio legis*.

Os pedidos de fiscalização abstracta, preventiva ou sucessiva, são dirigidos ao Presidente do Tribunal e devem especificar as normas cuja apreciação se requer e as normas ou princípios constitucionais (ou legais, no caso da fiscalização sucessiva) violados (artigo 51°, nº 1, LTC).

O Presidente pode convidar o autor do pedido para suprir a falta ou insuficiente cumprimento deste dever de especificação (artigo 51, nº 3, LTC).

Recebida a resposta a este convite, se ele tiver sido feito, o Presidente decide sobre a admissão do pedido. Se entender que não deve ser admitido (por falta de legitimidade ou por incumprimento do dever de especificação, ou também, na fiscalização preventiva, por apresentação fora de prazo – artigo 52°, nº 1, LTC), o Presidente submete o processo ao plenário, que deverá decidir no prazo de 10 dias (2, no caso da fiscalização preventiva) – artigo 52°, nºs 2 e 3, LTC.

Se admitir o pedido (decisão que não impede o Tribunal de o vir rejeitar definitivamente – artigo 51°, nºs 2 e 4, LTC), o Presidente notifica o órgão autor da norma impugnada (179) para se pronunciar no prazo de 30 dias (3, no caso de fiscalização preventiva) – artigo 54°, LTC.

Na fiscalização preventiva, o processo é distribuído a um Juiz relator no prazo de 1 dia a contar da entrada do pedido, o qual deve, em 5 dias, elaborar um memorando (tendo em conta também a resposta do autor da norma que entretanto lhe é comunicada) contendo o enunciado das questões a que o Tribunal deve dar resposta e a solução que para elas é

179 Cf. os acórdãos nºs. 476/94, 477/94 e 478/94, sobre quem é competente como autor da norma para responder ao pedido.

proposta. acompanhada dos seus fundamentos: a todos os outros Juízes são imediatamente também entregues cópias de todo o processo e do memorando do relator (artigo 58° LTC).

O plenário deverá reunir no prazo de 10 dias a contar da entrada do pedido, mas a decisão não pode ser proferida antes de decorridos dois dias sobre a entrega do memorando a todos os juízes. Tomada a decisão, o relator (ou, se este ficar vencido, outro juiz) terá 7 dias para elaboração e apresentação do acórdão para a sua subsequente assinatura (artigo 59°, LTC).

Note-se que o Tribunal tem sempre cumprido escrupulosamente os prazos apertados a que a tramitação na fiscalização preventiva, como vemos, obedece.

Realce-se ainda que a desistência do pedido é admissível nos processos de fiscalização preventiva (artigo 53° LTC).

Na fiscalização abstracta sucessiva, recebida a resposta do autor da norma é entregue cópia de todo o processo aos Juízes acompanhada de um memorando do Presidente – onde são formuladas as "questões prévias e de fundo a que o Tribunal há-de responder" – e de quaisquer "elementos documentais reputados de interesse". O referido memorando (para cuja elaboração não foi definido nenhum prazo) é discutido no plenário (que só poderá reunir para esse efeito depois de decorridos 15 dias sobre a sua entrega), e, uma vez fixada "a orientação do Tribunal sobre as questões a resolver", o processo é distribuído a um relator sorteado ou, se o Tribunal assim o deliberar, designado pelo Presidente (artigo 63° LTC).

O relator tem 40 dias para elaborar, "de harmonia com a orientação fixada pelo Tribunal", projecto de acórdão, que será discutido e assinado em plenário a realizar pelo menos 15 dias depois da apresentação desse projecto (artigo 65°, n°s 1 e 2, LTC) (180).

Realce-se ainda que a lei prevê um mecanismo de "aceleração processual" de processos de fiscalização abstracta sucessiva (181): se o requerente o solicitar fundamentadamente, e se o órgão autor da norma concordar, o Presidente, ouvido o Tribunal, *pode* atribuir "prioridade à apreciação e decisão do processo" (cf. artigo 65°, n° 4, LTC) (182).

Das decisões em plenário, não há, obviamente, recurso.

Note-se ainda que a apresentação de um pedido de fiscalização abstracta sucessiva não suspende a vigência das normas objecto desse pedido. Nem o Tribunal a pode decretar. A este propósito, refira-se a questão que o Tribunal resolveu no Acórdão n° 200/98. O Supremo Tribunal de Justiça (STJ), após tomar conhecimento de que se encontrava pendente no Tribunal Constitucional um pedido de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade de uma lei de amnistia aplicável aos arguidos em determinado processo

---

180 Note-se que a tramitação dos processos de fiscalização abstracta sucessiva resulta da revisão da lei do Tribunal ocorrida em 1998. Até aí, o processso era inicialmente distribuído a um juiz relator que tinha quarenta dias para elaborar o memorando "contendo o enunciado das questões" sobre que o Tribunal se devia pronunciar "e da solução proposta para as mesmas, com indicação sumária dos respectivos fundamentos"; discutido esse memorando em plenário e tomada a decisão do Tribunal, o relator, ou, no caso de este ficar vencido, outro juiz, tinha 30 dias para elaborar o acórdão (cf. artigo 65°, n°s 1 e 3, LTC, na versão de 1989). Devido ao pouco tempo decorrido, não é ainda possível fazer uma avalização do impacto das alterações de 1998, que visaram acelerar a tramitação dos processos de fiscalização abstracta sucessiva, nos quais se tinham vindo a verificar alguns atrasos (cf. J. M. Cardoso da Costa, "Algumas reflexões...", cit., p. 127, que afirma que o TC tem sentido "dificuldades na gestão dos processos de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade", situação que deve "merecer já atenta preocupação").

181 Que foi introduzido na Lei do Tribunal pela Lei n° 88/95, de 1 de Setembro. No acórdão n°. 510/98 (único caso em que o problema se colocou) foi indeferido um "pedido de atribuição de prioridade" deduzido pelos requerentes (um grupo de Deputados), e que tinha obtido o acordo do órgão autor da norma.

182 Note-se que o Tribunal, nos processos que incidem sobre normas orçamentais, tem seguido a prática, por forma à sua decisão ainda produzir um efeito útil, de os decidir ainda dentro do ano orçamental.

penal, decidiu suspender esse processo até à decisão do Tribunal Constitucional no referido processo de fiscalização abstracta. Fundamentou essa decisão no entendimento de que a decisão de constitucionalidade consubstanciaria uma questão prejudicial relativamente à decisão do recurso a correr termos no STJ. O Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a norma que tinha servido de fundamento à decisão do STJ (e revogou esta decisão), quando interpretada "no sentido de qualificar como 'acção' em que se controverte 'questão prejudicial própria' (relativamente à infracção que é objecto de processo penal perante os tribunais judiciais) o processo de fiscalização abstracta sucessiva pendente no Tribunal Constitucional, em que vem suscitada a questão da inconstitucionalidade da Lei que decretou uma amnistia aplicável aos arguidos naquela causa". Segundo o Tribunal, a interpretação realizada pelo STJ "esvazia de conteúdo o (...) poder-dever dos tribunais de apreciarem a conformidade à Constituição das normas aplicáveis aos pleitos submetidos a juízo", "subverte verdadeiramente o sistema de fiscalização de constitucionalidade desenhado pela Constituição portuguesa" e "consagraria ainda um efeito do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade não previsto pelo artigo 282° da Constituição, pois que, de acordo com tal interpretação, a pendência do processo passaria a afectar a aplicabilidade da norma em causa".

O Tribunal encontra-se vinculado pelo princípio do pedido, não podendo conhecer da constitucionalidade de normas que não integrem o objecto do pedido. No entanto, pode fazê-lo "com fundamentação na violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada" (artigo 51°, n° 5, LTC). Ou seja, o princípio do pedido limita os poderes de cognição do Tribunal quanto ao pedido, mas já não quanto à causa de pedir.

Na fiscalização abstracta não há, logicamente, custas.

6. Debate e publicação

Também os processos de fiscalização abstracta são exclusivamente escritos, obedecendo à tramitação que ficou descrita. Não há audiências públicas, e a única entidade a ser ouvida é o órgão autor da norma impugnada. No entanto, o Tribunal tem recebido algumas vezes pareceres das mais diversas entidades, fazendo-os juntar aos autos e distribuir pelos seus membros: esta prática fundamenta-se claramente no artigo 64°-A da LTC ("O presidente do Tribunal, o relator ou o próprio Tribunal podem requisitar a quaisquer órgãos ou entidades os elementos que julguem necessários ou convenientes para a apreciação do pedido e a decisão do processo") e nos poderes inquisitivos que aí se conferem ao Tribunal (183).

As decisões do Tribunal são tomadas por maioria de voto dos juízes presentes, dispondo cada juiz de um voto (artigo 42°, n°s. 2 e 3, LTC) (184). Note-se que a votação incide sobre as diversas questões sobre as quais o Tribunal se deve pronunciar (185), e que o Tribunal tem entendido (embora o artigo 42° LTC não o estabeleça expressamente) que deve formar-se maioria não apenas quanto à decisão, mas também quanto à fundamentação (186). O que significa que, por exemplo, se 5 juízes entendem que certa norma é apenas

---

183 Neste sentido, Miguel Lobo Antunes, "Fiscalização abstracta da constitucionalidade: questões processuais", in AA.VV, *Estudos...*, cit., p. 402.

184 O artigo 42°, n° 1, LTC fixa o *quorum* do Tribunal, dispondo que este só pode funcionar, em plenário ou secção, estando presente a maioria dos respectivos membros em efectividade de funções, incluindo o Presidente ou o Vice-Presidente.

185 O Tribunal utiliza o método da chamada "votação escalonada" (*Stufenabstimmung*), ou seja, compartimenta as diversas questões colocadas no âmbito de cada processo e forma, em relação a cada uma delas, a respectiva maioria de votação; para uma descrição mais detalhada deste método, cf. o acórdão n° 58/95.

186 A importância decisiva do papel da fundamentação como factor de legitimação do Tribunal e das suas decisões foi recentemente reafirmada pelo Presidente do Tribunal: "sejam quais forem as dificuldades que (...) os tribunais constitucionais encontrem na sua actividade e no desempenho da sua missão, importa que elas não venham a conduzir ou a traduzir-se em qualquer aligeiramento do discurso argumentativo que fundamenta as respectivas decisões - ainda que isso implique o preço de uma maior demora na emissão destas últimas; o ponto é crucial! (...) A justiça constitucional, mais do que qualquer outra, não pode deixar de

organicamente inconstitucional, outros 5 julgam que é apenas materialmente inconstitucional e 3 consideram que não há qualquer inconstitucionalidade, como esses dois tipos de inconstitucionalidade se não podem somar, não chega a formar-se maioria quanto à fundamentação, acabando o Tribunal por decidir, a final, pela não inconstitucionalidade (187).

Sendo o Tribunal Constitucional composto por um número ímpar de 13 juízes, raras são as ocasiões em que se verificam empates na votação. Ainda assim, esse risco não é completamente eliminado. Por um lado, porque nem sempre é possível assegurar a presença de todos os juízes em todas as sessões do Tribunal, bastando a ausência de um só juiz para criar, de imediato, o risco de empate. Por outro lado, porque nem sempre os lugares de juízes se encontram todos preenchidos. Para obviar aos eventuais impasses criados por empates nas votações dos acórdãos, a LTC atribui ao Presidente do Tribunal – ou ao Vice-Presidente, quando o substitua – voto de qualidade, quer no plenário, quer em secção (artigo 42°, n° 3, LTC). Deve, salientar-se, no entanto, que raras vezes o Presidente foi obrigado a lançar mão do seu voto de qualidade.

Assinale-se, a este propósito, que não existe qualquer decisão do Tribunal Constitucional que, segundo a Constituição ou a lei, deva ser tomada por unanimidade.

A prática revela, no entanto, um elevado consenso no interior do Tribunal, bastando referir, a título de exemplo, que cerca de 56% dos acórdãos tirados em processos de fiscalização abstracta sucessiva, nos anos de 1983 a 1992, foram votados por unanimidade. Os dados da fiscalização concreta, por seu turno, revelam ainda maior consenso no seio do corpo de juízes do Tribunal Constitucional.

---

oferecer um discurso argumentativo convincente a todos os seus destinatários" (cf. J.M. Cardoso da Costa, "Algumas reflexões ...", cit., pp. 128-129).

Por último, deve notar-se que os juízes podem formular votos de vencido (*dissenting opinions*) (artigo 42°, n° 4, LTC) e declarações de voto quanto à fundamentação (*concurring opinions*).

As decisões do Tribunal em fiscalização abstracta sucessiva são publicadas no *Diário da República* (Jornal Oficial). Na 1ª série, as decisões de acolhimento da questão de constitucionalidade, e na 2ª série as restantes - artigo 119°, n° 1, *g*), CRP), e artigo 3°, LTC. Note-se que é a publicação oficial da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral que determina o momento a partir da qual a norma inconstitucionalizada desaparece do ordenamento jurídico. Os acórdãos do Tribunal com interesse doutrinário (o que, no caso da fiscalização abstracta, significa todos, em regra) são ainda publicados no *Boletim do Ministério da Justiça* e na colectânea oficial de *Acórdãos do Tribunal Constitucional* (artigo 115°, LTC).

7. Decisão e seus efeitos

Na fiscalização preventiva, para além das decisões de natureza processual (*v.g.* não conhecimento do pedido), o Tribunal pode proferir uma de duas decisões em relação a cada uma das normas (ou segmentos de norma) que integram o pedido: pronunciar-se pela inconstitucionalidade ou não se pronunciar pela inconstitucionalidade.

No caso de o Tribunal se pronunciar pela inconstitucionalidade, o Presidente da República (ou o Ministro da República) é obrigado a usar o veto (por inconstitucionalidade) e a devolver o diploma ao órgão que o tiver aprovado. O diploma não poderá ser

187 Assim, Miguel Lobo Antunes, "Tribunal Constitucional", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, Lisboa, 1996, p. 441. Cf., ainda, o acórdão n° 58/95.

promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional. Tratando-se, porém, de um diploma da Assembleia da República, pode esta confirmá-lo (188) por maioria de 2/3 dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados (cf. artigo 279°, n°s 2 e 4). Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Ministro da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas.

Na fiscalização abstracta sucessiva, a decisão do Tribunal Constitucional pode ser positiva (declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, com força obrigatória geral) ou negativa (rejeição da inconstitucionalidade ou da ilegalidade).

As decisões de rejeição da questão de inconstitucionalidade não fazem caso julgado, podendo a mesma questão de constitucionalidade (ou ilegalidade) ser recolocada no futuro, quer em termos de fiscalização abstracta, quer em termos de fiscalização concreta. É que ao Tribunal Constitucional é atribuída competência para apreciar e declarar (ou não) a inconstitucionalidade e não para declarar a constitucionalidade de normas jurídicas ou para emitir uma declaração positiva da sua conformidade com a Constituição. As decisões de não declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica não têm, assim, *efeito preclusivo* da possibilidade de ser novamente solicitada ao Tribunal Constitucional a apreciação e declaração da inconstitucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional (189).

---

188 Note-se que esta norma nunca foi aplicada; isto é: a Assembleia da República nunca confirmou um diploma que contivesse normas que tivessem merecido do Tribunal uma pronúncia de inconstitucionalidade em fiscalização preventiva; nem, ao que parece, foi tal alguma vez proposto por algum deputado ou grupo parlamentar.

189 Cf., por exemplo, acórdãos n°s 66/84, 85/85 e 452/95, e, na doutrina, J. Miranda, *Manual...*, cit., pp. 482-483, J.M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, cit., pp. 61-62 e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 907.

As declarações de inconstitucionalidade proferidas na fiscalização abstracta sucessiva têm *força obrigatória geral* (efeitos *erga omnes*) e traduzem-se na eliminação da norma do ordenamento jurídico.

Quanto à questão dos efeitos temporais destas decisões, há que dizer que a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral, tem eficácia *ex tunc* (efeitos retroactivos), ou seja, produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (CRP, artigo 282°, n° 1). E, tratando-se de declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade), com força obrigatória geral, de normas revogatórias, implica automaticamente (190) a repristinação das normas revogadas (CRP, artigo 282°, n° 1).

Quando a inconstitucionalidade ou a ilegalidade sejam supervenientes - ou seja, quando se trate da violação de uma norma constitucional ou de uma norma legal que tenha entrado em vigor posteriormente à emissão da norma sob controlo -, a declaração só produz efeitos a partir da data da entrada em vigor da norma constitucional ou legal violada (CRP, artigo 282°, n° 2).

Em qualquer hipótese, ficam ressalvados os casos julgados (ressalva geral e automática), salvo se o Tribunal decidir (declarando-o expressamente) em sentido diverso (afastando esta excepção e aplicando-se assim o regime regra dos efeitos retroactivos), quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido (CRP, artigo 282°, n° 3), em comparação com a norma ou normas a repristinar (cf. artigo 282°, n° 1, CRP).

Discute-se na doutrina e na jurisprudência qual o alcance, neste contexto, da expressão "caso julgado": abrangerá apenas as decisões judiciais transitadas em julgado (ou

seja, já não susceptíveis de recurso) ou também incluirá outras decisões de órgãos públicos definitivamente firmadas na ordem jurídica, nomeadamente actos administrativos definitivamente consolidados (por já não serem susceptíveis de impugnação)? (191). Seja como for, o Tribunal Constitucional tem ao seu alcance um outro instrumento para "reduzir" ou "minorar" os efeitos das suas declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral: nomeadamente, mas não só, para as não "aplicar" a decisões administrativas definitivas ("caso decidido"). Trata-se do artigo 282°, n° 4, CRP.

Neste preceito, permite-se que o Tribunal restrinja o alcance dos efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, quando tal for exigido pela *segurança jurídica*, por razões de *equidade* ou por razões de *interesse público de excepcional relevo*. A restrição de efeitos deverá ser devidamente fundamentada. Este preceito significa assim a atribuição ao TC de um amplo poder discricionário (delimitado pelos fins definidos no artigo 282°, n° 4, CRP) de "modelação" dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, afastando-os do regime previsto nos números anteriores desse artigo, de forma a prevenir possíveis efeitos "perversos" dessas declarações.

Esse afastamento pode consistir, por exemplo, na determinação de que a decisão não tenha efeito repristinatório (192) - por as eventuais normas a repristinar também se apresentarem como inconstitucionais -, ou só produza efeitos a partir da publicação oficial da decisão do Tribunal (*ex nunc*) (193).

---

190 Ver J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*.... cit., p. 903.

191 Um exemplo recente da discussão da questão na jurisprudência do TC pode encontrar-se no acórdão n° 231/94.

192 Cf. acórdãos n°s. 56/84 e 452/95, e, na doutrina, J. M. Cardoso da Costa, *A jurisdição* ..., cit., p.61, A. Ribeiro Mendes, *I Conferência* ..., cit., p. 755, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*..., cit., p. 903, e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição* .... cit., p. 1040.

193 Esta tem sido uma jurisprudência frequente do Tribunal Muitas vezes essa possibilidade tem sido usada como forma de atenuação ou eliminação de efeitos negativos provocados por decisões de inconstitucionalidade que podem comportar fortes ónus financeiros para entidades públicas: cf., por exemplo, os acórdãos n°s. 24/83, 92/85, 209/87, 76/88, 231/94, 1203/96. No citado acórdão n° 57/95, sobre o Código do IRS, o Tribunal não conheceu do pedido relativamente a determinadas normas revogadas invocando

Note-se contudo, que nunca até hoje o TC diferiu para o futuro os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, em termos de a produção desses efeitos só ter o seu início num qualquer momento posterior ao da referida publicação. Esta posição jurisprudencial está aliás de acordo com o que sustenta a maior parte da doutrina – senão a sua totalidade – quanto às possibilidades acolhidas no nº 4 do artigo 282º (194).

Realce-se ainda, porém, que nem sempre o Tribunal encontrou razões para proceder à limitação de efeitos das suas declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, mesmo quando solicitado expressamente para tal (195).

---

expressamente a necessária limitação de efeitos a que procederia se as declarasse inconstitucionais: "seria totalmente insustentável exigir à administração fiscal, em consequência da hipotética declaração de inconstitucionalidade (...) a reapreciação de inúmeros actos de liquidação de impostos e impor ao Estado ou a outra entidade pública a restituição de importâncias percebidas com a cobrança dos impostos durante vários anos económicos".

194 Sobre estas possibilidades, ver Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 904-905.

195 Cf., por exemplo, o acórdão nº 61/91, onde o Tribunal declarou inconstitucionais certas normas regulamentares que estabeleciam o modo de cálculo do valor do capital das remições das pensões por acidentes de trabalho. Tinha-lhe sido expressamente solicitado, para a hipótese de declaração de inconstitucionalidade, que o Tribunal, ao abrigo do artigo 282º, nº4, da Constituição, ao menos acautelasse os efeitos já produzidos por essas normas, já que se verificaria aqui a ocorrência de um interesse público de excepcional relevo, traduzido no facto de os encargos decorrentes de um tal decisão atingirem cerca de 5 milhões de contos para entidades seguradoras. O TC não acolheu este pedido, baseado no facto de as remições das pensões por acidente de trabalho exigirem sempre uma decisão judicial. Na verdade, a restrição de efeitos poderia estar relacionada com duas situações, não se afigurando no entanto necessária em nenhuma delas: ou com remições já efectuadas - ou seja, em que já tivesse havido "sentença de homologação transitada em julgado" – que já não podiam sofrer influência da declaração de inconstitucionalidade, por força da ressalva obrigatória geral dos casos julgados, prevista no artigo 282º, nº 3, da Constituição; ou com "incidentes de remição ainda pendentes, nos tribunais de trabalho ou em recurso" – caso em que "seria inadequado proceder a qualquer limitação de efeitos".

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Uruguay



RAUL ALONSO DE MARCO

Pte. S. C. Justicia de la R.O. del Uruguay.

LA INCONSTITUCIONALIDAD EN LA R. O. DEL URUGUAY.

1. INTRODUCCION.-

Conforme a lo solicitado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, gentil convocante de esta "III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España", procuraré dar en esta ponencia una visión global y de contenido básicamente informativo acerca de la situación del tema que nos congrega en mi país, la República O. del Uruguay, cuya Suprema Corte de Justicia presido y me honro en representar en esta reunión.

Según resultará de mi exposición, nuestra República, que puede mostrar con orgullo una tradicional posición de avanzada en el desarrollo de las instituciones jurídicas, en el respeto de los derechos individuales y en el afianzamiento de un Estado de Derecho democrático, no puede presentar en la materia que es objeto de la presente ponencia igual liderazgo.

En mi país han regido diversas Constituciones: la fundacional, de 1830, aunque muchas veces desconocida, rigió hasta 1917; luego se sucedieron las Cartas de 1918, 1934, 1942, 1952 y 1967. La Constitución vigente es la del año 1967, aunque ha recibido varias modificaciones parciales (la última de las cuales -de 1996- ha sido la más importante y afectó principalmente el

sistema de elección del Presidente de la República y al gobierno de los departamentos).

Ahora bien. En nuestras dos primeras Constituciones -de 1830 y 1918- nada se decía sobre la defensa de la supremacía de las normas constitucionales sobre los actos de jerarquía inferior del ordenamiento jurídico. No obstante, nunca se dudó en el país sobre la facultad judicial de decidir en el caso concreto acerca del ajuste a la Carta de los actos jurídicos jerárquicamente inferiores a la ley; en cambio la cátedra especializada se dividió en relación a la facultad de los jueces para desaplicar las leyes (es decir, las normas jurídicas emanadas del Poder Legislativo) cuando fueran contrarias al ordenamiento constitucional y solo en alguna ocasión un juez invocó en una sentencia tal facultad.

En la Constitución de 1934 se regula el tema de la inconstitucionalidad de las leyes, edictándose una normativa que en lo fundamental perdura todavía hoy. Partiendo de un concepto estrictamente formal de "Constitución", se instaura un sistema concentrado, según el cual la Suprema Corte de Justicia (órgano que encabeza un Poder Judicial absolutamente independiente) es el único tribunal competente para conocer y decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley por razón de forma o de contenido (arts. 232, 234 inc.1°); se exige que la gestión correspondiente, se efectúe con relación a "una causa" o "proceso" "pendiente" (art. 233) y que el promotor tenga la calidad de "parte interesada" o sea el Juez o Tribunal que entienda en el "asunto"

(art. 233, 234); la declaración de inconstitucionalidad solamente tiene efecto para el caso concreto en que se pronunciare, quedando la ley, por consiguiente, en vigencia (art. 234 inc. 2°).

En la Constitución de 1952 básicamente se procura solucionar algunas dudas suscitadas por el texto anterior y al efecto se introducen algunas modificaciones al mismo. En tal sentido a la vía de excepción en las causas pendientes se añade la "vía de acción" directa ante la Suprema Corte de Justicia (art. 258); se introduce como legitimado para la promoción de la cuestión, además de la parte interesada (que se precisa en aquélla lesionada en su "interés directo, personal y legítimo") y al Juez o Tribunal interviniente en la causa, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo -órgano ajeno al Poder Judicial (art. 258)-; se agregan como objeto de la pretensión de inconstitucionalidad a los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (arts. 258 y 260); se alude textualmente a "cualquier procedimiento judicial" en lugar de las expresiones anteriores "causa" o "proceso contradictorio" (arts. 258 y 259).

En la Constitución de 1967 -que rige actualmente- no hubo cambios. Cabe precisar no obstante que durante su vigencia se han reglamentado las disposiciones constitucionales, de conformidad a lo ordenado por la Carta desde 1934: primero, por la ley No. 13.747 de 10/VII/69 y luego por los arts. 508 y ss. del Código General del Proceso, ley No. 15.982, sancionado el 18/X/88 y que constituye la reglamentación hoy vigente en la materia.

En ocasión de recientes reformas parciales de la Carta se proyectaron mejoras al sistema vigente, que en definitiva no fueron aprobadas, si bien corresponde anotar que en el año 1994 se introdujo la curiosa disposición transitoria a la que nos referiremos al término del presente informe (infra. párrafo 3).

En suma, señalamos que el Uruguay no cuenta actualmente con ninguna vía para procesar una declaración de alcance general de la inconstitucionalidad de una ley o de otra norma jurídica inferior contraria a la Constitución, tampoco la hay para plantear con carácter consultivo el examen de la constitucionalidad de una ley o de un acto asimilado a ésta o para promover la declaración de constitucionalidad de una norma (como alguna vez se ha intentado en la práctica judicial).

Consecuentemente, el siguiente informe se referirá casi exclusivamente a la temática de uno de los dos capítulos sugeridos en el "Prontuario" remitido oportunamente por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala para la presentación de ponencias en esta reunión, es decir, al control concreto de inconstitucionalidad. En la exposición habremos de ajustarnos estrictamente a la propuesta del "Prontuario" para facilitar la evaluación perseguida por esta III Conferencia (la cita de sentencias se hará a vía de ejemplo, salvo indicación expresa de que se trate de una decisión aislada).

2. CONTROL CONCRETO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

2a. Legitimación para promover la cuestión de inconstitucionalidad.

El art. 258 de la Constitución y el art. 509 C.G.P. establecen como legitimados al efecto: 1. el titular de un interés directo, personal y legítimo que "se considere lesionado" por una norma legal supuestamente inconstitucional; 2. el Juez o Tribunal interviniente en un procedimiento judicial, que pueden ser el Tribunal de lo Contencioso Administrativo antes mencionado en el caso de un proceso anulatorio de un acto administrativo y la propia Suprema Corte de Justicia en los asuntos tramitados ante ella.

Como se advierte, la Carta no exige la invocación de la lesión de un derecho subjetivo y -si bien existe alguna opinión doctrinaria discrepante- se entiende en la práctica pacíficamente que también en caso de lesión de un derecho corresponde en vía analógica la regulación examinada y en particular la competencia exclusiva de la Suprema Corte.

Ahora bien. La Corte ha sido tradicionalmente rigurosa sobre la legitimación activa. Ha afirmado que "no alcanza para promover el contradictorio constitucional con la mención de estar afectado por la ley, sino que tal extremo debe ser acreditado desde que se refiere a la titularidad sustancial del accionamiento promovido. Si se admitiese la legitimación material a quien dice pero no acredita ser titular de un interés directo, personal y legítimo afectado, de hecho se estaría habilitando la

acción popular que expresamente se quiso rechazar" (sent. No. 163/91). (La Corte alude aquí a los terminantes antecedentes de la Asamblea Constituyente de 1934, que -según indicáramos en la Introducción- sentó las bases del instituto analizado en nuestro ordenamiento constitucional).

La Corte exige así la justificación de las concretas calidades alegadas como fundamento de la impugnación que se formula (propietario, jubilado, etc.) aunque -tratándose de cuestiones de constitucionalidad planteadas como excepción en un procedimiento judicial pendiente- suele obviar tal demostración cuando no media contradicción de la contraparte.

En reciente sentencia N° 335/97 la Corporación hizo particular aplicación de los requisitos constitucionales del interés habilitante de la promoción de la defensa examinada. En el caso, los funcionarios de un ente comercial del Estado, actuando a título individual -aunque mencionando en el cuerpo del libelo sus calidades de presidente y secretario de la respectiva organización gremial- dedujeron acción de inconstitucionalidad de una norma legal que prevé la futura asociación del ente con otras empresas públicas o privadas. La Corte admitió a los comparecientes su calidad de titulares de un interés "legítimo" -que definió como "no contrario a la regla de derecho, a la moral o a las buenas costumbres"- y "personal" -propio, no ajeno-, pero negó la configuración de la exigencia constitucional de tratarse de un interés "directo" -esto es, inmediatamente vulnerado por la norma impugnada- en tanto la condición de funcionarios del ente de

los accionantes, su situación estatutaria, no aparecía actualmente afectada por la misma.

De igual modo la Corte, en anterior integración, había rechazado un petitorio de inconstitucionalidad formulado por el mismo ente público interviniente en el caso precedentemente aludido en relación a una ley supuestamente lesiva de la competencia del Tribunal de Cuentas de la República y que, indirectamente, afectaba al organismo peticionante (sent. N° 140/62).

Una cuestión sumamente debatida en nuestro foro refiere a si el Poder Ejecutivo puede plantear la inconstitucionalidad de una ley. Se aduce en contrario su calidad de órgano colegislador y con derecho a veto (no absoluto) de las leyes aprobadas por el Parlamento; ha predominado sin embargo en la doctrina nacional la solución contraria, que la Corte ha compartido en la mayoría de sus integraciones. Ello argumentando básicamente a partir de la generalidad del texto de la Carta relativo al interés del promotor y del hecho de que -de acuerdo a la distribución constitucional de competencia- solo el Poder Ejecutivo puede invocar la lesión del interés directo del Estado por las normas legales -desgraciadamente frecuentes- que infringen previsiones constitucionales en materia de iniciativa sobre empleos o jubilaciones y en general de aquéllas que otorgan al Poder Ejecutivo facultades específicas dirigidas al mantenimiento del orden financiero del Estado y la contención del gasto público (v. en tal sentido, recientemente, sent.N° 271/97).

No es dubitada, en cambio, la titularidad de los Gobiernos Departamentales y de otros organismos públicos, siendo frecuente la promoción de cuestiones de inconstitucionalidad por los mismos.

2 b - Sujetos del debate.

Conforme al art. 516.1 C.G.P. en el caso de promoverse la cuestión de constitucionalidad por vía de excepción o defensa se sustancia la petición con un traslado a las partes del procedimiento judicial en que se efectúa el planteo y luego se oye al representante del Ministerio Público ante la Corte (Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación) en carácter de asesor de la Corporación (cuya opinión no es ningún caso vinculante para ésta).

Según el art. 517.1 C.G.P. el petitorio deducido por vía de acción se sustancia en cambio con un traslado a las partes a quienes afectare la ley o la norma con fuerza de ley (que según la Corte debe indicar el promotor) y al Fiscal de Corte; si la persona afectada fuere indeterminada, se sigue el procedimiento común de emplazamiento por edictos de quienes se consideren habilitados para deducir oposición y, vencido el término del emplazamiento, se designa defensor de oficio con quien se sigue el proceso.

A su vez el art. 518.1 C.G.P. establece la sustanciación del planteo de oficio con un traslado a las partes, oyéndose luego al Sr. Fiscal de Corte.

La normativa vigente no ha previsto la participación de terceros en el proceso de inconstitucionalidad. Una sentencia de la Corte, dictada en anterior integración, que excepcionalmente hubo de pronunciarse al respecto, consideró improcedentes las tercerías coadyuvantes por entender que -dados los limitados alcances de la sentencia (según veremos infra par. 2h)- no puede haber otros interesados directos que las partes intervinientes en el respectivo proceso (sent. N° 273/88). Esta conclusión no refiere naturalmente a aquél que ya actúa como tercerista en un procedimiento, quien -al igual que actor y demandado- está legalmente habilitado para promover la cuestión de constitucionalidad por la vía de excepción o defensa (art.511.1 C.G.P.)

2 c - Cuestiones formales de acceso al proceso.

En relación a las tres vías indicadas el art. 512 inc. 1° C.G.P. exige que la petición se formule por escrito y que el promotor indique, con toda precisión y claridad, los preceptos que reputa inconstitucionales y el principio o norma constitucional que se vulnera o en qué consiste la inconstitucionalidad de forma invocada. (La reglamentación sigue aquí como se advierte, conforme a la Constitución, la distinción teórica entre inconstitucionalidad por razón de forma o por razón de contenido, que no se traduce luego en diferencia alguna de régimen en nuestro derecho).

El incumplimiento de estos requisitos formales determina que no se de curso por el Tribunal a la solicitud (art.513.1 C.G.P.) o, en su caso, que se rechace de plano por la Corte la misma, sin entrar a su estudio (art. 515 C.G.P.). No está legalmente previsto ni autoriza la Corte en la práctica medio alguno de subsanación de la carencia, debiendo señalarse que incluso la posibilidad de efectuar una nueva petición correctamente formulada aparece obstaculizada por la prohibición legal del planteo sucesivo de cuestiones de constitucionalidad (art. 512 inc. 2° C.G.P.)

La Corte hace en general aplicación estricta de la exigencia formal analizada. Así, en aplicación del requisito, rechaza sistemáticamente los planteamientos genéricos de inconstitucionalidad de una ley, sin indicación concreta de las disposiciones objetadas.

Empero ha admitido en algunos casos la falta de indicación de la norma constitucional supuestamente infringida si surge del escrito respectivo el derecho o principio invocado (sent. N° 42/93) o la cita errónea o parcial de la normativa atacada cuando, por ejemplo, se trata de textos idénticos o aún similares contenidos en leyes sucesivas sobre la misma materia (sent. 62/92, 237/97).

La Corte suele invocar en este tema, junto al texto legal, el principio procesal de congruencia entre pretensión y fallo según el cual es la demanda de inconstitucionalidad la que fija el contenido y el objeto del litigio; en reciente decisión

destaca cómo en estos procesos las normas objetadas no constituyen "el derecho" en el sentido de fundamento jurídico de la pretensión sino el "hecho", o sea el objeto de la pretensión respecto del cual no rige la regla "iura novit curia" (sent. N° 15/99).

Cabe anotar que la Corte exige también que el escrito introductorio se baste a sí mismo y no admite la remisión a piezas anteriores, sosteniendo que de otra manera no mediaría la precisión y claridad que requiere la ley (sent. N° 989/96).

Reviste particular interés, por no resultar expresamente del texto legal, la exigencia jurisprudencial del carácter asertivo, no condicionado, de la invocación de la inconstitucionalidad efectuada por el promotor. De este modo la Corte no admite los planteamientos "ad eventum" -es decir, sujetos a la verificación futura de una cierta circunstancia (por ejemplo, dictado de una sentencia con determinado contenido)- y aquellos formulados para el supuesto de que opere una determinada interpretación de la norma objetada (se trata, naturalmente, de un supuesto expresamente indicado por el promotor).

Son innumerables los casos decididos en este sentido; así la Corte expresa que "no se halla habilitada para controlar la regularidad de la ley en función de una posible y eventual interpretación de la ley puesto que lo pasible de inconstitucionalidad son las leyes y no la interpretación de los textos legales" (sent. N° 264/91); que "si la interpretación del Juez de la causa fuera acertada o errónea el itinerario a seguir es la interposición de los recursos procesales pertinentes, pero

no pretender ... que la Corte asuma una función preventiva de regularidad constitucional de las leyes" (sent. N° 60/86), que no corresponde al órgano "emitir opiniones sobre cuestiones abstractas de derecho y reviste este carácter, como es obvio, toda declaración que deba recaer sobre el alcance y sentido que pueda darse a determinada disposición legal" (sent. 43/93), etc. Se exceptúan naturalmente de la regla los casos en los que todas las interpretaciones invocadas importan transgresión constitucional (sent. N° 112/87) y las hipótesis en que sea dudoso medie efectivamente un planteamiento condicionado a una interpretación de la ley (sent. N° 450/86).

2 d - Sistemas o vías de promoción del proceso.

Según indicaramos anteriormente, nuestro sistema constitucional prevé tres vías para la promoción de la cuestión de constitucionalidad; excepción o defensa, acción directa, interposición de oficio.

I - La vía de excepción o defensa puede utilizarse por la parte (actor, demandado, tercerista) interviniente en un procedimiento jurisdiccional pendiente de cualquier especie (común, contenciosoadministrativa, electoral, militar); se deduce ante el tribunal que estuviere conociendo en el mismo desde que se promueve el proceso (o, en su caso, el procedimiento de jurisdicción voluntaria) hasta la conclusión de la causa, en la instancia pertinente, es decir, también en segunda instancia o en casación (arts. 510 y 511 C.G.P.). Deben cumplirse obviamente los requisitos formales antes examinados (art. 512 C.G.P.).

Resolviendo una cuestión hasta entonces harto controvertdida en sentido contrario al criterio tradicional de la Corte, el C.G.P. establece actualmente que las solicitudes extemporáneas deben ser rechazadas por el tribunal, al igual que aquéllas que no reúnan los requisitos formales exigidos o que violen la prohibición de interposición sucesiva de cuestiones de constucionalidad; en tal caso existe un recurso de queja por denegación de la excepción de inconstitucionalidad sin efecto supensivo que decide la Suprema Corte (art. 513 C.G.P.).

Si el Tribunal da curso al excepcionamiento opera de plano la suspensión de los procedimientos establecida expresamente por la Carta (art. 258 inc. final) y se elevan los autos a la Corte, la que puede rechazar la cuestión en las mismas hipótesis en que pueda hacerlo el tribunal ordinario; si no lo hace, queda firme la suspensión y se sustancia la petición formulada.

El planteo de inconstitucionalidad funciona, pues, como cuestión prejudicial que da lugar a un proceso incidental o accesorio: la cuestión de constitucionalidad.

Aún cuando la previsión actual de la vía de acción ha quitado buena parte de su anterior importancia a las discusiones que en el foro nacional suscitan los requisitos formales de la defensa de constitucionalidad, el antes referido efecto suspensivo automático de la misma otorga interés práctico al análisis de los aludidos requisitos, los que resultan tanto de las correspondientes normas como de la jurisprudencia de la Corte.

En cuanto a las previsiones normativas el art. 510 del C.G.P., al aludir a la vía examinada como "excepción o defensa", vino a solucionar la controversia anteriormente existente acerca de sí el vocablo "excepción" utilizado en el texto constitucional debería entenderse con el significado técnico del Derecho Procesal o con un alcance general de "defensa", proponible también por el actor o el tercerista y aún por el demandado fuera de la oportunidad legalmente señalada para oponer excepciones en cada clase de procesos.

Del mismo modo, la expresión "procedimiento" contenida en el actual texto constitucional soluciona muchas dudas planteadas ante la regulación precedente. Así, es claro que también procede la cuestión de constitucionalidad en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en los juicios penales, en los procedimientos de imprenta sobre rectificación y respuesta, en las diligencias preparatorias, etc. y la Corte ha decidido en consecuencia en forma continuada.

La defensa puede plantearse sin embargo solo hasta la conclusión de la causa (art. 511 C.G.P). Esta disposición recoge la jurisprudencia anterior de la Corte, que ha sido siempre particularmente exigente en relación a la interposición de la defensa en las etapas postreras del juicio (en tanto es allí donde más se utiliza el instituto con fines dilatorios).

Consecuentemente, la Corporación ha rechazado en forma sistemática la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en las ejecuciones luego de ejecutoriada la

sentencia de remate (vía de apremio), en la etapa de lanzamiento de los juicios de desalojo, luego de ejecutoriado el auto disponiendo la entrega en los juicios de entrega de la cosa y en general siempre que la respectiva decisión haya adquirido anterioridad de cosa juzgada.

No obstante, en defensa de la garantía constitucional, la Corte ha admitido la excepción en relación a una norma sancionada luego de ejecutoriada la sentencia y que incida en el conflicto (así ley suspensiva de lanzamientos: sent. N° 15/91).

En opinión recogida actualmente por el texto inicial del C.G.P. sobre el tema (art. 508) -que prevé la cuestión de constitucionalidad "siempre que deba aplicarse" una norma legal- la Corte ha dicho concordantemente que su facultad "se ejercita limitándose a los casos en que corresponde desaplicar la ley en beneficio del promotor antes o durante su ejecución, no a posteriori" (sent.N° 410/86), esto es, "cuando la norma sigue teniendo efectos, sea pasible de aplicarse al actor" (sent. N° 13/89) y aunque ya le haya sido aplicada en el pasado (sent. N° 21/95), pero no si la norma ha sido definitivamente aplicada al peticionante, pues entonces no se da la "ratio" de evitar que la disposición supuestamente inconstitucional continúe teniendo efectos en su perjuicio (sent. N° 228/88). Parte de la doctrina ha criticado este criterio, afirmando que la declaración de inconstitucionalidad puede tener efecto preventivo o reparatorio, pero entiendo que la Corte se ajusta estrictamente a la regulación

constitucional y legal de la materia cuando exige que la cuestión constitucional esté en la hipótesis en directa relación con la cuestión principal.

En aplicación de la exigencia examinada -es decir de la ineludibilidad de la aplicación de la norma objetada para la solución de la controversia trabada en juicio- la Corte rechaza sistemáticamente el excepcionamiento no solo cuando no existe recurso contra la aplicación de la norma impugnada en vía principal sino también cuando no se interpone simultáneamente a la cuestión de constitucionalidad otra defensa o recurso que haga posible la pendencia del procedimiento principal y, consiguientemente, la eventual desaplicación de la norma al promotor (sent. N° 1759/93).

II. La vía de acción no plantea cuestiones formales particulares.

En cuanto al alcance de la vía directa, mientras la Carta no precisa si un interesado que tiene un juicio pendiente puede igualmente utilizarla (solución que evita al actor el perjuicio derivado de la suspensión del juicio suscitado por la vía de defensa) el art. 510 del C.G.P. dispone en cambio que la vía de acción procede "cuando no existiere proceso jurisdiccional pendiente". Algún catedrático ha calificado la solución legislativa de inconstitucional, por exceder las facultades de reglamentación otorgadas al legislador por el art.261 de la Carta; la cuestión no se ha debatido todavía ante la Corporación.

Creo conveniente insistir en la ausencia de previsión normativa alguna de efecto suspensivo de la vía directa. Una recientísima jurisprudencia ha venido a paliar en cierto modo esta deficiencia al afirmar la facultad de la Corte de disponer medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad, conforme a los principios generales estatuidos en el C. General del Proceso, cuando se trate de evitar un grave perjuicio o un daño inminente al actor, invocando al efecto especialmente en vía analógica el carácter cautelar de la suspensión del proceso en que se plantea la defensa de constitucionalidad y aún la teoría de los poderes implícitos desarrollada por el Juez Marshall (sents. N° 742/98 y 615/99).

III. La promoción de oficio tiene, como la vía de defensa, carácter prejudicial de la cuestión principal. El planteamiento debe formularse por el Juez o Tribunal actuante en el respectivo procedimiento antes de dictar sentencia interlocutoria o definitiva siempre que entienda inconstitucional una norma de ineludible aplicación para la decisión de la controversia sometida a su resolución y opera mediante la elevación del expediente a la Corte.

El C.G.P. (art. 509 inc. final) ha previsto además el caso de que sea la propia Corte quien plantee y resuelva la inconstitucionalidad en las sentencias que dicte sobre los asuntos tramitados ante ella.

Corresponde precisar que la vía de oficio no es un camino consultivo para los jueces que tienen dudas en relación a

la constitucionalidad de una norma sino que procede solamente si el Tribunal efectivamente considera que existe un vicio de constitucionalidad. Por esta razón la Corte exige siempre la fundamentación del magistrado de la inconstitucionalidad que invoca, desechando de plano todo atisbo consultivo.

2.e Debate o discusión procesales.

En este punto no podemos aportar elementos de especial interés sobre los temas sugeridos en el "Prontuario". El trámite es totalmente escrito en las tres vías de promoción indicadas salvo los casos -infrecuentes en la práctica- de que estén en juego cuestiones de hecho y se abra a prueba (hipótesis en la que la prueba se recibe en audiencia pública conforme al régimen común actualmente vigente) o se solicite por las partes informar "in voce" ante la Corte inmediatamente antes de la emisión de la sentencia (arts. 516 a 518 C.G.P.).

2.f - Organo de control de constitucionalidad.

Según hemos indicado repetidamente en el curso del presente informe, el pleno de la Suprema Corte de Justicia, actuando en única instancia, es en nuestro ordenamiento jurídico el único órgano con jurisdicción para declarar la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de tal.

El régimen interno de trabajo de la Corte en esta clase de asuntos (luego de la tramitación precedentemente reseñada) no tiene diferencia alguna con aquél seguido en los demás procesos sometidos a conocimiento del órgano, a saber:

estudio sucesivo y separado por los cinco integrantes naturales de la Corte (ocasionalmente sustituídos en caso de vacancia, impedimento, o casos análogos por un ministro de los Tribunales de Apelaciones escogido por sorteo), voto escrito de cada ministro, discusión del asunto en el plenario por todos los integrantes, acuerdo de la sentencia por mayoría de votos y redacción posterior de la misma por un ministro integrante de la mayoría predesignado por un sistema aleatorio.

La redacción se efectúa sobre la base de los fundamentos expuestos en los votos de los integrantes concurrentes a la decisión; el redactor no es, pues, un ponente y su nombre se indica en la sentencia. Cada integrante discorde sobre el dispositivo o acerca de algún fundamento de la decisión puede salvar su opinión y aún fundarla detalladamente al suscribir el pronunciamiento o hacerla constar por separado en el Libro correspondiente.

La cantidad de cuestiones de constitucionalidad deducidas anualmente es muy variable, ya que -estando limitada la eficacia de la sentencia al caso concreto- cuando una norma afecta a una categoría numerosa de individuos (por ej. jubilados) se suelen efectuar miles de planteamientos similares, produciéndose entonces un asunto significativo del número de sentencias anuales sobre inconstitucionalidad (generalmente, en estos casos, luego de algunas decenas de sentencias favorables a los demandantes, el Parlamento modifica la norma impugnada -quitando así contenido a

los procesos pendientes- aunque en alguna oportunidad se han llegado a dictar miles de sentencias idénticas).

Cabe anotar que si bien la Corte debe decidir toda cuestión que se le plantea un buen porcentaje de asuntos de constitucionalidad ingresados no llega al estado de sentencia definitiva por las razones formales precedentemente examinadas y el mecanismo de resolución anticipada al que luego nos referiremos (par. 2h).

Con estas precisiones, indicamos que las acciones de inconstitucionlidad iniciadas -que en el año 1996 fueron 247- se redujeron a 22 en 1997 y a solo 8 en 1998; las excepciones de inconstitucionalidad planteadas fueron 58, 42 y 25 respectivamente, mientras las inconstitucionalidades deducidas de oficio fueron solamente 6 en 1996, 1 en 1997 y nuevamente 6 en 1998.

Las cuestiones más frecuentemente planteadas refieren a derechos individuales (en particular a la igualdad y al respeto del debido proceso), a leyes jubilatorias y en general de seguridad social, a cuestiones de delimitación de la competencia nacional y municipal (fundamentalmente en materia tributaria) y a los derechos de los funcionarios públicos.

Corresponde recordar además que -según resulta de la presente exposición- las cifras precedentes refieren exclusivamente a cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes o de normas con fuerza de tales, quedando fuera de toda intervención de la Corte los procedimientos de amparo o de habeas corpus -

aunque impliquen temas constitucionales- así como toda controversia sobre el ajuste la Constitución de normas jerárquicamente inferiores a las leyes o normas asimiladas a éstas.

Ahora bien. Para dar una cabal información acerca de la incidencia del trabajo de la Corte en la materia examinada, es preciso aludir con algún detenimiento en este capítulo a un tema harto debatido en mi país; si la jurisdicción exclusiva de la Corte incluye aquellas normas legales anteriores a la vigencia de un texto constitucional superviniente en presunta colisión con aquéllas. (Ello porque la sucesión de reformas constitucionales totales acaecidas en el Uruguay otorga particular relevancia práctica a la cuestión).

La opinión tradicional de la Corporación -con alguna discordia aislada- ha sido la de que, salvo hipótesis de derogación expresa, todo caso de oposición entre una norma legal y una norma constitucional es jurisdicción privativa y originaria de la Corte, es decir, que siempre que esté comprometido el examen de la adecuación de una ley a la Carta no existe otro procedimiento que aquél previsto constitucionalmente -y que estamos relacionando- cualquiera sea la época de sanción de la norma jerárquicamente inferior.

Sin embargo, por sent. N° 22/93 la Corte -por mayoría de tres votos contra dos- varió su criterio y -ajustándose a la opinión del T.C.A. y de buena parte de la doctrina nacional- entendió que la colisión entre una ley y un texto constitucional

posterior configura una hipótesis de derogación tácita de la ley declarable por el juez de la causa.

Si bien esta opinión fue ratificada por la Corte en algunas decisiones posteriores, la estrecha mayoría referida y el cambio operado en la integración de la Corte innovadora y aquéllos a operar en los próximos años hacen dudoso el mantenimiento de la nueva interpretación (que, de persistir, produciría en el futuro una significativa reducción de la incidencia de la jurisdicción constitucional en análisis).

La cuestión es sistemáticamente relevante y, como es sabido, ha recibido soluciones opuestas en el derecho comparado; me limitaré a referir sintéticamente la argumentación de ambas interpretaciones en nuestro país.

La tradicional, a la que adhiero -aunque admitiendo la posibilidad de una derogación tácita de la ley por la Constitución- se basa fundamentalmente en la generalidad de los textos constitucionales que establecen la jurisdicción exclusiva en la materia y la oposición al designio del constituyente sobre el tema que implica la opinión contraria, así como en razones de conveniencia jurídica y de política normativa opuestas claramente a la existencia de decisiones diversas y aún contradictorias en tan delicada materia. La tesis innovadora parte de la técnicamente incontrovertible distinción conceptual entre validez de una norma -que se determina por la normativa superior existente en el momento de su emisión- y vigencia de la misma; afirma que en el caso de las leyes contrarias a la Constitución vigente se debate

sobre la legitimidad del ejercicio de la función legislativa, y se ejercita consecuentemente un control sobre el órgano legislativo que justifica la intervención del órgano supremo del Poder Judicial, mientras en la hipótesis de oposición derivada de un texto constitucional posterior a la ley la cuestión es de vigencia de ésta y no obra la "ratio" de la jurisdicción constitucionalmente establecida, debiendo aplicarse entonces el sistema general sobre vigencia temporal y jerarquía de las normas jurídicas.

2 g - Normas impugnables.

Las normas impugnables en nuestro sistema son actualmente las "leyes", entendiéndose por tales pacíficamente aquéllas que lo son en la acepción orgánico formal del término -es decir, las normas jurídicas emanadas de los órganos a los que la Constitución otorga el ejercicio del Poder Legislativo (art. 256 de la Carta)- y también los decretos de los Gobiernos Departamentales "que tengan fuerza de ley en su jurisdicción" (id. art. 260).

Las leyes o decretos departamentales deben hallarse vigentes: la Corte rechaza los planteos relativos a normas derogadas y clausura las actuaciones de oficio al derogarse la ley atacada, por cesación de la materia objeto del litigio constitucional.

Las leyes interpretativas de la Constitución -expresamente previstas en el inc. 20 del art. 85 de la Carta- están incluídas en la competencia de la Corte, según reiterada

jurisprudencia de ésta (v. recientemente sent. No. 492/96). La interpretación del legislador no es en este caso auténtica y su ajuste a la previsión constitucional puede ser entonces controlado jurisdiccionalmente.

El art. 508 del C.G.P. -al reglamentar la Carta- alude actualmente a "ley o una norma que tenga fuerza de ley"; esta referencia se ha entendido dirigida a cerrar la discusión previa relativa a si los decretos leyes sancionados durante los períodos de gobierno de facto que ha padecido la República estaban o no comprendidos en la jurisdicción exclusiva de la Suprema Corte de Justicia luego de su convalidación por los órganos competentes. (La Corte sostuvo siempre la tesis afirmativa de su competencia).

En nuestro sistema constitucional los tratados internacionales no tienen, según la opinión predominante, primacía sobre las normas de derecho interno y -una vez incorporados al ordenamiento nacional- ocupan igual grado que las leyes en la pirámide jerárquica de las normas; de donde se entiende que sus disposiciones también son pasibles de impugnación por inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado eventualmente derivada de su desaplicación (no existe aún jurisprudencia sobre el tema).

2.h Resoluciones y efectos.

La resolución de la cuestión de constitucionalidad debe procesarse formalmente con los requisitos de las sentencias definitivas (art. 257 de la Constitución), es decir, presencia en

el acuerdo respectivo de los cinco integrantes naturales de la Corte (o de quienes los sustituyan regularmente para el caso) y mayoría de votos presentes en favor de una decisión (art. 56 Ley Orgánica de la Judicatura). En caso de no lograrse los tres votos necesarios la Corte se integra por sorteo con Ministros de los quince Tribunales de Apelaciones existentes.

El trámite interno previo al acuerdo de la sentencia y la redacción de ésta ya los hemos descripto (supra, 2 f); sólo añadiré que el trámite posterior se reduce a la comunicación del fallo que declare la inconstitucionalidad de una ley al Poder Legislativo y de aquél que declare la inconstitucionalidad de un decreto departamental con fuerza de ley al respectivo Gobierno Departamental (art. 522 C.G.P.) y a la ulterior devolución de la causa, cualquiera sea la sentencia, al Tribunal de origen para la prosecusión del juicio principal en los casos de promoción por vía de excepción o de oficio.

La sentencia debe reunir asimismo los requisitos sustanciales comunes de las decisiones jurisdiccionales; en consecuencia básicamente la de referir el quid litigioso, indicar en su caso los hechos probados y exponer las razones jurídicas fundantes del pronunciamiento. En cuanto a su contenido decisorio debe limitarse a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas y contener además una resolución sobre los gastos procesales (arts. 198 y 520 del C.G.P.).

Cabe señalar que el art. 520 C.G.P. establece que contra la sentencia no corresponde recurso alguno: la Corte ha declarado que -conforme surge del tenor literal del texto legal- la limitación alcanza incluso al recurso de aclaración (sent. No. 103/78).

Según indicáramos anteriormente, no todas las cuestiones de inconstitucionalidad se deciden por sentencia definitiva; en efecto, conforme al sistema general del C.G.P., se autoriza a la Corte a dictar resolución anticipada en cualquier estado de los procedimientos, y con prescindencia de la situación en que se encontrare el respectivo trámite, cuando la petición de declaración de inconstitucionalidad se hubiere formulado con la notoria finalidad de dilatar la secuela principal o cuando exista jurisprudencia sobre el caso y la Corte decida mantenerla (art. 519 C.G.P.). En la hipótesis es igualmente necesaria la concurrencia de todos los integrantes del órgano y la opinión conforme de la mayoría de los mismos, pero el texto de la decisión es generalmente breve y cuando se invoca la jurisprudencia existente para resolver anticipadamente su fundamento suele consistir en la identificación de las sentencias correspondientes. La Corporación -en defensa del debido proceso- ha sido muy cauta en la aplicación de la vía de resolución anticipada, particularmente en la hipótesis de conducta dilatoria del promotor.

Pasando ahora al relevante tema de los efectos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia en la materia es

preciso recordar inicialmente que la Constitución establece en su art. 259 que el fallo "se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado".

La determinación del "caso concreto" no presenta ddificultades en las vías de excepción y de oficio, ya que el mismo está referido al proceso principal en el que la cuestión de constitucionalidad se plantea y al objeto de dicho proceso. Así en el caso de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad el juez respectivo deberá estar al criterio de la Corte, desaplicando para la decisión del proceso principal la norma impugnada (art. 521 inc. 1° C.G.P.), pero la sentencia no tendrá efectos en otro proceso futuro -aunque fuera entre las mismas partes- y el interesado deberá reiterar en el mismo la excepción de inconstitucionalidad y confiar en que la Corte mantendrá su criterio (ello porque la ley desaplicada en un proceso mantiene su validez y su vigencia).

En cambio, en la hipótesis de la vía de acción la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad dió lugar en nuestro medio a una ardua controversia hasta que se dictó la reglamentación correspondiente. Actualmente el art. 521 inc. 2° C.G.P. establece que "la sentencia tendrá eficacia para impedir la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales contra quien hubiere promovido la declaración y obtenido la sentencia, pudiendo hacerla valer como excepción en cualquier procedimiento jurisdiccional, inclusive el anulatorio ante el Tribunal de lo

Contencioso Administrativo". Quiere decir que -como ha indicado la Corte (sent. N° 737/94)- la norma declarada inconstitucional no puede ser aplicada en ningún caso a quien obtuvo la declaración, teniendo en principio dicha eficacia extensión temporal indefinida.

La eficacia de la decisión está siempre acotada por la identificación del actor y de la norma cuestionada oportunamente, mas se ha observado con razón que en definitiva es la propia demanda, al formular "el caso concreto", la que determina el ámbito en el cual será eficaz la sentencia correspondiente. Así, por ejemplo, si se invoca la inconstitucionalidad de una norma tributaria sobre inmuebles el interesado podrá referir el caso a la tributación de un determinado bien por un cierto ejercicio fiscal o plantear genéricamente la cuestión respecto a varios inmuebles de su propiedad y extender la pretensión a los ejercicios fiscales futuros; de este modo, mientras en el primer caso la sentencia correspondiente tendrá una eficacia similar a la de un planteo en vía de excepción en el segundo tendrá un alcance mayor y temporamente indefinido.

Precisamente en relación al alcance temporal de la sentencia emitida en vía de acción -pero en relación al pasado- se ha suscitado en nuestro país en los últimos años un interesante debate a raíz de una sentencia dictada por la Corte en anterior integración en sede casatoria (N° 43/92). En la especie una persona de derecho público no estatal que había obtenido en vía de

acción la declaración de inconstitucionalidad de determinada disposición legal tributaria, accionó por pago indebido pretendiendo el reembolso de las sumas que había pagado en virtud de dicha norma antes de la declaración aludida; la Corte rechazó la pretensión, sosteniendo básicamente que en la hipótesis "el caso concreto" referido por la Constitución nace con la demanda y que la Corte no puede enervar lo actuado precedentemente sin exceder los límites constitucionales de su competencia. La decisión fué criticada por la doctrina especializada, la que afirmó que "el caso concreto" precede en la especie a la presentación de la demanda y surge históricamente en el momento de sanción de la norma declarada inconstitucional (o eventualmente en aquél en el cual el actor se halla en la situación jurídica prevista en la norma); de donde los efectos de la decisión deben llegar a dichos momentos, salvo que medien aspectos definitivamente aplicados y pasados con autoridad de cosa juzgada. La Corte en reciente sentencia unánime N° 264/98 -dictada con su actual integración- compartió esta crítica, rectificando en definitiva el criterio anteriormente sustentado por el órgano.

2i - Introducción del uso indebido de la cuestión de inconstitucionalidad.

El efecto suspensivo automático que -como indicamos antes (2,d)- tiene la vía de excepción o defensa en nuestra Constitución -y que bien podría corregirse entableciéndose en su lugar en la Carta la elevación a la Corte de una fotocopia certificada y la continuación de la causa principal hasta que se

encuentre en estado de ser sentenciada- dió mérito en el pasado a la frecuente utilización del instituto examinado con propósito dilatorios. (particularmente en hipótesis de lanzamiento o de vías de apremio).

Actualmente -reglamentada la Constitución- existen diversos mecanismos dirigidos a paliar los efectos negativos de esta utilización indebida, a los que hemos mencionado en el curso de la presente exposición, a saber:

a) La facultad otorgada al juez o tribunal interviniente en el procedimiento donde se deduce la excepción de no dar curso a las solicitudes extemporáneas o a las que no se ajusten a los requisitos formales establecidos en el Código G. del Proceso (art. 513 C.G.P.);

b) La concepción de idéntica facultad, en las hipótesis mencionadas, a la propia Suprema Corte de Justicia (art. 515 C.G.P.);

c) La prohibición de planteos sucesivos de inconstitucionalidad (art. 512 C.G.P. inc. final);

d) La posibilidad de emisión por la Corte de una resolución anticipada en cualquier estado de los procedimientos siempre que medie notoria finalidad de dilatar innecesariamente el proceso principal (art. 519 N° 1 C.G.P.).

Resta todavía indicar el mecanismo disuasivo resultante para el promotor de la condena preceptiva en costas en todo caso de rechazo de una pretensión de inconstitucionalidad formulada por parte interesada y la imposición adicional de los

costos (honorarios de los letrados de las partes) en las hipótesis de malicia temeraria, entre las cuales se cuenta especialmente el planteo de la cuestión con fines dilatorios (art. 523 C.G.P.). El letrado patrocinante es a su vez sancionado con la pérdida del derecho a percibir honorarios en el caso de promoción de la cuestión de constitucionalidad con fines dilatorios de los procedimientos respectivos.

Frente a este cúmulo de medios disuasorios los litigantes maliciosos han de pensar seguramente dos veces antes de plantear una cuestión de inconstitucionalidad; de este modo, actualmente son raros los casos de entorpecimiento procesal derivado del instituto, a pesar del apoyo objetivamente resultante a tal efecto de la suspensión prevista por la Carta para el caso de formulación por vía de excepción o defensa.

3. UNA DISPOSICION CONSTITUCIONAL ANOMALA

Según mencionamos en la Introducción, existe en el texto constitucional vigente en nuestro país una disposición transitoria -señalada con la letra V- que fue incluída por la reforma constitucional de 27 de noviembre de 1994 y que presenta caracteres totalmente diversos a aquéllos hasta aquí analizados, por lo que -a pesar de tratarse de una norma prácticamente ya agotada en sus efectos- nos parece necesaria su mención para dar una información completa sobre nuestro ordenamiento en la materia y poner de relieve ante esta III. Conferencia que también a la especial temática que nos congrega ha llegado la inagotable creatividad de los juristas y sendo juristas compatriotas.

El texto recoge un proyecto presentado por el 10% de ciudadanos inscriptos que, no contando con mayoría parlamentaria; procuraron quitar eficacia a determinadas normas restrictivas en materia de seguridad social; tales normas -siguiendo vieja práctica legislativa- habían sido incluídas en leyes de presupuesto o de rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal recientemente sancionadas, con desconocimiento de la prohibición constitucional de incluir en las leyes presupuestales disposiciones cuya vigencia exceda de la del mandato del Gobierno (art. 216 de la Carta).

La disposición en cuestión "Sin perjuicio -dice- de lo establecido en los arts. 216 (ya citado) y 256 y ss. de la Constitución de la República (que regulan la inconstitucionalidad de las leyes)" declara la inconstitucionalidad de toda modificación de seguridad social, seguros sociales o previsión social contenida en leyes presupuestales o de rendición de cuentas a partir del 1° de octubre de 1992; añade que la Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición de cualquier habitante de la República "sin mas trámite" debe emitir pronunciamiento "indicando las normas a las que debe aplicarse esta declaración", comunicando su decisión al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, y precisa finalmente que las normas indicadas por la Corte "dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia".

Como se advierte, la declaración de inconstitucionalidad resulta en el caso de la propia Constitución;

la Corte no ejerce aquí su típica función jurisdiccional pues no hay controversia, ni partes, ni proceso; a la Corte se le confía simplemente una función complementaria de "accertamiento", de determinación (explicitación) individualizadora de una inconstitucionalidad ya declarada genéricamente por el constituyente y que puede ser incluso incitada por "cualquier habitante de la República", sin requerirse al efecto invocación de interés específico alguno. Por otra parte, esta peculiar declaración de inconstitucionalidad tiene efectos abrogatorios con retroactividad a la fecha de la norma legal correspondiente, por lo que por primera vez una sentencia de nuestra Suprema Corte en materia constitucional rompe el encasillamiento del caso concreto y alcanza un efecto general.

Solo nos resta añadir que la Suprema Corte de Justicia cumplió el encargo del constituyente por sentencia N° 338/95 de 15 de setiembre de 1995, la que -luego de precisar las singulares características de la cuestión sometida a su resolución- precedentemente esbozada y analizar cada una de las normas posibles de ser alcanzadas por la disposición constitucional, declaró incluídas en la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el constituyente, con los efectos previstos en la misma -total o parcialmente- treinta y dos artículos de las leyes N° 16.320 y 16.462, respectivamente dictadas en los años 1992 y 1994.

Montevideo, noviembre 1999.

Sentencia Nº 89.- MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR LUIS TORELLO.-

Montevideo, veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y tres.

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "RISSOTTO CHIOZZONE, José Antonio c/MINISTERIO DEL INTERIOR - INCONSTITUCIONALIDAD". Ficha Nº 3395/92.-

RESULTANDO:

I) Que se promueve por vía de acción, la declaración de inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 13.793 de 24 de noviembre de 1969, por entender que viola el art. 67 inc. 2º de la Carta, en la redacción dada por la reforma plebiscitada el 26 de noviembre de 1989.

El promotor justifica su interés directo, personal y legítimo, acreditando ser retirado policial y percibir una pasividad cuyo monto asciende a N$ 556.500 (nuevos pesos quinientos cincuenta y seis mil quinientos).

Expresa que dicha pasividad ha sido regulada hasta el presente por el Servicio de Retiros y Pensiones Policiales, de acuerdo al régimen previsto por el art. 4 de la referida ley 13.793.

La no aplicación del artículo 67 de la Constitución, le causa serios perjuicios económicos por utilizar un régimen de movilidad y oportunidad de aplicación discriminatoria con los demás pasivos en general ya que la referencia del inc. 2º del art. 67 de la Constitución a "jubilaciones generales" no excluye los retiros policiales y/o militares, desde que el constituyen

te utilizó los vocablos "jubilación" y "retiros" con igual significación formal y sustantiva.

II) Que la Corporación dió ingreso a la pretensión de inconstitucionalidad y de la misma confirió traslado (fs. 6) el que no fue evacuado.

III) Que conferida vista al Sr. Fiscal de Corte, dictaminó aconsejando, por los fundamentos que expuso, se declare la inconstitucionalidad solicitada; finalmente se convocó a las partes para sentencia, acordándose la misma en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) En estos autos se moviliza una pretensión de declaración de inconstitucionalidad y consecuente inaplicabilidad de una disposición legal, por colidir con una norma constitucional sancionada en fecha posterior a aquella en que fuera promulgada la primera.-

No se aduce, consiguientemente, que el acto legislativo vulnere alguna de las normas o principios constitucionales vigentes en la época de su sanción, sino su colisión con un preciso texto constitucional superviniente.-

La cuestión no es, ciertamente, novedosa; fue planteada ante los órganos de la jurisdicción cuatro décadas atrás, dando motivo a un múltiple y exhaustivo análisis tanto doctrinario como jurisprudencial.-

En la presente circunstancia, la Suprema Corte de Justicia, con su actual integración y por mayoría, habrá de decidir la referida cuestión de manera diversa a como, en forma uniforme, lo hiciera con otras integraciones, en las numerosas

sentencias que dictara durante ese período, aunque, no pocas veces, con la discordia de alguno de sus integrantes, como la del ilustre Macedo, en la primera ocasión de tratarse el tema en forma específica (Sentencia Nº 11/1957), posteriormente la de Cerdeiras (Sentencia Nº 137/1965) y, durante este último bienio, en el que la cuestión se planteó con mayor asiduidad, con la de los dos integrantes de la Corporación que ahora concurren a conformar la mayoría requerida para acordar esta sentencia en forma legal.

II) En circunstancia como la de la índole, en donde se dicta una decisión que recepciona una tesis diametralmente opuesta a la que, durante un extenso lapso y de manera constante, informara los otros pronunciamientos que se emitieran sobre la misma cuestión, se suele considerar necesario y conveniente, explicitar adecuadamente las razones que conducen a tal cambio, extremando el cumplimiento del ineludible deber de fundamentar sus resoluciones, que la ley impone el órgano jurisdiccional (arts. 18.3; 19.2; 25.1; 197; 201; 203 y demás concordantes del Código General del Proceso).

Empero, existiendo publicados enjundiosos y completos estudios doctrinarios sobre el tema, así como fundadas opiniones jurisprudenciales que desarrollan los argumentos en que se basan las opuestas tesis que informaran lo decidido por los máximos órganos de la jurisdicción común y de la contencioso-administrativa de anulación (en especial, sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 11/1957 y 137/1965 y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 28/VII y 2/IX de 1954), resulta apropiado remitir, obviando meras paráfrasis y fatigosas transcripciones a los trabajos de CASSINELLI MUÑOZ publicados en la R.D.J.A.; tomos 55; págs. 157 y ss. y 65; págs. 92 y ss.; de SUPERVIELLE en "Estudios Jurídicos en memoria

de Juan José Amézaga"; págs. 431 y ss.; de GROS SPIELL, en R.D.J.A.; tomo 52; págs.189 y ss.; de JIMENEZ DE ARECHAGA en "La Constitución... etc."; tomo X; págs. 182 y ss.; de ESTEVA, en "Declaración de Inconstitucionalidad ...etc." en la obra colectiva "El Poder y su Control"; págs. 106 y ss. y de CORREA FLEITAS en "Derecho Constitucional ..etc."; t.1; págs.140 y ss.

III) La Corporación, con su actual integración, entiende, -sin que exista discrepancia entre sus miembros al respecto-, que los siguientes son los extremos que deben ser despejados, por constituir las bases que permiten solucionar el problema.

En primer lugar, si nuestro régimen jurídico positivo admite la derogación expresa o tácita de normas de categoría inferior a las constitucionales, por una norma constitucional sancionada y vigente con posterioridad a la promulgación de la norma de rango legal (criterio de la incompatibilidad).

En segundo lugar, precisar cuándo adolece de inconstitucionalidad un acto legislativo formal, del tipo de los definidos por los arts. 256 y 260 CONSTITUCIÓN y si existe o no una diferencia esencial entre la inconstitucionalidad de tales actos y el fenómeno de la oposición o incompatibilidad entre la norma que nace a través del acto legislativo formal y una norma constitucional superviniente.

Finalmente y en tercer lugar, admitido, hipotéticamente, que existen diferencias esenciales entre inconstitucionalidad y derogación, determinar cuál es la jurisdicción competente para decidir la inaplicabilidad de un acto normativo, del tipo de los refecidos por los ya citados arts. 256 y 260 CONSTITU-

CION, derogado o inconstitucional; o, de otro modo: si la Suprema Corte de Justicia tiene competencia exclusiva para declarar inaplicable una norma incompatible con las normas o principios constitucionales, sea que se trate de oposición originaria o sobreviniente.-

Los actuales integrantes de la Suprema Corte de Justicia coinciden en la solución a dar a los dos primeros puntos, pero discrepan con la solución a dar al tercero; mas coinciden, igualmente, en que ninguna de las soluciones, tal como lo acota acertadamente CASSINELLI MUÑOZ (R.D.J.A.; t.55; p.200) y SUPERVIELLE (op.cit.; p.435) puede asentarse en razones de lógica pura sino que y por tratarse de una cuestión de derecho positivo, ella debe surgir de los textos aplicables, interpretados armónicamente y conforme con las reglas del método lógico-sistemático y teleológico.-

IV) Respecto al primer punto, la unanimidad de los actuales integrantes del Cuerpo adhieren a la tesis, en la que, prácticamente, coinciden doctrina y jurisprudencia (SUPERVIELLE: op.cit. nota Nº 54 y p.450) de que, nuestro sistema jurídico, admite que la CONSTITUCION derogue, sea de manera expresa o tácita, normas legislativas formales.-

El literal "I" de las "Disposiciones transitorias y especiales" de la CONSTITUCION vigente es ejemplo contundente de la viabilidad de la derogación expresa.-

En cuanto a la derogación tácita de la ley por la Constitución, resulta de lo dispuesto por el art. 329 que, a "contrario sensu", según algunos (GROS SPIELL: op.cit. pág. 190) o directamente, como "caso extremo cubierto por el texto" (CASSINELLI MUÑOZ: R.D.J.A. t.55; pág. 164; nota Nº 30), quita eficacia, para el futuro, a aquellas leyes anteriores que se opongan, por su

contenido -"materias y puntos"- a la nueva CONSTITUCION.-

No parece necesario extenderse sobre esta conclusión, habida cuenta que, en puridad, no existen discrepancias en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia respecto al efecto que tienen las normas constitucionales sobre las leyes promulgadas con anterioridad a su vigencia que la contradicen o son incompatibles con sus normas.-

El problema es, en verdad, otro: el de si esa oposición superviniente constituye o no un caso de inconstitucionalidad o, al menos, asimilable a esa específica valoración de una cualidad de la ley formal; y, como real meollo de la cuestión, si el exclusivo órgano jurisdiccional competente para declarar inaplicable a una ley que se opone a una norma constitucional superviniente o que se dictó contraviniendo la normativa constitucional vigente en el momento de su promulgación, lo es, en los dos casos, la Suprema Corte de Justicia, por tratarse, en ambos, de la materia referida en el art. 257 CONSTITUCION.

V) Respecto al segundo punto, también coinciden los integrantes de la Corporación en que la calificación de un acto legislativo formal como inconstitucional, implica un juicio sobre la legitimidad constitucional de ese acto.

Una tal valoración supone la confrontación del acto legislativo con el modelo que las normas constitucionales establecen como aquél al que debe ajustarse la producción del acto; el acto será legítimo si no colide con lo que el modelo constitucional estatuye respecto a sus requisitos de forma y a la naturaleza y límites a los que debe ceñirse su contenido; si colide con lo que la norma constitucional dispone en punto a la forma y contenido, será

ilegítimo, vale decir: inconstitucional.-

Para que una tal confrontación sea lógicamente posible, en tanto dirigida a determinar si existe o no transgresión a la voluntad del constituyente, parece incuestionable que la regla constitucional debe preexistir al acto legislativo que es objeto de valoración y que ambos, regla constitucional y acto legislativo, deben tener un período común de vigencia temporal; no es jurídicamente lógico, calificar como ilegítima a una conducta, si no preexiste la regla que la proscribe.-

Hay, en efecto, dos diversas hipótesis de incompatibilidad entre una ley formal vigente y una norma constitucional también vigente. En primer término, la que se produce cuando entre una norma legislativa formal y una norma constitucional, de vigencia posterior, existe oposición (la llamada oposición superviniente); y, en segundo lugar, cuando una ley formal, promulgada durante la vigencia de una norma constitucional, la contradice o es incompatible con ella.-

En el primer caso y si la norma legislativa (en puridad: el acto legislativo) se ajustaba al modelo constitucional bajo cuya vigencia fue promulgada, es notorio que no le cabe el reproche de ilegitimidad constitucional; la oposición superviniente con una norma constitucional posterior no es, por consiguiente, un caso de inconstitucionalidad sino de derogación; fenómeno normal en la vida y evolución del derecho (SUPERVIELLE: op.cit.; pág. 460).-

En el segundo caso, el legislador ha actuado de modo irregular al expedir un acto legislativo que contraviene, por razón de forma o de contenido, el modelo cons-

titucional preexistente al que hubo de adecuarse.-

Ese acto adolece, por consiguiente, de inconstitucionalidad, pero como goza de una presunción de legitimidad, el vicio debe ser declarado para que la norma legal defectuosa no sea aplicada al caso concreto en el que se plantea su operatividad (arts. 256; 258 y 259 CONSTITUCION).- La declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo formal supone un juicio sobre su ilegitimidad y, lateralmente "... imputar una violación del Derecho..." al órgano legislativo (CASSINELLI MUÑOZ, R.D.J.A.; p.99), cuyos actos están amparados, en principio, por la presunción de legitimidad, al igual que todos los actos jurídicos.-

Ha dicho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Sent. del 2/IX/1954; en R.D.J.A.; t.52; p.202) que "el juicio de inconstitucionalidad y el juicio sobre derogación tienen un fundamento común: la existencia de incompatibilidad lógica entre dos normas que regulan la misma materia. Sin embargo, el objeto de ambos juicios es absolutamente diferente: en el primero se debe afirmar la violación de una norma constitucional preexistente y, consecuentemente, se debe declarar que el acto legislativo es ilegítimo; en el segundo, frente a dos normas perfectamente válidas desde el punto de vista constitucional, debe declarar existente y aplicable la norma constitucional por ser de grado superior y por ser posterior".-

Resta señalar que la esencial diferencia que existe entre el fenómeno de la derogación, en virtud de la incompatibilidad de una norma legal legítima (por ajustarse a la normativa constitucional vigente al momento de su promulgación) con otra norma constitucional vigente en el momento en que se verifica una hipótesis de aplicación de la primera y el fenómeno de la incons-

titucionalidad y consecuente desaplicación de una ley por contrariar, sea por razón de forma o de contenido, una norma constitucional vigente al tiempo de su promulgación, no determina concluir que se reduzca el ámbito de aplicación del Capítulo IX de la Sección XV de la CONSTITUCION solamente a las leyes promulgadas a posteriori de la entrada en vigencia de la Carta Fundamental.-

La tesis que sostiene el Cuerpo y que se enuncia de manera simple (dejando de lado ciertas hipótesis muy especiales), es que la inconstitucionalidad es un defecto o vicio del acto (en su forma o en su contenido) que lo hace ilegítimo por no ajustarse a lo prevenido en la constelación normativa constitucional bajo cuya vigencia fue promulgada. Por consiguiente y como es claro, también puede ser declarado inconstitucional un acto legislativo formal promulgado con anterioridad a la CONSTITUCION vigente, si es que era incompatible o desajustado con la CONSTITUCION vigente en el momento de su promulgación.-

El vigor temporalmente indiscriminado del art. 256 CONSTITUCION en lo que refiere a la fecha de la ley susceptible de ser declarada inconstitucional, permanece pues incólume, aunque su ámbito de aplicación se correlacione con lo dispuesto por el art. 329 CONSTITUCION, en tanto este texto circunscribe la cuestión de inconstitucionalidad de la ley, al juicio de incompatibilidad de ésta con la norma constitucional vigente al momento de su promulgación, excluyendo de ese ámbito y remitiendo al propio de la cuestión de la derogación, la oposición de la ley con la norma constitucional superviniente.

VI) La tercera cuestión radica, en síntesis, en decidir si, aún tratándose de derogación por oposi-

ción superviniente, el exclusivo órgano competente para declarar esa colisión de la ley con la CONSTITUCION y disponer su desaplicación al caso concreto lo es la Suprema Corte de Justicia, por tratarse de materia similar a la regulada por el art. 256 CONSTITUCION, que su art.257 le asigna conocer de manera originaria y exclusiva.-

Es en este punto donde se suscita la divergencia entre los actuales integrantes de la Corte; los que siguen son, por consiguiente, los argumentos en que se fundamenta la mayoría para acordar, de modo legal, la presente decisión, que concluirá en declarar que, en este caso y por tratarse de una hipótesis de eventual incompatibilidad del texto legal impugnado con el posteriormente sancionado texto del art. 67 de la Carta, se trataría de un caso de derogación tácita ex-art. 329 CONSTITUCION, por lo que la Suprema Corte de Justicia carece de jurisdicción para entender en una tal cuestión, por no constituir la materia a la que refiere el ya citado art. 256 CONSTITUCION.

VII) Es regla inmanente e indiscutible de nuestro sistema jurídico (art. 25.1, Código General del Proceso) que el Juez de la causa debe resolver la cuestión que se le plantea, conforme con las reglas de derecho positivo que, sustancial y temporalmente, regulan la situación que constituye el objeto o materia del proceso.-

Nadie discute que, presentándose un problema de vigencia de una cierta norma legal por virtud de su inconciliabilidad con otra norma posterior de igual rango, la competencia para decidir el punto (si existe o no derogación tácita), es propia del Juez de la causa.-

La divergencia se produce,

exclusivamente y en cuanto a quien es competente para decidir ese mismo punto, cuando la -en este caso- incompatibilidad, ocurre entre una norma legislativa y una norma constitucional promulgada con posterioridad.-

La tesis de la unidad de competencia se basa, principalmente, en sostener que no existe fundamento técnico que lleve a distinguir entre la derogación de una ley por oposición superviniente con una norma constitucional y la oposición de una ley respecto a una norma constitucional vigente en el momento de su promulgación; en ambos casos -se dice- existe interpretación de la CONSTITUCION y esa esencialidad común de las dos hipótesis excluye admitir que, en unos casos, la interpretación se le atribuya a la Suprema Corte de Justicia y, en otros, a la justicia ordinaria.

Esa dualidad no es concebible pues en las dos situaciones se trata, siempre, de interpretar a la CONSTITUCION frente a un texto legal que la puede vulnerar y ello implica movilizar el medio primordial de custodia de la Carta frente al posible quebrantamiento de la misma por voluntad del legislador; tarea de custodia y tutela que debe ser atribuida, en los dos casos a la Suprema Corte de Justicia, la cual por su propia relevancia institucional, es la más apta para cumplirla; impidiendo que ningún texto legal, cualquiera sea la fecha de su promulgación, sofoque o altere el imperio de la CONSTITUCION (Sent. de la Suprema Corte de Justicia del 9/V/1962 y del 30/VII/1965).-

VIII) La mayoría de la Corte no comparte esos fundamentos.

En el Considerando V de la presente decisión se han señalado las razones que conducen a entender que existe una diferencia esencial entre la hipótesis de derogación

21

una norma legal por una norma constitucional posterior y la inconstitucionalidad de un acto legislativo, por transgredir -por su forma o por su contenido- la normativa constitucional vigente en el momento de su perfeccionamiento o promulgación.-

Si bien en ambos casos hay, ciertamente, interpretación de la CONSTITUCION, el juicio que debe realizarse en la hipótesis de derogación, en modo alguno roza el punto de la legitimidad de la norma legal; la norma en cuestión, que nació legítima y ajustada al marco constitucional vigente en el momento en que fuera promulgada, es incompatible con una norma constitucional posterior; no se puede decir, entonces, que vulnere la CONSTITUCION ni, menos aún, que al promulgarla, el legislador sofocó o alteró su imperio. Sucede, simplemente, que en la natural evolución del Derecho, por vía de la norma constitucional, se sancionó una solución jurídica diversa a la que, hasta entonces, regía por virtud de una norma legal; la cual y por el fenómeno de la derogación, ve extinguido, para el futuro, sus efectos.

El juicio que se realiza en la hipótesis de la inconstitucionalidad es totalmente diverso; está en discusión la propia legitimidad del acto legislativo, lo que requiere su confrontación con el modelo constitucional, vigente en el momento de su promulgación, que determina los requisitos y presupuestos de forma y contenido que condicionan su validez; lo que supone reprochar al legislador, implícitamente, haber transgredido la voluntad del constituyente, si es que se concluye en que existe desajuste entre el acto legislativo y la normativa constitucional.

La declaración de que un acto legislativo formal es inconstitucional involucra una cuestión de

suma gravedad e importancia política que no aparece, por cierto, en el caso de la derogación, donde no está en juego el punto de la legitimidad de la norma legal.

IX) Por otra parte, la interpretación de la CONSTITUCION no es monopolio exclusivo de la Suprema Corte de Justicia; ninguna norma de derecho positivo consagra una tal exclusividad (SUPERVIELLE: op.cit.; págs. 477 y 481). Tanto la justicia ordinaria como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral, el Tribunal de Cuentas, y, en general, todo órgano público, deben interpretar la CONSTITUCION para y a la luz de sus disposiciones, aplicar los textos legales y reglamentarios.

De allí que no sea de recibo el argumento que, para sostener que también la hipótesis de incompatibilidad de una norma constitucional posterior resulta comprendida en la competencia exclusiva que consagra el art. 257 CONSTITUCION, se fundamenta en que es necesario interpretar los textos constitucionales para declarar que una ley está derogada por la CONSTITUCION.

Aunque se admita que la determinación de si una norma legal fue o no derogada por una norma constitucional sobreviniente constituya, latu sensu, una "cuestión de constitucionalidad" (en rigor: de interpretación de la CONSTITUCION), ello no constituye la "cuestión de declaración de inconstitucionalidad de una ley y consecuente inaplicabilidad"; lo que y en la estricta acepción que corresponde asignar a la cualidad de "inconstitucional", aplicada a un acto legislativo formal -según se ha venido insistiendo anteriormente-, es cosa diversa.-

La exclusiva y excluyente competencia que la CONSTITUCION otorga a la Suprema Corte de Justicia

[illegible] declarar inaplicable una norma legal a un determinado caso concreto en virtud de ser esa norma inconstitucional, en el sentido expresado que se indica en el CONSIDERANDO V de este pronunciamiento.

La razón de esa competencia privativa de la Suprema Corte de Justicia no es, por cierto, la de que le haya sido atribuída, en forma exclusiva, la custodia de la CONSTITUCION; todos los órganos públicos, en especial los jueces, deben velar por la primacía del texto constitucional frente a normas jurídicas de menor jerarquía.

Si solo a la Suprema Corte de Justicia le competiera la custodia de la CONSTITUCION, como ésta puede ser igualmente transgredida por actos diversos al legislativo (administrativos o incluso jurisdiccionales) esos casos debieran estar abarcados en el ámbito de la competencia exclusiva del art. 257 CONSTITUCION; lo que, obviamente, no es así.-

Frente al acto administrativo inconstitucional se regulan los medios propios del contencioso administrativo de anulación; frente a la sentencia judicial, se dispone su impugnación por medio de los recursos jurisdiccionales ordinarios.-

A la Suprema Corte de Justicia se le reserva, exclusivamente, la defensa de la CONSTITUCION frente al acto legislativo formal que la transgrede y la transgresión, por elementales razones de lógica jurídica, solo se verifica cuando la regla constitucional a la que debe ajustarse la voluntad legislativa, preexiste en el momento en que ella se expresa.

El fundamento político de la competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia para declarar inaplicable una ley formal por violar, transgredir o vulnerar la CONS-

ITUCION o, en suma, por adolecer de ilegitimidad, se halla, en puridad no en el principio de la defensa o custodia de la CONSTITUCION como atribución exclusiva de ese órgano jurisdiccional sino, opuestamente, en el principio de la defensa de la presunción de legitimidad que ampara al acto legislativo formal, al que se le otorga un fuero especial, un privilegio, en homenaje a la majestad de la LEY, en su condición de acto que emana del más representativo de los Poderes Estatales (CASSINELLI MUÑOZ en R.D.J.A.; t.55; págs. 206; 208/209 y t. 65; págs. 99/100).

Es el riesgo que para nuestro constituyente significa dejar librado a que cualquier órgano jurisdiccional, fuera de aquél que posee la más relevante posición institucional, decida una cuestión de tanta trascendencia como la de sofocar "....en nombre del Derecho, una manifestación de voluntad elaborada por métodos especialmente representativos..."(CASSINELLI MUÑOZ en R.D.J.A.; t.65; pág. 101), esto es, la propia naturaleza del acto legislativo formal, el fundamento que propicia una solución excepcional frente a la solución de regla de que los órganos jurisdiccionales deben desaplicar los actos jurídicos ilegítimos.

Y es claro que ese fundamento no se extiende al caso de inexistencia de la norma legal por haberse producido su derogación, aunque ésta opere por obra de un texto constitucional superviniente; porque en este caso no se juzga sobre la legitimidad de la norma legal y, consecuentemente, no se ejercita ningún control sobre el órgano legislativo, pasible de comprometer el equilibrio entre dos Poderes del Estado y determinante, por la seriedad de la cuestión, de la necesidad de dar intervención exclusiva al máximo órgano del Poder Judicial.-

X) Queda por señalar, por

Cabe señalar que se ha pretendido fundar la solución de la competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia para entender, englobándola en la cuestión de inconstitucionalidad, en la cuestión de la derogación de la ley por la norma constitucional posterior, en razones de conveniencia jurídica y política normativa (SUPERVIELLE: op.cit. págs. 464 y ss.).

Se dice, en tal sentido, que es conveniente concentrar en un mismo órgano los problemas típicos de inconstitucionalidad y los de incompatibilidad superviniente, para evitar que la multiplicidad de órganos jurisdiccionales que, de otro modo, intervendrían en esta última cuestión, pudiera producir resultados contradictorios en desmedro de la necesaria certeza jurídica.-

La argumentación carece de eficacia y pierde su aparente vigor, si se atienden a tres específicas circunstancias o particularidades de nuestro sistema jurídico positivo.-

En primer lugar, porque la decisión que adoptara la Suprema Corte de Justicia frente a un caso de derogación tendría, al igual que en el caso de inconstitucionalidad, efecto solamente sobre el caso concreto pero no eficacia erga omnes.

En segundo lugar, porque similar argumento (concentración de una decisión de ese tipo en un único órgano) tendría que llevar a que la declaración de la derogación de una norma legal por otra de igual rango se asignara, exclusivamente, a la Suprema Corte de Justicia, por cuanto y respecto a la uniformidad de la solución, las mismas razones militan tanto cuando la derogación es efecto de una ley posterior como cuando es efecto de una norma constitucional posterior.

Y, en tercer lugar, por-

que esa finalidad de unificación de soluciones jurisprudenciales, en materia de interpretación de la norma jurídica (que en lo que a la materia que se examina, refiere a la uniformidad en decidir si una norma legal está o no derogada por una norma constitucional posterior, ya opera en nuestro régimen positivo por contarse con un mecanismo apropiado para asegurarla: el recurso de casación; lo que hace innecesario violentar el contenido y los propios fundamentos de la normativa constitucional, para incluir la cuestión de la derogación de la ley por incompatibilidad con la norma constitucional superviniente, en el régimen de los arts. 256 y ss. CONSTITUCION.

En efecto, una de las funciones del instituto de la casación es, precisamente y como incidentemente lo señala la doctrina (GELSI: "Primera lectura...etc.", págs.85 y ss.; VESCOVI: "La casación Civil"; págs.25 y ss.; DE LA RIA: "El recurso de casación...etc."; págs.40 y ss.), el de procurar circunscribir la diversidad en la interpretación de las normas jurídicas, asegurando de ese modo, el valor "certeza jurídica", mediante la uniformidad que implica confiarla en último grado, a un órgano único y supremo.

POR ESTOS FUNDAMENTOS, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, POR MAYORIA, F A L L A :

Declarando que la Suprema Corte de Justicia carece de jurisdicción para conocer en el caso ocurrente.

Oportunamente, archívese.

Dr. JOSE A. MARMISOLLO BUSSO
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. LUIS TORELLO
MINISTRO DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Dr. MILTON H. CAIROLI MARTIN
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

, disiente

Dr. PAUL ALFONSO DE LARACO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. JOSE M. MARIÑO CHIARLONE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Disiente.-

Dr. RICARDO C. PEREZ MANRIQUE
SECRETARIO LETRADO

15

//tencia N° 271.- MINISTRO REDACTOR: DOCTOR RAUL ALONSO DE MARCO.-

Montevideo, cinco de setiembre de mil novecientos noventa y siete.-

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "Estado - Poder Ejecutivo c/ Corporación Nacional para el Desarrollo - Acción de inconstitucionalidad Art. 2o. de la ley 16.622", Ficha 511/94.

RESULTANDO:

I. El Poder Ejecutivo -debidamente representado, según fotocopia autenticada de poder que acompaña (fs. 10 - 11)- deduce acción de inconstitucionalidad respecto al art. 2o. de la ley No. 16.622, de 10 de noviembre de 1994, por considerar que viola lo dispuesto en la primera oración del inc. 2 del art. 86 de la Carta, y afecta en general el equilibrio constitucionalmente establecido entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

Indica que el 16 de agosto de 1994 el Poder Legislativo sancionó un proyecto de ley creando el Fondo Nacional de Garantía, destinado a garantizar los créditos que se den a las micro y pequeñas empresas, cuyo artículo 2 establece que el Fondo se integrará con el 20 % del producido mensual del impuesto creado por el art. 642 de la Ley No. 16.170, hasta U$S 2.000.000. El Poder Ejecutivo formuló observaciones al

proyecto de ley (art. 168 ord. 6º y 137 y ss. de la Constitución), distinguiendo las referidas a razones de constitucionalidad (dirigidas al art. 2o. y fundadas en el art. 86 de la Carta) y las motivadas en razones de conveniencia. El 1º de noviembre de 1994 la Asamblea General levantó las observaciones mencionadas de acuerdo a lo dispuesto en el art. 138 de la Constitución, produciéndose la promulgación ficta prevista en el art. 144 de la Carta el 10 de noviembre de 1994.

El accionante afirma su legitimación para interponer acción de inconstitucionalidad: cita doctrina y jurisprudencia de la Corte en su apoyo y añade que, de otro modo, leyes del tipo de la presente quedarían fuera de la instancia jurisdiccional de constitucionalidad, puesto que ningún habitante tendría legitimación para plantearla.

Fundamenta asimismo su interés legítimo, personal y directo, en tanto el Poder Ejecutivo -responsable de la conducción de la economía nacional y de la ejecución presupuestal- debe asegurarse de que se cumpla en materia de asignación de recursos lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

En la especie el texto sancionado por el Parlamento implica una disminución de U$S 2.000.000 en los recursos disponibles y afectados a fines diversos con anterioridad a la ley. La privación de dicha suma para ser destinada -como hasta el presente- a los diversos rubros presupuestales, lesiona el interés

legítimo, personal y directo del Poder Ejecutivo.

Respecto a la inconstitucionalidad solicitada, expresa que el art. 2o. impugnado "significa gastos" (ya se prefiera hacer mención a la creación propiamente del Fondo o a los gastos que deja sin financiación al asignar un destino específico al impuesto) sin indicar los recursos con los que serán cubiertos.

Afirma que a partir de la segunda post-guerra mundial se inició un proceso tendiente a restringir los poderes del Parlamento en materia presupuestal y que el derecho Constitucional uruguayo no ha sido ajeno a esta tendencia, habiéndose acentuado desde la Carta de 1934 el papel del Poder Ejecutivo como responsable del orden financiero del Estado y restringiendo las atribuciones legislativas en la materia (art. 85 No. 5 y 6o., 86, 133, 168 No. 19, 214, 215, etc. de la Carta). Añade que la disposición objeto de esta acción es un claro ejemplo de lo que la Constitución ordena evitar, en tanto se comprometen las finanzas públicas, y en consecuencia el funcionamiento normal de la economía nacional, mediante una ley que significa gastos sin establecer recursos genuinos para cubrirlos.

Examina la primera oración del inciso 2 del Artículo 86 de la Carta sosteniendo que prohibe sin excepciones la sanción de leyes que ocasionen gastos sin prever recursos para su financiación.

Contextualmente el precepto se ubica dentro de las restricciones generales a las facultades legislativas en materia presupuestal y económica, que coadyuvan a la interpretación de la norma impidiendo asignarle un alcance meramente formal que se llenaría con la indicación de una fuente de financiación ya asignada a otros fines. Alega que la interpretación contraria implica violentar el momento "textual, contextual y teleológico de la interpretación de la norma." (fs. 12-21 v.)

II. Que la Suprema Corte de Justicia dio ingreso a la pretensión y confirió el traslado correspondiente (fs. 23), el que fue evacuado por la Corporación Nacional para el Desarrollo y por el Defensor de Oficio designado Dr. Walter García Torres, solicitando se rechazara el recurso interpuesto (fs. 30 - 31 y 44 - 47 respectivamente); oído el Sr. Fiscal de Corte estima que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma atacada. (fs. 40 - 42).

CONSIDERANDO:

I. Que corresponde analizar previamente la legitimación del promotor de la presente acción de inconstitucionalidad, expresamente cuestionada por el Sr. Defensor de Oficio (fs. 44/45).

Como se indica en la demanda, la doctrina nacional ha sido mayoritariamente afirmativa sobre el punto.

Asi Justino Jiménez de

Aréchaga sostenía que todo litigante puede promover la cuestión de constitucionalidad y afirmaba luego la legitimación del Poder Ejecutivo expresando:

"En algunos países se ha discutido por ejemplo si los Fiscales dependientes del Poder Ejecutivo pueden deducir la defensa de inconstitucionalidad contra una ley. Se sostiene que desde que el Poder Ejecutivo es colegislador ya ha tenido la oportunidad para oponerse a la formación de la ley inconstitucional negando su promulgación".... En nuestro país no puede sostenerse idéntico criterio: si bien el Poder Ejecutivo es colegislador no puede oponerse eficazmente a que se termine el proceso de formación de la ley mediante un veto absoluto, desde que, en todo caso, sus observaciones podrán ser superadas por la Asamblea General por mayoría especial." (La Constitución Nacional, tomo 8, pág. 225: Organización Taquigráfica Medina, Montevideo, s/f.).

Un decenio más tarde, y estando ya en vigencia la nueva Carta de 1952, Cassinelli Muñoz afirmó: "La circunstancia de que el Poder Ejecutivo tenga intervención en la elaboración de las leyes no elimina, como se ha sostenido, la posibilidad de que la persona pública Estado pueda estar legitimada para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley que aquél promulgó." Y luego de distinguir la competencia del Poder Ejecutivo como colegislador de la legitimación de las personas públicas para solicitar la

declaración de inconstitucionalidad, y afirmar que "no tiene relación" la una con la otra, indicaba: "Ni siquiera cuando hay consentimiento expreso (por ejemplo, promulgación expresa de un proyecto de ley sin observaciones) puede entenderse que queda excluida la posibilidad de accionar luego contra el acto consentido. En efecto, la acción de inconstitucionalidad es un derecho indisponible e irrenunciable, que no puede extinguirse por una equivocación de los integrantes del órgano público, como tampoco podría renunciarse por ninguna persona privada". ("Vías y efectos de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad", en: Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture. Montevideo, 1957, págs. 144 y 145).

En igual sentido se expidió Véscovi: "Alguna duda ha planteado, especialmente en la doctrina, la legitimación del Poder Ejecutivo. En efecto, dada su calidad de órgano colegislador, y de su derecho de veto, que le acuerda la posibilidad exclusiva de rechazar la ley -aunque sólo con efecto suspensivo- se ha pensado que no cabe otorgarse esa vía. No obstante ello, y a la falta de norma expresa, creemos que la solución debe ser afirmativa, y así lo entiende la mayoría de la doctrina nacional. Consideramos que en un régimen, en el cual el proceso de inconstitucionalidad se refiere exclusivamente al caso concreto que se plantea, resulta incongruente argumentar que el Poder Ejecutivo no vetó la ley, o la vetó y se levantó dicho obstáculo, puesto que

cuando ejerce esta función lo hace en defensa del interés general considerado la norma en forma genérica (en actividad política)". (El proceso de inconstitucionalidad de la ley. Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. No. 18. Montevideo. 1967. págs. 156 y 157).

Invocando estas opiniones -y partiendo correctamente de la fórmula amplia adoptada en el tema por el art. 258 de la Carta ("...todo aquél que se considere lesionado en su interés directo. personal y legítimo")- la Corte. en su precedente integración. afirmó la legitimación del Poder Ejecutivo en los procesos de inconstitucionalidad de la ley (sent. No. 23/91). Rectificó. de este modo. opinión anterior contraria de la Corporación (sents. Nos. 89/55 y 143/56).

Ciertamente. luego de la sent. No. 23/91. se publicó el importante estudio -que cita el Sr. Defensor de Oficio- del Prof. Cagnoni. en el que se desarrolla una opinión diversa y se critica alguno de los fundamentos transcriptos ("El proceso de inconstitucionalidad y el Poder Ejecutivo". en Rev. de Derecho Público. 1992. No. 2. pág. 167 y ss.). Si bien desde la pregunta inicial del artículo (pág. 167) hasta sus conclusiones (pág. 177) el autor se refiere al caso (ajeno a la especie) de promulgación expresa de la ley por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades previstas en la Sección VII de la Carta. su argumentación relativa a la existencia de un único interés del Estado -que se identifica con el interés general- pone también

4

en cuestión la solución afirmativa de la legitimación del Poder Ejecutivo en relación a la hipótesis de formulación de observaciones por parte de éste y promulgación ficta de la ley verificada en el caso. (V. documentación agregada. especialmente Diario de Sesiones de la Asamblea General. t. 72. pág. 99 y ss.. sesión del 1o. de noviembre de 1994).

No obstante. la Corte habrá de mantener. con su actual integración. la respuesta afirmativa precedentemente adoptada.

Existe. indudablemente. un interés directo. personal y legítimo del Estado (persona jurídica mayor) en la debida percepción de las rentas públicas y en su correcto destino y ese interés debe ser actuado. como es de regla. a través de los órganos que expresan la voluntad de la persona pública. (Savagués. Tratado. t. I. 1987. pág. 178 y ss.).

Y en la especie el órgano señalado al efecto es el Poder Ejecutivo. Ello. no porque los fondos públicos le pertenezcan (según se dice a fs. 45) sino porque es el órgano constitucionalmente responsable de la conducción económica y del orden financiero del Estado. según surge de una interpretación contextual de la Carta (arts. 85 Nos. 5 y 6. 86. 133 incs. 2 y 3. 168 Nos. 18 y 19. 214. 215 de la Carta: Jiménez de Aréchaga. ob. cit. t.III. pág. 45: Cassinelli Muñoz. Derecho Público. volumen II. pág. 180 y ss.).

El argumento formulado en

la demanda acerca de la falta de instancia jurisdiccional de constitucionalidad en la que se encontrarían leyes como la presente, de no aceptarse la legitimación del órgano estatal correspondiente puede citarse finalmente, en apoyo de la interpretación precedente.

II. Que, resulta clara a juicio de la Corte, la configuración de la inconstitucionalidad del art. 2o. de la ley No. 16.622 alegada por el accionante.

El artículo impugnado establece la integración del Fondo Nacional de Garantía previsto en el art. 1o. de la ley, y destinado a garantizar los créditos a otorgarse por las instituciones bancarias privadas u oficiales y por empresas privadas, a las micro y pequeñas empresas, disponiendo al efecto:

"El 20% (veinte por ciento) del producido mensual del impuesto creado por el art. 642 de la ley No. 16.170, de 28 de diciembre de 1990, constituirá -hasta la suma equivalente a U$ 2.000.000 (dos millones de dólares de los Estados Unidos de América)- el Fondo Nacional de Garantía".

Por su parte el inciso 2o. del art. 86 de la Constitución dispone en su primera oración:

"Toda otra ley que signifique gastos para el Tesoro Nacional deberá indicar los recursos con que serán cubiertos".

Según destaca el Sr. Fiscal

de Corte. dicha disposición constitucional se inscribe en la orientación seguida por el constituvente patrio. a partir de la réforma del año 1934. en el sentido de restringir las facultades del Poder Legislativo en materia financiera v de darle al Poder Ejecutivo. como se indicara ut supra. la conducción general de la misma instaurando así. como dijo el Prof. Jiménez de Aréchaga. un sistema "dirigido a contener toda la política financiera del Estado dentro de marcos rígidos v sobre todo. tendiente a impedir que la demagogia parlamentaria pueda gravitar sobre la política financiera general del Estado. desequilibrándola por el deseo de servir intereses locales o particulares" (ob. cit., t.III. pág. 54). En dicho contexto la norma invocada procura evitar que se desequilibre el presupuesto general mediante la sanción de leyes que. suponiendo gastos para el Erario. no arbitren los recursos necesarios para atender los nuevos gastos (Jiménez de Aréchaga. tomo III cit.. pág. 52).

Ahora bien: la creación del Fondo Nacional de Garantía dispuesta por la ley No. 16.622 significa una nueva erogación que provoca un incremento del gasto para el Tesoro Nacional y que. conforme a la disposición cuestionada. deberá ser solventada con parte de un recurso ya existente.

Tal modo de financiación desconoce incuestionablemente la "ratio" de la previsión constitucional. Esta requiere la indicación de recursos

genuinos para cubrir el gasto: si la exigencia instituida por el constituyente se cumpliese con el mero cambio de destino del producido de un tributo correspondiente a Rentas Generales dispuesto por el legislador -según sostiene la demandada- se desnaturalizaría la finalidad ordenadora de la norma -anteriormente señalada- y aún operaría una derogación fáctica de la misma, puesto que en la práctica no habría límites para el gasto y siempre se encontraría algún impuesto ya existente al que acudir para sufragar formalmente las nuevas erogaciones.

Por estos fundamentos, y de conformidad a lo dispuesto por los art. 256 y ss. de la Constitución, 508 y ss. del C.G. del Proceso y demás normas citadas, la Suprema Corte de Justicia **FALLA:**

Declárase inconstitucional e inaplicable en el caso concreto el art. 2o. de la ley No. 16.622, de 10 de noviembre de 1994.

Sin especial condenación.

Comuníquese a la Asamblea General y archívese.

Dr. MILTON H. CAMPOS MARTINEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. JORGE A. MARABOTTO LUGARO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. LUIS TORELLO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. RAUL ALFONSO DE MARCO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. JUAN M. MARIÑO CHIARLONE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. RICARDO C. PEREZ MANRIQUE
SECRETARIO LETRADO DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

09 MAR. 1999

//tencia No. 15 MINISTRO REDACTOR

DR. JORGE A. MARABOTTO LUGARO

Montevideo, diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "INTENDENCIA MUNICIPAL DE MALDONADO C./ MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS -ART. 617 DE LA LEY 16.170 Y ART. 134 DE LA LEY 12.802- ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD" (FICHA No. 138/97).

RESULTANDO:

1°) Que compareció la parte actora, representada por su apoderado Oscar Fernández Chavez y dijo:

- El art. 617 de la Ley No. 16.170 hace aplicable a las emisoras de AM y FM del interior del país, las exoneraciones comprendidas en el art. 134 de la Ley No. 12.802. Y de acuerdo a los textos citados, la exoneración comprende "todo impuesto nacional o departamental así como de todo tributo, aporte y contribución de los bienes", que en el caso a estudio beneficia a las emisoras de AM y FM del Departamento de Maldonado.

Como primer aspecto, debe tenerse presente que respecto a la Ley 12.802, se habría operado la derogación de la misma, por el texto constitucional, posterior en el tiempo. La Ley No. 16.170 la retoma en su vigencia, por lo cual la

presente acción es procedente.

Cabe observar que el art. 262 de la Carta consagra la autonomía municipal con la sola exclusión de "...los servicios de seguridad pública...". Como diría García de Entrerría esta disposición constitucional, tiene "un valor normativo y directo" que se impone a gobernantes y gobernados, por lo que, como concluye Prat "...el gobierno Departamental...No puede trasvasar sus límites, como tampoco el legislador puede restarle competencia" (D. Administrativo, t. 5, vol. 1, pág. 47).

Del examen de los arts. 273 inc. 3, 275, inc. 4, 290 y 297 de la Carta, surge claro la potestad que tienen los municipios de crear su orden financiero. El rango de esta potestad, sustrae de los órganos colegisladores nacionales toda posibilidad de dictar normas al respecto, salvo aquellas que expresamente la nueva carta autorice.

- Como se dijo, la remisión que efectúa el art. 617 de la Ley No. 16.170 al art. 134 de la Ley No. 12.802, hace aplicable ésta última al contexto departamental. La norma impugnada comprende todo el horizonte tributario del art. 297 de la Constitución al referir a todo impuesto departamental, así como todo tributo y aporte.

La Suprema Corte -refiriéndose al punto- ha expresado que "en su actual integración reafirmará la posición tradicional del

SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA

Cuerpo y declara, por consecuencia, que el art. 134 ...con sus limitaciones establecidas en el art. 36 de la Ley 13.849, del 29/7/61, y en lo que es motivo de expreso excepcionamiento, vulnera los arts. 273 ....y 298 de la Constitución Nacional" (L.J.U., t. 93, pág. 286).

- Pidió que en definitiva se declare la inconstitucionalidad de los arts. 617 de la Ley No. 16.179 y art. 134 de la Ley No. 12.802 (fs. 4 y ss.).

2°) Que habiéndose dado ingreso a la pretensión hecha valer (fs. 15), evacuando el traslado que se le confiriera, el Sr. Fiscal de Corte, por las razones que expuso, culminó su dictamen en el sentido de que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad planteada (fs. 18 y ss.).

3°) Que, a su vez, el Ministerio de Economía y Finanzas, representado por su apoderada Proc. Magdalena Irazabal, por los fundamentos que señaló, solicitó que se rechazara la acción ejercitada (fs. 26 y ss.).

4°) Que previo pasaje a estudio, se llamó para sentencia, la que fue acordada en forma legal (fs. 29 y 32).

CONSIDERANDO:

I) Que corresponde desestimar la acción ejercitada.

La que fuera planteada contra el art. 617 de la Ley No. 16.170 y, al mismo tiempo, dada la remisión que hace la misma, contra el art. 134 de la Ley No. 12.802. En la medida en que, efectivamente, el texto citado en primer lugar, hace aplicable a las emisoras de AM y FM del interior del país, las "exoneraciones" tributarias que había establecido en su momento -según se afirma-, la disposición mencionada en segundo lugar.

Es cierto que, para algunos de los miembros de la Corporación -aunque no para todos-, lo establecido en el mencionado art. 134, habría sido derogado por la aprobación de la Constitución de 1967, pero no lo es menos, en todo caso, la disposición tuvo "nueva vigencia" al hacer aplicable al edictado últimamente, lo que se estatuyera con anterioridad. La remisión aludida, da nueva vida a la norma referida y permite sostener que corresponde la acción de inconstitucionalidad, como es la opinión de parte de la doctrina y jurisprudencia, incluídos algunos integrantes del máximo órgano jurisdiccional del país.

Posición que, por las razones indicadas, comparte en la ocasión, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad.

Ahora bien.

Contrariamente a lo que sostiene el Sr. Fiscal de Corte -y ha sido la posición

tradicional de la Suprema Corte de Justicia, posición abandonada recientemente (Sentencia No. 146/97)-, la norma consagrada en el art. 134 de la Ley No. 12.802, en realidad no establece "exoneraciones", sino que reconoce una verdadera "inmunidad". Tal como lo ha afirmado la Corporación, en dicha decisión, al estudiar el alcance del art. 463 de la Ley No. 12.226, de no aceptarse que el mismo consagra la "inmunidad" del Estado -el que abarca ciertos organismos y entes, a los que alude el art. 220 de la Constitución- como de los entes descentralizados territorialmente, se derivarían de ello, consecuencias insólitas y aún increíbles.

Así, por ejemplo, y en aspecto que importa para la dilucidación del sub-lite, "Mientras el art. 69 de la Constitución, declara que las "instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza", estarán "exoneradas" -verdadera inmunidad- "de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios", las escuelas públicas, liceos y enseñanza superior, deberían pagarlos. Conclusión ilógica que únicamente se elimina, de optarse por la solución que consagrara y que se entiende conforme a la Constitución, según se preconiza" (Sent. cit.). Esto es, el constituyente es el que ha consagrado, no la "exoneración" impositiva, sino la "inmunidad" de ciertos entes y aún organismos privados, por su máxima decisión.

Por lo tanto, el art. 134 de la Ley No. 12.802, al "reconocer" como "...institutos culturales incluídos en el artículo 69 de la Constitución, a los efectos de la exención impositiva..." a determinados organismos; o "declarar" asimismo exoneradas a las "...instituciones culturales, de enseñanza, y a las Federaciones o Asociaciones Deportivas..."; o afirmar que "Quedan igualmente" exonerados de todo impuesto nacional o departamental, "...los bienes, de cualquier naturaleza, de las instituciones mencionadas en el inciso anterior, así como los de las actuales y/o futuras Diócesis de la Iglesia Católica Apostólica Romana y los de cualquier otra institución religiosa...", y otros supuestos similares, no está sino admitiendo o reconociendo que tienen "inmunidad" tributaria. Y lo propio ocurre con la "declaración" que formula el art. 617 de la Ley No. 16.170, según el cual quedan "...incluídas en las exoneraciones del artículo 1° del Título 3 del Texto Ordenado 1987 a las radioemisoras AM y FM con exclusión de las instaladas en el departamento de Montevideo", con expresa remisión, entonces, al art. 134 ya citado.

Esta es también la posición de la doctrina.

En ese sentido, en el Código Tributario, Comentado y Concordado por el ilustrado autor -recientemente fallecido- Prof. Ramón

Valdés Costa, conjuntamente con Nelly Valdés de Blengio y Eduardo Sayagués Areco, se puede leer, en nota al art. 41: "El concepto de exoneración y su diferenciación con la no imposición, o la imposición reducida y otras situaciones similares, tiene gran importancia en nuestro derecho a raíz de la Constitución de 1967 cuyo art. 133 dio al P.E. iniciativa privativa en los proyectos de ley sobre "exoneraciones tributarias", agregándose: "El concepto de exoneración ha dado lugar a diversos y profundos estudios a través de los cuales se han puesto de manifiesto discrepancias sobre la precisa determinación del concepto" (1° edic., pág. 222 y en 4a edic., pág. 276).

Más precisamente, en la última edición, se amplía el tema, en los siguientes términos:

"La diferencia, señalada por la doctrina brasileña y por Dino Jarach, está admitida por nuestra doctrina, aunque con ciertas imprecisiones y discrepancias que han trascendido a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

A nuestro juicio el concepto de inmunidad no está relacionado con la definición del hecho generador. Ella regirá esté o no comprendido en esa definición. Por eso parece preferible no referirse a la incidencia o no incidencia de la norma. El elemento que configura la inmunidad es

la prohibición de que determinadas personas sean gravadas por la ley.

Tal prohibición sólo puede ser establecida por una norma jurídica de rango superior a la ley ordinaria. En nuestro derecho, por la Constitución. Es el caso de los arts. 5 y 69 relativos a los templos y a las instituciones culturales y de enseñanza, aunque los textos las denominen exoneraciones (Conforme Shaw, op. cit., pág. 92). La potestad legislativa no puede ejercerse o es totalmente ineficaz en esos casos. En otras palabras la inmunidad pertenece al derecho constitucional y la exoneración a la ley ordinaria" (op. cit., pág. 278).

Esto es, entonces, la ley no ha hecho sino "declarar" o "reconocer" lo que una norma superior ha dispuesto. Y es ésta (art. 69), la que ha estatuído que las "...instituciones de enseñanza privadas y las culturales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales...". Dicho de otro modo: tienen "inmunidad" tributaria con respecto a la potestad de los entes públicos, cualquiera fuera su naturaleza o entidad.

Seguramente, el legislador ha entendido que las emisoras aludidas (Ley No. 16.170, art. 617), debido a la actividad que desarrollan cumplen una finalidad social, al difundir la cultura. Y, al parecer -pero no es punto que integre el "thema decidendum"- no tomó en cuenta el hecho de

que la inmensa mayoría de ellas persiguen un fin de lucro, lo que implicaría ingresar a aspectos que no importan, ahora, para la dilucidación del "sub-lite"; esto es, el concepto de "fin de lucro" y si, por ello, el carácter cultural o educativo de la institución excluye o no la persecusión del mismo por parte de la interesada, como, del mismo modo, si es posible o no, distinguir entre finalidad de una actividad con el objeto o la naturaleza de dicha actividad (Vé. sobre el tema, José Luis Shaw, Jurisprudencia reciente sobre la inmunidad impositiva de las instituciones privadas de enseñanza y culturales (art. 69 de la Constitución)", en Anuario de Derecho Administrativo, t. I, pág. 92 y ss.).

Pero, claro está, el tema no ha sido propuesto en la especie.

En el caso, no está cuestionado -y por ello, la Suprema Corte no puede ingresar al mismo- si las empresas mencionadas en las normas impugnadas, son o no, culturales. Se da por supuesto que efectivamente lo son.

Desde luego que la actora pudo cuestionar tal punto de vista, pero lo cierto es que no lo hizo. Nada dijo al respecto, no permitiendo, entonces, el ingreso de la Corporación sobre si existe o no colisión entre dicha norma y la superior (Vé. Sentencia No. 482/96).

La Intendencia Municipal

de Maldonado, en efecto, menciona varias disposiciones constitucionales (arts. 262, 273, inc. 3°, 275, inc. 4°, 290 y 297), pero no hace referencia al art. 69 de la Carta Fundamental. Esto es, su pretensión se limitó a cuestionar la constitucionalidad de determinadas normas porque ellas violentan ciertas y precisas disposiciones superiores.

Si bien se repara, la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, al margen de que debe "...formularse por escrito...", requiere que se indique, "...con toda precisión y claridad..." -y esto es lo que importa-, "...los preceptos que se reputen inconstitucionales y el principio o norma constitucional que se vulnera..." (Código General del Proceso, art. 512; además, anteriormente, Ley No. 13.747, art. 8). Esto es, corresponde se señale la norma legal (o con fuerza legal) que se estima inconstitucional y la disposición que, a su vez, se considera que se ha violado por la misma. Ésta es la pretensión que se hace valer: su contenido es el objeto de este proceso.

Y, en el caso, el verdadero objeto litigioso está constituído por la afirmación de que ciertas normas legales violentan otras tantas constitucionales. Las que se mencionan y no otras. Precisamente, por ello, la Corporación está inhibida de entrar a considerar puntos que no han sido planteados por la parte, so pena de incurrir en

violación al principio de congruencia.

Las normas mencionadas no componen el "derecho" en el sentido de fundamento jurídico de la pretensión, sino que, por el contrario, son el "hecho" o el elemento "objeto" de la pretensión. Es decir, en otros términos, no es posible en la especie, recurrir al famoso brocárdico "iura novit curia", el que, como bien se sabe traduce "...la necesaria libertad con que debe contar el sentenciante para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro de las previsiones normativas que rijan el caso. Libertad que subsiste aun en la hipótesis de que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones..." (Jorge W. Peyrano, El proceso civil, pág. 96; Cf. Adolfo Alvarado Velloso, El juez. Sus deberes y facultades, pág. 173).

Por ello, además, la sentencia debe limitarse a "...declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas...." (art. 520, además, anteriormente, Ley No. 13.747, art. 17). En otras palabras: el juzgador no se puede evadir del planteamiento formulado por la parte, en el sentido de que una cierta norma está en colisión con una determinada disposición de mayor rango.

En tal línea de razonamiento se pronunciaba el Maestro Arlas. En su clásico comentario sobre el punto, enseñaba: en un

sentido. "Debe indicarse -con precisión y claridad agrega innecesariamente la ley- los preceptos legales que se reputan inconstitucionales" y, en el otro, "Debe indicarse el principio o norma constitucional que resulten vulnerados en su contenido (inconstitucionalidad material) o los motivos en que se funda la inconstitucionalidad en razón de la forma" (La declaración -en vía principal- de inconstitucionalidad de las leyes en el derecho uruguayo, en Rev. Uruguaya de Derecho Procesal, año 1975, No.3, pág. 20; Cf. Enrique Véscovi, El proceso de inconstitucionalidad de la ley, en Curso de Derecho Procesal, t. V., vol. II, pág. 324).

Parece clara, entonces, la solución. La Suprema Corte no puede sustituirse al accionante y formular una declaración que no se le ha requerido. Si la norma es constitucional o no, en mérito a otras razones que las invocadas, no puede ser materia de este pronunciamiento, pues tal comportamiento significaría un apartamiento de los deberes que la misma tiene como órgano jurisdiccional.

En conclusión.

Las normas que se han indicado, como supuestamente inconstitucionales -y por violentar ciertas y precisas disposiciones superiores-, no lo son. Por el contrario, se está en presencia de una hipótesis de "inmunidad"; motivo por el cual, finalmente, corresponde el rechazo de la pretensión

SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA

hecha valer en estos autos.

II) Que las costas, se declararán de oficio (Ley No. 16.134, art. 93; Ley No. 16.320, art. 364; Ley No. 16.462, art. 149 y Decreto No. 405/80, art. 6).

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

DESESTIMASE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD EJERCITADA, DECLARANDOSE DE OFICIO, LAS COSTAS CAUSADAS.

OPORTUNAMENTE, ARCHIVESE.

Dr. RAUL ALONSO DE MARCO
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. JORGE A. MARABOTTO LUGARO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. JUAN M. MARIÑO CHIARLONE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. MILTON H. CAIROLI MARTINEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Sr. SERVASIO E. GUILLOT
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. RICARDO C. PEREZ MANRIQUE
SECRETARIO LETRADO DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

INTERLOCUTORIA SIMPLE

1028

SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA

Fs 2 Ficha 194/98

//tevideo, 25 de setiembre de 1998.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°) Que, en principio, es procedente entender que las medidas cautelares pueden adoptarse aún en el proceso constitucional. No sólo porque en la vía de excepción o defensa, la suspensión está prevista expresamente como una forma de ellas (Constitución, art. 258), lo que daría lugar, de no aceptarse tal criterio, a situaciones desiguales y aún absolutamente injustas, sino porque, además, se podría traer en apoyo de esta posición, la "teoria de los poderes implícitos" que postulara el famoso Juez Marshall, integrante de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (Vé., Charles Evans Hughes, la Suprema Corte de Estados Unidos, pág. 100).-

Precisamente, se señaló en el caso "McCulloch vrs. Maryland" que el Congreso, "...tenía facultades para dar personalidad jurídica a un banco. Ese poder no estaba conferido explícitamente, pero no era necesario que lo estuviera. Era una facultad considerada como esencial para el ejercicio de la autoridad concedida. Se encontró que no había en la Constitución frase alguna que, al igual que lo que sucedía en los Artículos de la Confederación, excluyese lo que se llamaba poderes incidentales o implícitos" (op.cit., pág. 101). Es que, en principio y ello es razonable que sea así, quien puede disponer determinada conducta, debe tener los medios necesarios para que ello sea,

eventualmente posible.-

2°) Que de todos modos, no estando previstas expresamente -fuera de la indicada- y tratándose de materia constitucional, se debe ser mesurado en su eventual adopción. Ello por cuanto se podría afectar el propio principio de la separación de poderes, en las hipótesis que las "...medidas cautelares ... presenten un contenido claramente usurpador de las funciones que constitucionalmente..." están asignadas al Parlamento (Cf. Javier Vecina Cifuentes, Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional, pág. 81).

O, dicho de otro modo: no es posible disponer una medida de tal excepcional naturaleza, sino en aquellos casos claros o palmarios, en que se deba evitar un grave perjuicio o un daño inminente. Como se señala, por ejemplo, en el derecho alemán.-

3°) Que en función de lo dicho y atento a lo manifestado en autos, no se dan en la especie, las condiciones que harían exigible, al menos, por el momento, una tal medida. No se conforman claramente los elementos necesarios para ello.

4°) Que, al margen, se advierte una demora excesiva en dar cuenta de lo solicitado, no obstante la importante materia de que se trata.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, ***RESUELVE:***

NO HACER LUGAR, POR AHORA, A LA MEDIDA

SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA

CAUTELAR SOLICITADA.-

AL ESCRITO DE FS. 959: TENGASE POR DENUNCIADO EL SUJETO PASIVO DE LA RELACION PROCESAL Y AMPLIESE LA CARATULA.

Y ATENTO A LO CONSIGNADO EN EL NUM. 4°. CON TESTIMONIO DE LO PERTINENTE, FORMESE PIEZA DE CARACTER ADMINISTRATIVO. DE LO QUE SE DARA CUENTA.-

Dr. JORGE A. MARABOTTO LUGARO
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. RAUL ALONSO DE MARCO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. JUAN E. MARIÑO CHIARLONE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. MILTON H. CAIROLI MARTINEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. GERARDO E. GUILLOT
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. Carlos F. Alles Fabricio
Pro-Secretario Letrado de la
Suprema Corte de Justicia

SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA

//tencia No. 615.

Montevideo, quince de setiembre de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "INTENDENCIA MUNICIPAL DE FLORES c/ JUNTA DEPARTAMENTAL DE FLORES. Decreto N° 0356 del Gobierno Departamental de Flores. ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD", FICHA: 261/1999, para resolver sobre la solicitud, en carácter de medida cautelar, de suspensión de la aplicación de la norma impugnada.

RESULTANDO Y CONSIDERANDO:

I.- A fs. 1/46, la Intendencia Municipal de Flores promueve acción de inconstitucionalidad respecto a determinados artículos del Decreto del Gobierno Departamental de Flores N° 0356, y solicita, como medida cautelar, la suspensión de su aplicación.

La actora afirma que: "El artículo 1° del citado cuerpo normativo modifica el art. 17 del Decreto Departamental N° 0172, y en su primer inciso establece que a partir del 1° de enero del año 2000 la Intendencia Municipal de Flores "...aplicará los valores de aforos resultantes de la tabla que elaborará anualmente la Comisión Especial de Aforos del Gobierno Departamental".

Más adelante afirma: "Obsérvese que dicho procedimiento deja en manos de la Junta

Departamental la posibilidad de aprobar en última instancia la tabla de aforos, y a que dicho Cuerpo tiene la última decisión al respecto, aún cuando deba contar con mayorías especiales... Si se aguarda a la finalización del proceso constitucional que se promueve en la especie, la aplicación del decreto departamental en cuestión puede causar daños inminentes, graves perjuicios en el presupuesto del Gobierno Departamental de Flores". (subrayado y negrita en el original).

Agregándose más adelante que la Comisión en cuestión, deberá elaborar al 15 de setiembre de cada año la tabla de aforos a regir el año siguiente (art. 4° del Decreto Departamental N° 0356).

II.- Recibidos los autos, pasan en vista al Sr. Fiscal de Corte, el que se pronuncia a fs. 49/51 vto., entendiendo que no corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada.

III.- La Corte hará lugar a la medida cautelar solicitada, no compartiéndose los argumentos del dictamen fiscal.

En cuanto a la procedencia del dictado de medidas cautelares en el curso de una acción de inconstitucionalidad, la Corporación se ha pronunciado favorablemente por sentencia N° 742/1998, cuyos fundamentos se dan por reproducidos en autos.

El artículo 312 del Código General del Proceso establece que las medidas cautelares pueden adoptarse cuando el Tribunal estime

SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA

que son indispensables para proteger un derecho y siempre que haya un peligro de lesión o de frustración del mismo.

En cuanto al derecho de la accionante, se entiende que los elementos articulados en la demanda son suficientes para acreditar el fumus bonus iuris.

La Corte entiende que de no dictarse la medida impetrada, podrían derivarse perjuicios para la parte actora, los que no tienen por qué tener contenido económico de acuerdo al artículo 312 del Código General del Proceso.

Parecería que el poner en funcionamiento el nuevo régimen para la determinación de los aforos por los que deben tributar los automotores la patente de rodados en el Departamento de Flores, implica perjuicio en la medida que se deberían afectar recursos humanos y materiales para llevar adelante la tarea, siendo afectado prima facie el buen funcionamiento de la administración.

Por otra parte, el desarrollo previsible de la tramitación de los presentes obrados permite suponer que al 1° de enero del año 2000 no se habrá dictado sentencia aún.

Por lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia, **RESUELVE**:

SUSPENDER EN CARACTER DE MEDIDA CAUTELAR LA APLICACION DEL DECRETO No. 0356 DEL

GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE FLORES.

NOTIFIQUESE PERSONALMENTE.

Dr. RAUL ALONSO DE MARCO
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. JORGE A. MARABOTTO LUGARO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. JUAN M. MARINO CHIARLONE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Dr. RICARDO C. PEREZ MANRIQUE
SECRETARIO LETRADO DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de
El Salvador



CAPITULO I

MARCO DOCTRINARIO
ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:

Tienen acceso a ella, todos los habitantes de la República, si la demanda es por violación a uno o más derechos constitucionales, pero si la demanda es de inconstitucionalidad de las leyes, el acceso está reservado a los ciudadanos salvadoreños. El Art. 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (en adelante L. Pr. Cn.), dice que "Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución"; el Art. 4 (L. Pr. Cn.), dice " Cuando la violación del derecho consista en la restricción ilegal de la libertad individual, cometida por cualquier autoridad o individuo, la persona agraviada tiene derecho al "Habeas Corpus" ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital (Las Cámaras)".

Estas disposiciones tienen fundamento en lo dispuesto en el Art. 247 de la Constitución (en adelante Cn.), de igual redacción. En materia de inconstitucionalidad de las leyes el Art. 183 Cn., establece la exclusividad para la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Organo Legislativo y el Organo Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 Cn. (en caso de Veto Presidencial por supuesta inconstitucionalidad de un decreto legislativo y la superación de éste, por resolución con 56 votos, de 84, tomada por la Asamblea Legislativa), el Art. 174 Cn., por su parte, crea el Organo y su competencia en materia constitucional, es decir la Jurisdicción Constitucional.

No obstante el carácter de Jurisdicción concentrada que revela la disposición citada, en El Salvador se reconoce la competencia de otras instancias para resolver determinados eventos violatorios de la Constitución, tal ocurre con las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, que pueden conocer de "habeas corpus", y la competencia general de todos los tribunales de la República, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, para que puedan inaplicarse leyes o disposiciones de los otros Organos del Estado, contrarias a los preceptos constitucionales, estableciendo el control difuso de la constitucionalidad (Art. 185 Cn.).

Esta situación de aceptar tanto el control concentrado como el difuso, nos coloca en una tendencia mixta del control de la constitucionalidad (control mixto); aunque conviene

adelantar que los efectos del Art. 185 Cn., es únicamente para el caso particular y concreto que un tribunal conoce y no el efecto " erga omnes" que tiene el fallo de la Sala de lo Constitucional, cuando resuelve un caso de inconstitucionalidad, que lo es de un modo " general y obligatorio" (Art. 183 Cn.)

JUSTICIA Y JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR:

El Constitucionalismo Salvadoreño registra, en materia de jurisdicción constitucional, cuatro grandes momentos a saber: 1) en la Constitución de 1841, (Art. 83) aparece la garantía del "habeas corpus" con la misma finalidad con que se creó originalmente en otras legislaciones, conservándose hasta el momento, con importantes innovaciones como veremos más adelante; 2) el recurso de amparo que aparece en la Constitución liberal de 1886 (Art. 37), que servía al ciudadano para reclamar el respeto a sus derechos constitucionales; esta Constitución se nutre de todas las ideas individualistas y liberales de la época y proclama que El Salvador reconoce derechos anteriores y superiores (ius naturalismo) al derecho positivo; 3) en la Constitución de 1950, destacada por reconocer, además, un régimen de derechos sociales, propio de un Estado Social de Derecho (Constitucionalismo Social), actualmente aplastado por el modelo neoliberal que privilegia la economía de mercado regida por la ley de la oferta y la demanda, lo cual no es criticable en sí mismo, sino por su carácter deshumanizado y perjudicial para la población más vulnerable, económicamente considerada; pues bien esta Constitución introduce el recurso de inconstitucionalidad, por el cual todo ciudadano puede pedir que así se declare, toda ley o decreto contrarios a la Constitución; y, 4) La Constitución de 1983 que crea la Sala de lo Constitucional, como Tribunal de esa materia, ejerciendo esa jurisdicción, pero como una Sala de la Corte Suprema de Justicia. Tenemos una Justicia Constitucional en desarrollo conforme lo permite el avance del sistema democrático de El Salvador, pero también dando nuestro aporte a veces en contra de las resistencias que todavía existen en contra de ese proceso, asumiendo los riesgos que eso significa; en circunstancias como las nuestras se exige mucha prudencia en los fallos y mucho equilibrio en el ejercicio del poder. La Justicia Constitucional no es privativa de la Sala de lo Constitucional, todos los tribunales están llamados a velar por que se administre y se cumpla; pero en términos de Jurisdicción Constitucional, se hace esa reserva para la Sala respectiva, que conoce y resuelve mediante procedimientos propios, casos específicos de Justicia Constitucional; me adhiero en este punto a la posición de don Rodolfo Pizza Escalante, en su ponencia presentada en la Primera Conferencia. (1)

1.- Separata de Boletín. Documentacao, E Direito Comparado. 1997.

ORGANIZACIÓN DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL:

Todo lo relacionado con la estructura organizativa de la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Organo Judicial, como estructura de uno de los Organos fundamentales del Gobierno de El Salvador, está expuesto en la ponencia de la Delegación de El Salvador en la " I CONFERENCIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE IBEROAMERICA PORTUGAL Y ESPAÑA", celebrada del 10 al 14 de octubre de 1995, en Lisboa, Portugal. (2)

EL PROCESO DEMOCRATICO Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

No es posible separar la protección de los derechos fundamentales, de los cambios que se han venido produciendo en los países iberoamericanos en el último cuarto de siglo, cambios que se han impulsado como parte de los procesos de democratización, que a su vez se producen por causas históricas, políticas, económicas, sociales, etc.

Cada país tiene en esto su propia historia y su propio drama. Nada de lo que los sistemas constitucionales reconocen ha sido otorgado o dado gratuitamente. Lo que ahora abordamos académicamente, ha sido escrito en la lucha diaria de los pueblos, con enormes cuotas de sangre, de lágrimas y de muertos; el mejor homenaje que podemos hacer a sus protagonistas es ofrecer nuestro aporte jurídico, para su perfeccionamiento y realizaciones.

2.- En razón de lo anterior el lector podrá remitirse a ese documento, así como a lo dispuesto en la Constitución de El Salvador (Cap. III, Título VI) y a la Ley de Procedimientos Constitucionales.

Creer que la tarea está terminada o que no está en peligro, sería un grave error; primero debemos reconocer que grandes segmentos de la población, no tienen acceso a la Jurisdicción, especialmente aquella población que por su situación económica y social es más vulnerable; es oportuno recordar que los llamados " derechos sociales" todavía son programas tibios de los gobiernos y que sólo las acciones reivindicativas de las masas laborales y de las fuerzas sociales progresistas, pueden rescatar algunas prestaciones sociales y económicas; en cuanto a los derechos individuales, en los que la obligación del Estado consiste en un deber de abstención, hay todavía resistencias no solo de las autoridades, sino también de grupos de poder que, con sus acciones u omisiones, pueden ser tan perjudiciales, como los remanentes de los modelos autocráticos que aún se

conservan. Frente a esto la Justicia Constitucional, aún carece de proyectos firmes, coherentes y además consecuentes y comprometidos.

Muchas acciones de tutela introducidas e impulsadas en la jurisdicción constitucional no prosperan por falta de asistencia letrada gratuita, o por una legislación atrasada y sin aperturas o bien por el exagerado formalismo que todavía impregna a los operadores del sistema.

Esto es atentatorio para la paz social, pues la marginación puede orientar a los habitantes a reclamaciones violentas, en los que el derecho perdiera prestigio y credibilidad; o bien que - como parece están ocurriendo en algunos países – las instituciones ortodoxas entren en un proceso de desligitimación y encuentren que un regreso al autoritarismo populista, puede ser el cauce obligado de una presión social desbordada, que no encontró respuesta en los esquemas formales de la democracia representativa.

DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR

En el libro " JUSTICIA PARA UNA SOCIEDAD NUEVA", (3) publicado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, se expone como la Democracia y la Justicia, se desarrollan a partir de 1994, año en que surge la nueva Corte Suprema de Justicia, producto de los Acuerdos de Paz de 1992; los siguientes pasajes del preámbulo de dicho libro, recogen esas ideas.

" El modelo agro-exportador de tipo dependiente, como lo define Marcos Kaplan, entra en crisis, no de un modo espontáneo, sino debido a la interacción de distintas fuerzas sociales que se enfrentan a los poderes constituidos, y que vienen conformando un nuevo
estamento de poder, estructurándose como un nuevo factor real de poder en afirmación de Fernando Lassalle. Estas distintas fuerzas sociales tienen un elemento común: su marginación económica, política, social y cultural, produciéndose así una agudización de las contradicciones sociales, al no darse el cambio que había previsto el estado burgués, al introducir los correctivos económicos y sociales que supone el estado social de derecho, que vino caracterizando al Estado burgués a partir del Manifiesto Comunista, la conformación de la Social Democracia y la nueva Doctrina Social de la Iglesia."

"Sobre este particular, Enrique Alvarez Conde, en su Curso de Derecho Constitucional, (4) nos dice: El Estado liberal (burgués), que se había limitado, a salvaguardar las relaciones de propiedad y las relaciones recíprocas entre los agentes económicos, se vio precisado,

3) Obra citada.- Publicación C. S. J., El Salvador 1996
4) Alvarez Conde. Obra Citada.

exigido, frente al problema político que le generaba la masa proletaria urbana, a introducir los cambios que la estabilidad del sistema demandaba y que a veces ponen en peligro la existencia misma del estado burgués. Estas medidas de coexistencia fueron ignoradas en América Latina y en tal circunstancia es que debe examinarse y aplicarse la realidad del conflicto y su situación actual.

La crisis de que hablamos, es la crisis como trance determinativo, no es un juicio de valor, sino que es una etapa a la que la dinámica social, empuja a los modelos prevalecientes; en el presente caso entendemos que la crisis es un suceso histórico que hace posible el cambio".

" De 1979 hasta llegar a los Acuerdos de Paz, se agudizan las contradicciones sociales que se manifiestan en una serie de sucesos que tienen matizaciones de carácter económico, político, cultural, militar, etc. La situación del país se vuelve muy violenta, la desobediencia social es un hecho, la rebelión se advierte, un modelo contrainsurgente, se mantiene a base de muchos costos, el único resultado previsible era el caos total; sin embargo, hay todavía espacio
para las salidas racionales y la sensatez se impone en ambas partes, produciéndose el proceso de diálogo y negociación que culmina con los Acuerdos de Paz, que luego en algunas de sus partes, dejará establecido el lugar para los cambios que se producirán en el Sistema Judicial y que será analizado en el marco de este ensayo, en los límites de los contenidos y la naturaleza del mismo. Entre otras cosas, los Acuerdos han venido conformando una nueva cultura jurídico constitucional, que tiene su mejor expresión en el proceso de reformas constitucionales, y en ellas las reformas que tienen que ver con el Sistema Judicial, además de haber creado el hábito o uso, de instrumentar la figura del Constituyente Permanente, consagrado en el Art. 248, Cn. por medio del cual se puede reformar la Constitución, sin derogarla y sin recurrir a las vías de hecho que caracterizaron las reformas constitucionales durante toda la historia de vida independiente." " El momento actual nos está exigiendo una disposición sostenida para ensayar una agenda de contenidos específicos, en un intento de cambiar lo ilusorio y abstracto, por medidas de

mayor pragmatismo que se adapten a las necesidades del momento. Es una agenda que representa. muchos desafíos y que nos impulsa a acciones poco usuales. Después de dos años de tanteos, en que hasta cierto punto pudimos caer en momentos de desgaste, hemos tenido la prudencia de actuar con alguna mesura en la introducción de los cambios que el Organo Judicial requiere. pero tal actitud no debe ser interpretada como inercia frente al cambio, del que muy frecuentemente se acusa a la justicia."

En atención a lo anteriormente expuesto, podemos formularnos estos cuestionamientos:

1.- ¿ Podemos resolver el problema de la lentitud, la corrupción y el favoritismo?

2.- ¿ Puede desarrollarse la Justicia Constitucional para proteger los derechos humanos y el estado de derecho?

3.- ¿ Podremos colocar adecuadamente al Organo Judicial en el contexto de la globalización?

4.- ¿ Podrá la Justicia Salvadoreña tomar un papel protagónico que llene el vacío de liderazgo qùe aceleradamente pierden los sectores políticos?

5.- ¿ Por el contrario permanecerá el Organo Judicial sometido a las formas autoritarias que aún se mantienen en algunos niveles del Estado?".

ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL, (5)

El Estado de Derecho es una versión del Estado moderno, ya que se inserta en sus presupuestos orgánicos; sin embargo, su compromiso con la libertad del hombre, le han permitido alcanzar un perfil propio

5) DERECHO CONSTITUCIONAL.- Libro en preparación (Mag. Solano)

en lo político y jurídico. Por lo menos tres revoluciones fueron necesarias para que se transformara el Estado; ha surgido una nueva clase social, la burguesía; una nueva concepción del Derecho, el ius naturalismo, reivindica la existencia de derechos anteriores y superiores al Estado. La revolución estampó un principio capital en materia de derechos humanos, el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 que dice: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes carece de Constitución", lo que expresado en términos jurídicos y políticos, significa que tal sociedad no constituye Estado de Derecho. En consecuencia esta concepción del Estado tiene como presupuesto los derechos humanos y como mecanismo para su garantía real, la separación de poderes.

Supone el ascenso o toma del poder de una clase social, la burguesía, el triunfo de ésta sobre el poder omnímodo de los reyes; se origina en Inglaterra, con el "Agreement of the people", entre otros; luego en Francia cuyo lema "no hay mas autoridad que la ley"; y con la independencia de los E.E. U.U. que busca un "gobierno de leyes más que de hombres". Significa que frente al Estado burocrático, autoritario, absolutista, se erige un Estado respetuoso de la ley, garante de la libertad, del despliegue vital de cada quien en el marco de un orden jurídico.

Un Estado concebido de este modo tiene en su base el principio de legalidad como expresión de la voluntad general y la separación de Poderes, en el sentido de equilibrio de éstos, evitando los intentos desmesurados de un Poder ante el otro, impidiéndose las determinaciones arbitrarias (Montesquieu). "En el Libro XI del Espíritu de las Leyes, Montesquieu ha dicho que "el peor enemigo de la libertad es el poder y nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él". (Posteriormente Lord Acton dijo: "El Poder corrompe y el poder absoluto, corrompe abstolutamente". (The power tends to corrupt; the absolutely power, to corrupt absolutely)"

"En cada Estado hay tres clases de Poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho Civil..." se llama a este último Poder Judicial y al otro Poder Ejecutivo del Estado... cuando el Poder Legislativo y Ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo no hay libertad... no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

El Estado de Derecho no supone la imposibilidad o la erradicación de la arbitrariedad, pues ésta puede darse potencial o actualmente, pero merced a la autolimitación jurídica, los individuos, y sus grupos, y aún determinados Organos del Estado (tribunales constitucionales, por ejemplo, u otros entes) pueden subsanar mediante procedimientos jurídicos preestablecidos, la consecuencia de la arbitrariedad, anulando por defecto o vicio jurídicos contrarios a la legalidad, los actos jurídicos lesivos de ésta y, en definitiva, de los derechos y libertades afectados y de la regularidad jurídica.

ESTADO DE DERECHO Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En el Estado Democrático de Derecho, la Constitución es el marco de referencia para el ejercicio del poder público; mantiene el esquema del Estado "burgués" de Derecho y además, se constituye en un centro por el que necesariamente debe pasar el ordenamiento jurídico, en su conjunto; esto significa que la Constitución es Norma Suprema (Supremacía Constitucional) lo que en El Salvador está reconocida en los Arts. 239 y 246 Cn., principio

más de ética política que jurídica, pues la norma constitucional es el elemento de vinculación de la experiencia moral y política de una sociedad, con su experiencia de codificación racional de las leyes. Más que norma de cúspide piramidal según Kelsen, se considera como punto interior por el que fluye todo el derecho objetivo. Los Tribunales Constitucionales de la época actual se instituyen como intérpretes máximos de la Constitución; en sus actuaciones deben considerar elementos metajurídicos que la Constitución no puede definir a partir de su propia estructura, sino que deben consultar la historia, la política y la moral de los pueblos para que la protección de los derechos fundamentales contenidos en la misma Constitución sea realista; sin embargo el Juez Constitucional debe percibir que de su función depende que los ciudadanos sean beneficiarios efectivos de aquellos derechos. La Constitución no crea el Estado de Derecho, sino que más bien éste es una resultante de su existencia; los derechos fundamentales que consagra y su cumplimiento, son beneficios según el grado de desarrollo social y político de una sociedad determinada, aquí es donde los tribunales constitucionales cobran su dimensión real; o sea un proceso histórico de constitucionalización en el que los procesos democráticos y participativos son decisivos y en el que los actores legislativos, ejecutivos y judiciales, deben actuar en consecuencia, o sea convertir el Estado de Derecho en una categoría jurídica capaz de proteger al ciudadano del poder público.

En el caso de El Salvador, aunque no se define que la Sala de lo Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, este carácter se desprende del contexto de las disposiciones, estableciéndose que la Sala tiene la misión de conocer y resolver en materia de amparos, "habeas corpus" e inconstitucionalidades. Estas funciones son las que constituyen el plexo esencial que le permitirá constituirse en factor de equilibrio entre el poder y el hombre; es la garantía de que en caso de violación de los derechos, existe la instancia adecuada para la reparación del daño.

En ese sentido la Sala de lo Constitucional, cumple esta misión:

1) Resuelve conflictos entre el Organo Legislativo y el Organo Ejecutivo, determinando si la norma producida pasa la prueba de Constitucionalidad, esta es una forma de conocimiento previo de que el proceso de formación de la ley es garantía de una producción legislativa (normativa) en el marco de la Constitución.

2) Aunque no existe la iniciativa popular en la formación de la ley, la Constitución reconoce al ciudadano el derecho de pedir la inconstitucionalidad de una norma, o sea lograr la anulación de la norma que no pasa la prueba de constitucionalidad; la Sala, ha interpretado que lo mismo se aplica en los casos de decretos ejecutivos y de ordenanzas municipales que no son leyes en sentido formal. Una regla de éstas que limitaba y prohibía las manifestaciones públicas, se declaró inconstitucional por considerar que las restricciones a los derechos fundamentales está reservada a la ley.

3)La Sala de lo Constitucional también conoce y resuelve sobre las demandas de amparo presentadas por los ciudadanos, cuando éstos se consideran lesionados en sus derechos constitucionales, por acciones u omisiones de las autoridades o de particulares.

Aunque el Art. 247 Cn. no lo dice, la Sala ha sentado jurisprudencia admitiendo amparo en contra de particulares. La construcción de una carretera en el corazón de una finca, clave para la protección el medio ambiente salvadoreño, dio lugar a admitir un amparo para proteger derechos difusos, adelantándose a la jurisprudencia prevaleciente de que el derecho a proteger tiene que ser cierto y determinado (derecho subjetivo); una amplitud de criterio como la expuesta estaría conduciendo a considerar que todo acto de poder público es verificable judicialmente en cuanto a constitucionalidad.

Esto puede ser generador de riesgos para el Tribunal Constitucional pues las intromisiones indebidas de los otros Poderes, que tanto mal han hecho a la democracia y al Estado de Derecho, podrían estarse generando en " vía de regreso" del Poder Judicial a los otros Organos. La Sala de lo Constitucional obligó en 1998, al Presidente de la República, a suspender el acto reclamado que consistía en el despido por parte de éste, de un funcionario con rango ministerial, luego en sentencia definitiva concedió el amparo. El Presidente, sorteó la sentencia de la Sala, simulando otorgar la garantía de audiencia y luego volvió a destituir al funcionario.

4) La Sala de lo Constitucional protege la libertad humana por medio del "habeas corpus". El Art. 11, inc. 2° Cn., dice: " La persona tiene derecho al habeas corpus, cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas". Esta regla ha tenido su mejor respaldo cuando se promulgó en 1998 el nuevo Código Penal y el nuevo Código Procesal Penal, que desarrollaron los principios constitucionales.

El poder económico del país, por medio de sus asesores, acusaron a los Códigos y al sistema oral en el proceso penal, de promover la delincuencia, y a los jueces de estar protegiendo a los delincuentes y abandonando a las víctimas. No obstante la fuerza o poder de los patrocinadores de los ataques, no han podido convencer a la sociedad, ni al poder público de la verdad de sus afirmaciones. Y es que sólo un desmesurado subjetivismo puede seguir sosteniendo que la ley crea la delincuencia, pues todos sabemos que el delito no es un ente jurídico y que la delincuencia se sustenta y produce en una sociedad estructurada injustamente, de bajos niveles culturales, con altos índices de desempleo, de carencia de oportunidades laborales y educativas y en algunos países como el nuestro, donde la extrema pobreza induce a delinquir o incrementa la masa que ejecuta las acciones finales que necesita el crimen organizado.

CAPITULO II

EFECTO DE LAS RESOLUCIONES

INTRODUCCION

De conformidad a la L.Pr.Cn, y tal como se ha establecido arriba, la Sala de lo Constitucional conoce y resuelve tres clases de procesos, orientados a garantizar los derechos fundamentales de los habitantes de la República; estos son el de inconstitucionalidad de las leyes, el de amparo y el de habeas corpus. En su orden se dará a conocer las características de cada uno de ellos, tratando de seguir el guión establecido en la temática de "Efectos de las Resoluciones".

I.- PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD:

Este proceso como los demás que se han mencionado, es de carácter escrito y no se dan audiencias comunes para la comparecencia de las partes, de tal manera que de viva voz pudieran presentar sus alegatos, pruebas y argumentos; el carácter escrito da lugar a la formación de expedientes en los que se consigna lo que los interesados manifiestan según las fases del proceso.

1.- CARACTERISTICAS DEL PROCESO: Tiene el carácter de proceso constitucional y es conocido por la Sala de lo Constitucional. Su objeto es el de recuperar la constitucionalidad perdida o alterada por las decisiones normativas que se producen en sede legislativa así como las normas creadas por los funcionarios administrativos, según las circunstancias.

2.- **MAYORIAS**: En la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ, se establece (Art. 14), que en materia de inconstitucionalidad, la Sala, toma sus resoluciones con un número no menor de cuatro de los cinco miembros que la integran. Una posición de 3 a 2, pone un virtual empate en cualquier sentido y se ha interpretado que en estos casos procede llamar a un tercero para que éste dirima la controversia y si persistiere el empate, se llama a otro miembro para que en definitiva se resuelva. No se ha presentado el caso, sino que se ha tratado en lo posible de llegar por medio del consenso a una solución racional. Los llamados son miembros o magistrados suplentes de la Sala de lo Constitucional.

3.- EECTOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO. La sentencia definitiva que resuelve el recurso de inconstitucionalidad, tiene los siguientes efectos: a) No hay ningún recurso en contra de estas resoluciones, (efecto de cosa juzgada), y será obligatoria de un modo general para todos los Organos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica (efectos erga omnes).

4.- En el caso que no exista la inconstitucionalidad, ningún funcionario judicial puede declarar la desaplicación de dicha ley, amparándose en la facultad que le otorga el Art. 185 Cn.

5.- La sentencia definitiva se publicará en el Diario Oficial, para que tenga los efectos de vigencia, que se exige a toda norma de carácter general y obligatorio.

6.- EFECTOS EN EL TIEMPO: La Sala ha interpretado que si la declaratoria de inconstitucionalidad, tiene efecto
"ex nunc", sólo produce efectos equivalentes a la derogatoria de la ley; en tal caso sus efectos son de ahora en adelante y esto ocurre cuando de aplicarse con efectos hacia el pasado pudieran afectarse derechos adquiridos. Es un criterio semejante o equivalente a los efectos de una ley, que en general no se aplica con efectos retroactivos.

El efecto "ex tunc" o declarativo, surte efectos hacia el pasado y ocurre precisamente cuando no se afectan derechos adquiridos. Esto podría ocurrir en leyes de carácter penal, que al ser declaradas inconstitucionales, pudieran aplicarse retroactivamente, si la declaratoria de inconstitucionalidad favorece a los imputados a quienes la ley inconstitucional les resultaba más gravosa.

7.- SENTENCIAS INTERPRETATIVAS Tal como lo señala Gozaíni, (6) en su libro " La Justicia Constitucional", las sentencias constitucionales se clasifican así:

a) Aquellas en las que el tribunal "puede declarar la inconstitucionalidad de la norma, o bien declarar un plazo determinado al legislador para que provoque la reformas sugeridas" ; en El Salvador, sólo es posible la primera de las modalidades, pues la Sala únicamente decide sobre si es o no inconstitucional; pero no puede hacer recomendaciones y sugerencias a comportamientos propios del legislador; hacerlo podría considerarse como una intromisión en asuntos de otro Organo o Poder. No es que no sea recomendable o aceptable, solamente señalamos que

en nuestro país no es posible, inclusive parece extraño que un Magistrado emita opinión pues se ha mantenido el criterio viejo y en general absurdo, de que no debe opinar sobre asuntos que más adelante puedan llegar a ser conocidos por él, " porque estaría adelantando criterio que podría excluirlo de conocer de ese caso".

6.- Gozaíni: obra citada

b) Las sentencias interpretativas declaran que un texto o normas son inconstitucionales, no porque sean atentatorias a lo dispuesto en el Art. 246 Cn., que dice que los principios derechos y obligaciones establecidos en la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio, o sea que no se ha violado directamente sino que tal norma en su aplicación o por la forma o modo como se aplica, modifica de un modo "reflejo" una norma. Nuestra Sala ha conocido sobre casos de tal naturaleza y se ha manifestado que si la norma en referencia, al ser aplicada se modela o se interpreta en un sentido específico que no altere la constitucionalidad, desaparecería el rasgo de inconstitucionalidad de que se le acusa.

8).- INCONSTITUCIONALIDAD TOTAL O PARCIAL.

La Sala, ha conocido casos en que los recurrentes manifiestan que piden la inconstitucionalidad de toda la ley y en ese caso el pronunciamiento de aquélla (de la Sala) deber ser pronunciándose por la inconstitucionalidad tanto por vicios de forma y/o contenido de la misma; en la mayoría de casos, se les previene a los interesados que manifiesten cuáles son las reglas de una norma general que deben ser declarados inconstitucionales. Es parte de los requisitos establecidos en la ley respectiva de que los interesados manifiesten cuáles son los preceptos y especialmente los motivos en que hacen descansar la inconstitucionalidad alegada. Sobre este particular es conveniente advertir que no se requiere de motivaciones estrictamente jurídicas o académicas; en nuestra opinión podría bastar que el ciudadano considere que en su criterio que posteriormente deberá justificar, la regla viola la Constitución.

9) SOBRESEIMIENTOS Y DENEGATORIAS. Hay casos en que la Sala, al resolver sobre una demanda de inconstitucionalidad, hace terminar el procedimiento de un modo anormal, sin entrar a conocer el fondo o a resolver definitivamente la petición y "sobresee" a favor de la constitucionalidad. Recordemos que en esta materia, toda ley goza de la presunción de constitucionalidad en tanto no se haya demostrado lo

contrario. De tal manera que al no justificarse el pedido de inconstitucionalidad y no pudiendo la Sala resolver el fondo "sobresee".

Y es conveniente que no resuelva el fondo, pues de lo contrario, teniendo los efectos de cosa juzgada y ser de cumplimiento general y obligatorio (erga omnes) los fallos de la Sala, quedaría cerrada la posibilidad de controvertir la norma cuestionada. Si se resuelve que no existe la inconstitucionalidad alegada es porque o no se justificó por parte del peticionario o al formularse la argumentación de la Sala, los Magistrados no encuentran la pretendida inconstitucionalidad.

10.- EFECTOS DE LA PRUDENCIA CONSTITUCIONAL. Dice Capelleti, citado por Gozaíni, (7) en su obra que he citado arriba, que la función del magistrado constitucional, no debe ser intrusiva en actividades políticas, ni de asunción de poderes discrecionales, se trata " de actuar la Constitución en los términos como se presenta orientando y dirigiendo a la sociedad". De otro modo se corre el riesgo de llevar a la justicia constitucional a una acción peligrosa para el mismo Estado de Derecho. Una sabia combinación de prudencia, mesura y valentía, es indispensable para un sano control constitucional.

7.- Gozaíni: Obra citada

II.- PROCESO DE AMPARO

1.- INTRODUCCION

El amparo constitucional, tiene por objeto garantizar que, cuando una persona recibe un agravio o se encuentra en situación de recibirlo, en cuanto a uno o más de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, existe una instancia con capacidad suficiente para protegerlo mediante las debidas reparaciones legales o evitar que llegue a producirse la lesión en tales derechos; en efecto el Estado de Derecho, donde este régimen protector cobra su real eficacia, no evita que se produzcan los comportamientos agresivos, ya sea de las autoridades estatales o de los particulares, pero sí crea y sostiene las instancias adecuadas para que el ciudadano acuda en busca de la protección eficaz.

Si en el recurso de inconstitucionalidad lo que se ataca es el vicio de forma o de fondo que puede tener una norma, en el amparo constitucional, el beneficiario del recurso, es una persona o personas, que específicamente reclaman la posible violación a los derechos fundamentales; no necesariamente debe tratarse de derechos o intereses fundamentales concretos o específicos, como es el caso de lo que establece una corriente dominante en esta materia, la de los derechos subjetivos (interés concreto) para que la

Jurisdicción Constitucional, pueda actuar, y en efecto hay una corriente que proclama la posibilidad de que la Jurisdicción Constitucional entre a conocer de los llamados derechos o intereses difusos, en los que basta con que el daño pueda producirse, aunque los titulares concretos no puedan determinarse por el momento.

Sin embargo, caracterizados expositores como Gimeno Sendra, hacen énfasis, en que a la "Jurisdicción ha correspondido tradicionalmente la tarea de tutelar los derechos subjetivos mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional a través del proceso.- Es el proceso pues la institución por medio de la cual se canaliza dicha trascendental función del Estado" (8). "El recurso de amparo, pues, se convierte en manos del T.C. en un mecanismo de impugnación mediante el cual lograr el restablecimiento o la preservación de los derechos fundamentales de la persona frente a los actos y omisiones de los poderes públicos lesivos de sus contenidos esenciales" (9).

2.- PRINCIPIOS APLICABLES

a) **SUBSIDIARIEDAD.-** "Conforme a dicho principio de subsidiariedad de manera elemental se impone a la persona cuyos derechos fundamentales se hallan en litigio, y que reclama la tutela jurisdiccional de los mismos, la obligación
de instar en primer término, el amparo ordinario ante los juzgados y tribunales del Poder Judicial hasta agotar todas las vías del recurso capaces de proporcionar la satisfacción de sus pretensiones; en segundo lugar, y en su caso (subsidiariamente), el amparo constitucional ante el T.C....." (10).

El Art. 12 L.Pr.Cn. , establece que "la acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos"; la Sala podrá declarar la improcedencia de la acción si no se cumpliere con este requisito.

b) **ESPECIALIDAD:** El Art. 13 L.Pr.Cn. dice que el "juicio de amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales y respecto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal".- Esto significa que un tribunal constitucional solamente podrá admitir, conocer y resolver una demanda de amparo, si se ha

(8) Gimeno Sendra y otro. Los Procesos de Amparo. COLEX, Madrid, 1994.
(9) Ibid.
(10).- Ibid.

producido una violación a un derecho fundamental o constitucional; si el derecho violado corresponde a un ámbito de aplicación del derecho derivado de una rama distinta a la Constitucional; esto se relaciona con el principio de subsidiariedad por el cual, la vía constitucional es excepcional y del mismo modo lo es en cuanto a la materia.

En el juicio de amparo intervienen el actor, o sea la persona agraviada que promueve el juicio; la autoridad contra quien se interpone la demanda y si lo hubiere, puede intervenir el tercero a quien beneficie la ejecución del acto reclamado; el Ministerio Público (Fiscalía) intervendrá en el juicio en defensa de la constitucionalidad.

Como no existe la asistencia letrada y para evitar el fracaso de la acción, se ha previsto que la Sala prevenga al actor que aclare o corrija oportunamente su demanda, de lo contrario se le declarará inadmisible.

MEDIDA CAUTELAR.-

Admitida una demanda se resuelve sobre la procedencia de suspender el acto contra el que se reclama, si éste produce o pudiere producir efectos positivos; y la suspensión provisional e inmediata del acto cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

DE LAS SENTENCIAS Y SUS EFECTOS

En el proceso de amparo se pueden producir diversas clases de resoluciones o sentencias, que tienen efectos importantes en la protección o tutela efectiva de los derechos fundamentales. De estas unas son interlocutorias, otras, interlocutorias con efectos de sentencia definitiva;(sobreseimientos) y las sentencias definitivas.

INADMISIBILIDAD E IMPROCEDENCIA.

El proceso de amparo puede frustrarse "ab initio" o "in límine litis", ya sea por no cumplir el impetrante con requisitos de forma o de fondo. Es inadmisible una demanda cuando no reúne los requisitos formales que el procedimiento exige para la viabilidad de la demanda. Es improcedente cuando el punto a tratar, no es de competencia constitucional o no se han agotado las instancias normales para decidir en sede constitucional, o sea cuando no se cumple con el principio de "subsidiariedad" que se analizó arriba. También cuando no se cumple con el principio de "especialidad" y se quiere llevar a sede constitucional un tema que corresponde a una cuestión de legalidad, o sea derechos reconocidos por las leyes que se deben ventilar en sede constitucional.

SOBRESEIMIENTO.

El proceso de amparo puede terminar en forma anormal, por medio del sobreseimiento y ocurre por: 1) desistimiento del actor, 2) por expresa aceptación del acto reclamado de parte del actor. Este caso es muy discutible, pues la satisfacción o reparación debe ser de tal manera que no quede huella del quebrantamiento. constitucional, 3) por advertir el tribunal de que se admitió indebidamente el recurso ya sea por defectos de forma o por haberse violado los principios de subsidiariedad y especialidad. 4) la falta de prueba también es causal de sobreseimiento. 5) Por haber cesado los efectos del acto y por el fallecimiento del agraviado cuando es algo personal.

SENTENCIA DEFINITIVA.

En esta materia, si es concediendo el amparo tiene efectos "Ex Tunc", es decir, es de efecto restitutorio, en el sentido que se resuelve que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto reclamado y si esto no fuere posible, se condena al resarcimiento de los daños y perjuicios, mediante una acción civil que se confiere al actor (efecto restitutorio jurídico).

Si el amparo es procedente porque la autoridad ha obstaculizado el ejercicio de un derecho, la sentencia contendrá a partir de su fecha, el comportamiento a seguir por la autoridad demandada.

Habrá especial condenación en costas, daños y perjuicios, si la autoridad se limitó a negar la existencia del acto, o hubiese omitido el informe o hubiese falseado los hechos.

Si la sentencia deniega el amparo, se condenará al demandante en las costas, daños y perjuicios; lo mismo al tercero que sucumbiere en sus pretensiones. Se presenta una duda razonable en este caso, que siendo la autoridad demandada, representante del Estado, no debería obtener tales beneficios, pues esto atentaría contra el principio constitucional de la gratuidad de la justicia.

Si la autoridad no cumpliere con la sentencia de amparo se pedirán los auxilios materiales al Poder Ejecutivo para hacerla cumplir coactivamente y mandará a procesar al desobediente, quien quedará suspenso en sus funciones de conformidad al Art. 193/ 3° Cn. y al nuevo Código Procesal Penal (1998). El procesamiento de una persona, se inicia mediante acusación formal hecha por el Fiscal General de la República, por lo que la Corte Suprema de Justicia, no podrá mandar a procesar al desobediente, sino le pedirá al Fiscal, para que lo haga.

PROCESO DE HABEAS CORPUS

El "habeas corpus" es un amparo específico para proteger la libertad humana, y la L.Pr.Cn. determina que siempre que la ley no provea especialmente lo contrario, todos

tienen derecho a disponer de su persona, sin sujeción a otro, disposición que exalta la libertad del hombre como un valor, como un derecho, como un presupuesto de todo Estado de Derecho. Esta ley, sin embargo, habla del derecho de disponer, que el hombre tiene, de su propia persona, y rechaza la sujeción, la opresión, la esclavitud.

La Constitución de El Salvador, establece la protección de la integridad sea física, psíquica o moral de las personas detenidas y en caso se irrespetase, procede el habeas corpus.

El habeas corpus es una acción pública y sumaria enderezada a garantizar la libertad – uno de los más importantes derechos fundamentales, si no el primero y más fundamental de todos – y a resguardar su esfera intangible de los ataques e intromisiones abusivos. Se trata de la principal garantía de la inviolabilidad de la libertad personal. Su relación genética y funcional con el ejercicio y disfrute de la libertad, física y moral, no limita su designio a reaccionar simplemente contra las detenciones o arrestos arbitrarios.

La privación de la libertad, de cualquier naturaleza con tal que incida en su núcleo esencial, proceda ella de un agente público o privado, justifica la invocación de esta especial técnica de protección de los derechos fundamentales, cuyo resultado, de otra parte, es independiente de las consecuencias penales o civiles que contra éstos últimos necesariamente han de sobrevenir si se comprueba que su actuación fue ilegítima o arbitraria.

El derecho a invocar el habeas corpus asegura a la persona la posibilidad de que un juez evalúe la situación jurídica por la cual se encuentra privada de la libertad. El interés protegido en forma mediata es la libertad, pero el interés inmediato es el examen jurídico-procesal de la actuación de la autoridad.

Precisamente porque el control de legalidad de la detención es una garantía especial de la libertad, la decisión que resuelve el habeas corpus no es susceptible de impugnación, ni resulta procedente el ejercicio del recurso frente a los mismos hechos que generaron la interposición de la acción. (11)

11) Ponencia de Colombia: I.- Conferencia Iberoamericana, Portugal y España de Tribunales Constitucionales.

El habeas corpus puede pedirse ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residen en la capital. La resolución de la Cámara que denegare la libertad del favorecido podrá ser objeto de

revisión, a solicitud del interesado, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (Art. 247.2 Constitución).

El proceso de habeas corpus puede incoarse en caso exista una presunta violación ilegal al derecho constitucional de la libertad, la cual puede ser cometida por cualquier autoridad o individuo.

El presupuesto para la procedencia a la pretensión de habeas corpus es que exista en contra del favorecido restricción a su derecho de libertad, la cual puede ser ocasionada por autoridad jurisdiccional, administrativa o un particular.

Los sujetos que pueden dar inicio al proceso de habeas corpus son básicamente cuatro: a) el individuo cuya libertad está siendo ilegalmente restringida; b) cualquier persona; c) la Sala de lo Constitucional o las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, pueden iniciar el proceso de oficio al existir motivo suficiente para suponer que alguien está siendo ilegalmente restringido en su derecho de libertad; y d) el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

La legitimación procesal pasiva es amplia, ya que este proceso puede iniciarse contra cualquier autoridad o individuo responsable o presunto responsable de restringir la libertad de otra persona. Lo anterior implica que el habeas corpus procede contra autoridad administrativa o judicial.

El habeas corpus puede iniciarse de oficio o a petición de parte. En el segundo de los casos, debe existir la posibilidad que el habeas corpus pueda promoverse en distintos puntos geográficos del país y de forma oral o escrita; las formas de petición escrita son: a) por medio de escrito; b) carta; y c) telegrama.

Una vez presentada la solicitud o emitido de oficio el auto de exhibición de la persona, el Tribunal designará a persona o autoridad de su confianza como Juez Ejecutor precisamente para que ejecute el cumplimiento del auto de exhibición. Este auto constituye la resolución de la petición.

Estos actos son realizados por el Juez Ejecutor y su secretario. Consisten en la intimación de la autoridad denunciada y la resolución proveída por el Juez Ejecutor, en la cual deberá pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la restricción al derecho fundamental de la libertad.

El acto procesal de terminación por excelencia es la sentencia, que es en la cual el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la legalidad o ilegalidad de la restricción al

derecho fundamental de la libertad del favorecido, resolución con la cual puede confirmar o no el informe del Juez Ejecutor.

EFECTOS DE LA SENTENCIA.

La sentencia pronunciada en el proceso de habeas corpus produce efectos de cosa juzgada, erga omnes, en cuanto a la valoración constitucional de la restricción o vejación alegada por el favorecido. Sin embargo no declara, reconoce, o constituye derechos privados subjetivos en favor de particulares o del Estado.

Dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, no existen, aparte de los mencionados, otros mecanismos específicos de tutela de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional Salvadoreño- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia- es competente para conocer del proceso de inconstitucionalidad de normas, control que puede ser previo o posteriori. El primero de dichos controles constituye el mecanismo para solventar los conflictos entre los Organos Ejecutivos y Legislativos, conflictos que se suscitan dentro del proceso de formación de la ley. El supuesto concurre cuando en el proceso de formación de la ley el Presidente de la República devuelve un proyecto de ley a la Asamblea Legislativa, por considerarlo inconstitucional, el cual al ser recibido por la Asamblea Legislativa, es ratificado por este último Organo del Estado, con el voto de los dos tercios de los diputados electos, por lo cual le es remitido nuevamente al Presidente de la República. En el supuesto antes relacionado el Presidente de la República deberá dirigirse a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dentro de tercero día, para que ésta, oyendo las razones de el Organo Legislativo y Ejecutivo, decida si es constitucional o no, a más tardar dentro de quince días. Si la Sala decide que el proyecto es constitucional, el Presidente de la República estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley. (12)

12) Ponencia de El Salvador.- Conferencia y obra citada.

CAPITULO III

JURISPRUDENCIA

Introducción

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador, cuyos magistrados fueron elegidos, cuatro en 1994 y uno en 1997, ha adquirido el compromiso nacional de resolver los casos de justicia constitucional, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales y garantizar la libertad y la paz social. En ese contexto es que las sentencias por medio de las cuales se resuelven los distintos casos, llevan intrínseco en cada uno de sus fallos, este propósito y objetivo antes señalado.

En este capítulo, presentamos a consideración de la III Conferencia de Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, Portugal y España, algunos casos típicos y relevantes de la jurisprudencia constitucional salvadoreña, los cuales por supuesto son materia de discusión, algo que el Derecho siempre ha permitido, y esta ocasión no es la excepción. Los casos que se les presentarán han sido extraídos de la gama de resoluciones dictadas por la actual Sala de lo Constitucional desde 1994 hasta el presente, y pretende tener una visión específica de lo tratado en este magno congreso.

Las sentencias han sido escogidas de los tres tipos de procesos constitucionales de los cuales conoce la Sala, Inconstitucionalidades, Amparos, y Habeas Corpus. Estas sentencias poseen relevancia en el ámbito nacional, y tocan aspectos que van desde pronunciamientos respecto a limitaciones al derecho de libertad de tránsito hasta la repercusión o efectos de dichos fallos en los procesos de modernización que se están llevando a cabo en nuestro país, debido a programas de ajuste estructural y de privatización. No dejamos de lado, por supuesto, algún pronunciamiento sobre el conflicto entre medio ambiente y derechos adquiridos. En este sentido, se ha hecho una síntesis de alrededor de 16 resoluciones, entre las que cabe mencionar 11 sentencias definitivas en los tres tipos de procesos, 3 Sobreseimientos de Amparo, y 2 Improcedencias en los procesos de habeas corpus.

Caso 1

Inconstitucionalidad 15-96 ac.

Sentencia Definitiva

En el marco del auge delincuencial y de la post guerra aunado a la crisis económica, la Asamblea Legislativa emitió el decreto legislativo 668/96, mejor conocido como Ley de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, conteniendo disposiciones controversiales desde el momento en que eran discutidas, siendo que al entrar éstas en vigencia, numerosas personas, entre ellas la entonces Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, interpusieron un proceso de inconstitucionalidad contra la misma, dictándose sentencia en la Honorable Sala de lo Constitucional en el proceso acumulado 15-96 el día catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete.

Sobre el Derecho de audiencia, la Sala de lo Constitucional estimó que el trámite consagrado en la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado contradecía la oportunidad de ejercerlo en todas sus manifestaciones.

En cuanto a la **Libertad de expresión,** la sentencia adopta la doctrina de James Deakin, el cual opinaba que "si no se dieran a conocer las malas noticias, ¿desaparecerían sus consecuencias?. Por desgracia no." Por eso se consideraron fundadas las quejas de los periodistas para quienes todas las noticias deben darse a conocer, pues las noticias tienen consecuencias que no desaparecerán, y éstas deben hacerse públicas. En ese sentido, respecto de la **Libertad de información** se dijo en aquella oportunidad, refiriéndonos al ámbito de los procesos penales, que el legislador está autorizado a señalar límites a la libertad de información, ya que existen ocasiones en que, también para la protección de bienes de relevancia jurídica, es saludable su exclusión del conocimiento público.

Respecto a la aplicación de los Tratados internacionales, se estimó que el D.L 668 claramente en muchos de sus puntos reñía con la supremacía constitucional de los tratados internacionales sobre la ley secundaria, como lo referente a la Constitución de un régimen especial para los menores de edad, y el derecho de defensa.

Sobre la **pena perpetua**, la Sala de lo Constitucional en esa oportunidad manifestó que puede conceptualizarse como una sanción penal por la que se condena a un delincuente a sufrir la privación de su libertad personal durante el resto de su vida; es decir, se trata de una sanción de por vida; por lo que de la llamada Ley de Emergencia se declararon inconstitucionales en su contenido, de un modo general y obligatorio, los incisos segundo y cuarto del Art. 2 , pues al autorizar penas excedentes de treinta años y no estipular un límite máximo temporal para la pena privativa de libertad, se transgredía el artículo 27 de la Constitución.

Asimismo, se declaró inconstitucional, en su contenido, de un modo general y obligatorio, el Art. 4 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, ya que establecía un tipo penal abierto, con transgresión de los principios de libertad y legalidad, consagrados en los artículos 2, 8 y 15 de la Constitución.

Se declaró inconstitucional asimismo, en su contenido, de un modo general y obligatorio, el Art. 6 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, pues al autorizar penas excedentes de treinta años y no estipular un límite máximo temporal para la pena privativa de libertad, transgrede el Art. 27 de la Constitución.

Además, se estimó inconstitucional, en su contenido, de un modo general y obligatorio, el Art. 12 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, en la parte que autoriza a la Policía Nacional Civil a solicitar directamente órdenes de allanamiento y registro, por transgredir el Art. 193 Ord. 3° que le confiere al Fiscal General de la República la dirección de la investigación del delito, así como se determinó la inconstitucionalidad en su contenido , del Art. 22 de la normativa en cuestión, por establecer el mismo tratamiento penal para menores y mayores de edad, lo que infringe los artículos 3 y 35 de la Constitución.

Caso 2

Habeas Corpus 9-V-94

Sentencia definitiva

En el marco de la primera etapa inmediata de los acuerdos de paz, se acusó al entonces miembro del FMLN y ex comandante Joaquín Villalobos Huezo, por el delito de difamación, en perjuicio del empresario Orlando de Sola, a quien en sus declaraciones a los medios de comunicación había vinculado con presuntos "escuadrones de la muerte", dictando sentencia el máximo tribunal de justicia el diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

El Juez de la causa había aplicado el procedimiento especial para la instrucción del proceso penal, estimando que el supuesto delito, en cuanto a su modo de ejecución, se adecuaba a los supuestos del Art. 439 Pr. Pn. pero, constaba objetivamente en el expediente del proceso penal, la imputación hecha por el favorecido Villalobos Huezo consistía en haber vertido declaraciones públicas con ocasión de pronunciar la oración fúnebre en las exequias de Hernán Heleno Castro, el día treinta y uno de octubre del año

1993. Villalobos Huezo no hizo sus declaraciones por escrito ni por medio de transmisiones de radio o televisión directamente bajo su responsabilidad, considerándose que aunque dichos medios de comunicación recogieron sus declaraciones, esto era diferente a lo exigido por el tipo, pues el delito que se le imputaba a Villalobos Huezo no era cometido con abuso de la libertad de expresión sino Difamación Simple, por lo que se determinó que el procedimiento empleado (439 Pr. Pn. y siguientes) no era el que correspondía a la pretensión planteada en la acusación, estando todo el proceso viciado en el caso, siendo indiscutible que si se juzga por una vía procesal distinta y en la misma se decreta la detención, y que se le violaba la garantía constitucional de audiencia establecida en el Art. 11 Cn, y además, la detención provisional debe ser considerada la excepción y no la regla general, no estimándose que esto lo haya sopesado el juez de la causa en este proceso, por lo que se decidió estimar la pretensión del imputado.

Caso 3

Inconstitucionalidad 4-94.

Sentencia Definitiva

En el contexto de la gestión edilicia del alcalde Mario Valiente, el Concejo Municipal de la Ciudad de San Salvador emitió la ORDENANZA REGULADORA DE MARCHAS Y MANIFESTACIONES CELEBRADAS EN CALLES, AVENIDAS Y ACERAS DE LA CIUDAD DE SAN SALVADOR, con el objeto – decía - de mejorar el tráfico tanto vehicular como peatonal durante los días laborales. El Alcalde Valiente salió a través de los diferentes medios de comunicación defendiendo dicha normativa, que fue objeto de críticas desde el momento relativamente sorpresivo en que fue emitida. Así las cosas, se interpuso ante la Sala de lo Constitucional proceso de Inconstitucionalidad contra dicha normativa.

Los impetrantes manifestaron que los derechos violentados por la ordenanza eran el Derecho de Asociación y el Derecho de Reunión; debido a que se prohibían las manifestaciones públicas en días laborales y sólo se permitían los fines de semana y después de determinadas horas. Se hizo consideraciones sobre la Doctrina de la Libertad Humana, que nos dice que "El hombre es por naturaleza un animal social, que debe regirse bajo un esquema de libertad, no se pueden establecer regulaciones que vayan en contra de su naturaleza",

Sobre el **Derecho de libre asociación** que los impetrantes argumentaban había sido violentado, se dijo que éste deriva de la necesidad social de solidaridad y asistencia mutua, pero se hizo énfasis en que, a diferencia de la libertad de asociación, la libertad de reunión

es eminentemente de corta duración y regularla, en un Estado democrático de derecho, es potestad única y exclusiva de los legisladores (con lo que se descartaba la posibilidad de ser modificada por una ordenanza municipal, o un decreto ejecutivo).- Concebir de otro modo el ejercicio práctico de las libertades democráticas - se dijo -es un equívoco, ya que se deja de lado la aplicación de las reglas jurídicas vigentes en el país en materia de derechos humanos, y se contradice la esencia y los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Y es que el ejercicio de las libertades públicas en ningún caso puede quedar sujeto a "permisos o autorizaciones previas" de la autoridad administrativa, salvo en los casos excepcionales como los estados de sitio o estados de excepción, como lo pretendía la citada ordenanza, por lo que en este caso la Sala determinó que dicha normativa era inconstitucional en todas sus partes, a diferencia de otros casos en que sólo son ciertos artículos los inconstitucionales.

Caso 4

Habeas Corpus 505-98

Sentencia definitiva

Es sabido que en nuestro país, pese a estar constitucionalmente prohibida la cárcel por deudas, aún pulula la nefasta costumbre de disfrazar obligaciones de naturaleza civil o mercantil, como delitos penales; el tipo preferido para estas aberraciones es la estafa.

Del proceso de habeas corpus del señor Rosemberg y otros, en la sentencia definitiva del seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, nos encontramos ante uno de estos casos, en que el apoderado de una institución bancaria acusa penalmente a unas personas por presunta "estafa" en contra de su representada, por lo que la Sala de lo Constitucional consideró que para la configuración del tipo delictivo de ESTAFA es necesario que exista un provecho injusto de una persona en perjuicio de otra, mediante un engaño o ardid que intente sorprender la buena fe del perjudicado. En este caso no había existido engaño por parte de ninguno de los imputados hacia la institución financiera, ya que el contrato de mutuo – base de la acusación - había sido garantizado plenamente, lo cual desvirtuaba cualquier intención de mala fe por parte de aquéllos. Inclusive, tal es la naturaleza del contrato, que existía un proceso mercantil producido por el incumplimiento de la obligación de cancelar las obligaciones económicas adquiridas por las sociedades que son representadas por los imputados, y aceptar la existencia de acción delictiva por parte del favorecido en el presente caso, faltando como ya se mencionó los elementos del tipo del delito, habría vulnerado el principio constitucional que prohibe la prisión por deudas, según el Art. 27 inc. 2° de la Constitución, así como también, el Art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que "Nadie será encarcelado por el solo hecho

de no cumplir una obligación contractual", el Art. 25 inc. 2° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que reza "Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter civil" y el Art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece "Nadie será detenido por deudas", por lo que se estimó la pretensión del habeas corpus.

Caso 5

Amparo 4-N-93

Sobreseimiento

Tradicionalmente se ha concebido al amparo como un mecanismo procesal diseñado para repeler abusos de autoridades estatales contra los derechos constitucionales de los gobernados. En doctrina existe la figura del "**amparo contra ley**", del cual encontramos un ejemplo en el proceso 4-N-93 cuya sentencia fue dictada el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, contra providencias del Juez Quinto de lo Mercantil pronunciadas en el juicio ejecutivo que en dicho tribunal ventilaba una institución financiera reclamándole a una persona particular el pago de créditos, intereses y costas, y que los hechos que motivaban su petición de amparo eran que el juez de la causa había ordenado el embargo y subsecuente venta en pública subasta de tres inmuebles entre ellos el de su propiedad; sin que dicha diligencia se le hubiese notificado y emplazado conforme lo indica la ley; con lo que se lesionaba su derecho de propiedad y la garantía de audiencia.

La Sala advirtió que dicho embargo se había realizado en base al Art. 116 de la Ley de Bancos e Instituciones Financieras, que prescribe que la tramitación de juicios ejecutivos por parte de las instituciones bancarias y financieras está sujeta a dos reglas especiales: " 1) No se admite apelación del decreto de embargo, sentencia de remate, ni demás providencias alzables dictadas en el juicio; y 2) No se admitirá tercería alguna, si no es fundada en título de dominio inscrito con anterioridad a la hipoteca de la sociedad ejecutante. Se trataba entonces de la figura conocida como amparo contra ley, la cual es concebida como un instrumento procesal a través del cual se atacan todas aquellas disposiciones legales - entendida esta expresión en su acción material - emanadas tanto del Organo Legislativo, como del Ejecutivo que contradicen los preceptos contenidos en la Constitución. Pero en este caso se estimó que los efectos concretos de estas disposiciones no habían afectado al particular en su esfera de derechos constitucionales, finalmente, no se consideró que había lugar al amparo, debido a que el impetrante no había interpuesto los recursos en el tiempo y forma debidas, y además no se consideró tampoco - en aquella oportunidad- que los plazos y formas previstos por la Ley de Bancos e Instituciones Financieras fueran una inadecuada técnica legislativa. Pero las consideraciones sobre los efectos y la posibilidad de incoar un

amparo contra ley son contribuciones decisivas para otros casos, citándose en esta oportunidad, porque la disposición que se estimaba causaba agravio en este caso, ha sido muy debatida a nivel judicial, por la prohibición expresa de apelar que contiene la ley en comento.

Caso 6

Amparo 190-97

Sentencia definitiva

Como parte del proceso de modernización del Estado, el gobierno anterior continuó la política de minimización del aparato estatal mediante la privatización, para lo cual fue necesario crear las llamadas Superintendencias. En este marco, el señor Orlando De Sola Wright promovió amparo constitucional por su destitución del puesto de Superintendente de Electricidad y Comunicaciones, por parte del Presidente de la República, quien lo había cesado de su cargo días antes, debido a discrepancias del destituido con la posición del Presidente referente al proceso de privatización, específicamente en lo que correspondía a la venta del Canal Ocho de Televisión.

Al respecto, se consideró que el régimen de incompatibilidades de la ley en comento no busca privar al Superintendente de sus opiniones políticas, sino que su actuación se ciña por el respeto a los fines en el funcionamiento de la institución que preside, considerándose además que la calificación de funcionario público del Superintendente de Electricidad y Telecomunicaciones no significa equiparación con ministros o viceministros de Estado, que es lo que había planteado el Presidente de la República; y es que analizadas las propias características del cargo y de la entidad a la que pertenece, emanadas de la Ley de creación de la SIGET, específicamente de la calificación de ésta como institución autónoma de derecho público y sin fines de lucro, con autonomía administrativa y financiera -Art. 1-, pero sobre todo de la consagración legal expresa de la independencia funcional de la SIGET- actuación independiente de los otros órganos estatales, Art. 3-, se determinó que es manifiesta la voluntad legislativa de racionalización del poder administrativo a través de una entidad esencialmente técnica, y que no responda a vaivenes políticos.

Es en tal contexto que debe entenderse la protección del servidor público –sobre todo, aunque no exclusivamente, frente a despidos a voluntad.

En aquella oportunidad, la Sala de lo Constitucional consideró conveniente aclarar que la letra (g) del Art. 12 de la Ley de Creación de la SIGET no puede entenderse como otorgamiento de eficacia a la mera voluntariedad del Presidente de la República, pues

aunque concebida en términos sumamente amplios, la cesación del Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones por destitución constituye una potestad reglada a cargo del Presidente de la República, y no discrecional. Y es que sólo la Constitución puede establecer las excepciones a la garantía de audiencia como sería para los funcionarios que desempeñan cargos de confianza política, entiéndase -entre otros- Ministros, Viceministros, Jefe de Seguridad Pública, Jefe de Inteligencia del Estado, como expresamente aparece dispuesto en el Art. 162 Cn. Para éstos, como para otros funcionarios caracterizados por la confianza política, su remoción está supeditada únicamente a la decisión unilateral del Presidente de la República, por atender a criterios eminentemente político-partidaristas, a lo cual están sabedores desde la fecha de inicio de sus gestiones, criterio que dista mucho de tener aplicación en el caso del Superintendente General de Electricidad y Comunicaciones. En este caso se concluyó que el efecto restitutorio se traducía, necesariamente, en el reinstalo en el cargo.

No obstante, el magistrado Mario Antonio Solano Ramírez, votó en contra y manifestó entre otras cosas que en dicho caso, lo que se perfilaba era una relación jurídico-administrativa resultante de un acto por el cual el Presidente de la República, separa en base al Art.12 de la Ley de Creación de la SUPERINTENDENCIA GENERAL DE ELECTRICIDAD y COMUNICACIONES a un funcionario del Estado, que él mismo había nombrado, aplicando una atribución que le confiere el Art. 169 Cn., y que conforme al Art. 86 Cn. es una aplicación parcial del ejercicio del Poder en su propia esfera de competencia, que lo ejerce independientemente, dentro de sus respectivas atribuciones, y en las que la Sala de lo Constitucional no podía y no debería haber interferido. Manifestó asimismo su preocupación por la falta de la consideración sobre el principio de definitividad, pues tal elemento no apareció en la resolución de la Sala, es decir, si la demanda del impetrante no cabe en la jurisdicción contencioso administrativo y que ahí debió conocerse este reclamo en contra del Presidente de la República. Consideró además que si el Tribunal Constitucional se transforma en una instancia administrativa, éste anula las jurisdicciones que tienen esa competencia, y cometería un error contrario al principio de reparto del poder, desbordando las funciones que la Constitución le asigna, "Estaríanse convirtiendo las instancias jurídicas, en instancias políticas". Al respecto, Carl Schmitt, expone que tal cosa es "una expresión, sin inhibiciones, de la justicia, que no transforma al Estado en jurisdicción, sino los tribunales en instancias políticas". (Carl Schmitt, Teoría de la Constitución).

Citó para reforzar su postura, doctrina de Pérez Luño, Gimeno Sendra y Agustín Gordillo

Caso 7

Habeas Corpus 5-98.

Sentencia Definitiva

Las prácticas antidemocráticas e irrespetuosas de la ley cometidas por los antiguos cuerpos de seguridad, en cuanto a someter a los imputados a tratos crueles y degradantes contrarios a la dignidad humana, aún no han sido erradicadas en su totalidad, pese a la notable reestructuración de la seguridad pública en nuestro país, y casos como el siguiente dan el campanazo de alerta al Organo Judicial para que no desestime su función ante abusos de los Organos Auxiliares de la administración de justicia. En el proceso constitucional de habeas corpus de sentencia definitiva del dos de abril de mil novecientos noventa y ocho a favor de dos jóvenes señoritas, contra providencias del Juez Octavo de lo Penal de San Salvador, por el proceso penal que a ellas se les instruía por el delito de posesión y tenencia de drogas, tenemos un claro ejemplo de lo antes anotado.

Sucedió que agentes de la Policía Nacional Civil allanaron con la debida orden judicial la casa de las imputadas, y una vez en la vivienda ordenaron el registro de la misma, así como en la humanidad de las señoritas investigadas. Pero en el examen del proceso penal, la Sala de lo Constitucional advirtió hechos que se constituían en graves violaciones a los derechos de las indiciadas, tales como la provocación de confesión, lo cual generaba una abierta e injustificable violación a la presunción de inocencia, a los derechos al juicio previo y debido proceso legal, al derecho de libertad, derecho de audiencia, derecho de defensa y principalmente el Art. 12 incisos 2° y 3° Cn., entre los cuales se garantiza a la persona detenida el derecho de no ser obligada a declarar, con lo cual también se regula que las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de una persona carecen de valor; por otra parte se declaró violación a la dignidad de las referidas personas, por habérseles practicado un registro policial en que una mujer policía las hizo desnudarse pero a la vista de policías del sexo masculino.
Por todo esto se decretó la libertad de las favorecidas.

Caso 8

Habeas Corpus 156-97

Sentencia Definitiva

Tradicionalmente, se ha entendido el proceso de habeas corpus como un proceso incoado contra autoridades estatales, viniendo a la mente la clásica imagen del encarcelado o detenido entre cuatro paredes, no representándose la posible restricción en la que se nos limite nuestra libertad de tránsito.

En el habeas corpus número 156-97. de sentencia del día veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y siete. un ciudadano solicitó exhibición personal a su favor y de sus hijas. debido a que estaban siendo particularmente restringidas de su libertad de tener acceso a su vivienda. por un grupo de personas armadas miembros de una empresa particular de seguridad. atravesando con una cadena la entrada a la colonia o residencial donde habitaban. siendo ésta la única vía de acceso que tenían a su vivienda.

Como se mencionó anteriormente, aunque normalmente la exhibición personal se solicita por actos de autoridad administrativos o judiciales. este caso se dio por actos de particulares. lo cual es aceptado por la doctrina, la legislación extranjera y nuestra propia Ley de Procedimientos Constitucionales.

La Sala. pues. consideró que el individuo posee la facultad de desplazarse en el espacio geográfico del país. salvo que un funcionario judicial le haya restringido esa libertad. de conformidad a la ley. o incluso un particular puede hacerlo si se tratare de un delincuente infraganti, como lo permite la Constitución para entregarlo inmediatamente a las autoridades. Si a una persona se le ponen limitaciones sin base legal. para su libre circulación, es una forma de restringirle su libertad; con mayor fundamento, si esos obstáculos lo son para el lugar que eligió como su residencia.

Y es que según la Constitución, toda persona tiene derecho a disponer de su persona sin sujeción a otro. Por todas éstas razones se resolvió que ha lugar al habeas corpus ordenándose el cese de tales restricciones.

Caso 9

Amparo 317-97 ac 318-97 ac 410-97 ac 412-97.

Sentencia definitiva

El amparo ha sido visto tradicionalmente como un mecanismo procesal extraordinario que nos protege contra violaciones a nuestros derechos que puedan cometer las autoridades, no obstante, se dan las figuras del amparo contra particulares y el amparo contra leyes, de ésta última es que se trata el siguiente proceso, y en el marco del escándalo financiero más grande de nuestra historia (FINSEPRO – INSEPRO) es que en la sentencia de fecha veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho, en el proceso 317-97 ac., promovido por las Sociedades "Piedras de Agua S.A. " y "Ornamentales S.A. de C.V.", cuyos accionistas estaban presuntamente vinculados en el escándalo, y a quienes por aplicación del decreto legislativo número 46 se les congelaban sus cuentas bancarias y embargaban bienes. por esto, los afectados promueven acción contra el Juez Segundo de lo Mercantil de San Salvador.

Se trataba de un amparo contra ley, porque éste se configura como un instrumento procesal de alto nivel a través del cual se "atacan" frontalmente todas aquellas disposiciones

legales -entiéndase en su sentido material- cuando contradigan preceptos contenidos en la Constitución y vulneren derechos reconocidos en la misma.

En esa oportunidad, se notó que el mencionado decreto imponía trámites tan engorrosos u obstaculizadores del derecho de audiencia, que no se estaba dando una real oportunidad de defensa, en tanto que resulta igualmente violatorio a dichos derechos constitucionales negar la oportunidad de defensa, como restringirla de modo irrazonable; y si bien la Asamblea Legislativa había dado a dicha ley el carácter de "ley de orden público" debe de entenderse que por el solo carácter de orden público de una ley, manifestado o no en ella, no debe aplicarse retroactivamente, pues implicaría un exceso a la permisión constitucional, y crearía mayor inseguridad jurídica en perjuicio del orden público que se invoca, por lo que la Sala de lo Constitucional determinó que se había partido de una presunción legal de culpabilidad -en lugar de la presunción constitucional de inocencia- aplicada a personas que no son parte dentro del procedimiento señalado, -.

Se determinó, según palabras de la Sala, que dicho decreto 46 "chocaba frontalmente con la Constitución", haciendo notar que la aplicación del mencionado decreto iba totalmente en contra de la certeza jurídica, en el sentido de que según nuestra legislación, en concreto nuestro Código de Comercio, los accionistas de las sociedades anónimas sólo responden hasta el monto del valor de sus acciones.

En este caso, se estimó que habían existido actos violatorios de las normas constitucionales al privar a los demandantes de los amparos acumulados de varios derechos constitucionales; aunque tales actos fueron realizados en cumplimiento de una disposición legal, pero se acotó que los efectos estimativos de la sentencia, amparando a los recurrentes, sólo surtían efectos hacia ellos, subsistiendo la norma impugnada.

Caso 10

Amparo 150-97

Sentencia definitiva

Tradicionalmente se ha seguido en nuestros tribunales, una práctica poco acorde con el espíritu de la Constitución, en el sentido que cuando se había declarado rebelde al demandado, no se le notificaría más ninguna providencia, aunque ésta le afectase; pero en la sentencia del trece de octubre de mil novecientos noventa y ocho, en que una persona natural incoaba amparo contra providencias del Juez Quinto de lo Mercantil de la ciudad de San Salvador, este criterio sería modificado sustancialmente.

El impetrante manifestaba que se le habían violado sus derechos constitucionales de audiencia y acceso a la segunda instancia, consagrados en el artículo 11 de la Constitución. La posible infracción constitucional a examinarse en este proceso estaba referida a las

supuestas faltas de notificación de la declaratoria de rebeldía y de la sentencia definitiva en el proceso ejecutivo mercantil promovido contra el demandante.

Sobre los actos procesales de comunicación, inclusive el emplazamiento, se dijo en aquella oportunidad que son manifestaciones del derecho de audiencia: en cuanto posibilitan la intervención de las partes en los procesos jurisdiccionales y ejercer sus derechos constitucionalmente reconocidos. La Sala sentó importante jurisprudencia en cuanto a la notificación al rebelde, respecto de lo que consideró que desde un punto de vista procesal y constitucional, el demandado en un proceso, tiene derecho a que se le haga saber tres etapas específicas: (a) El planteamiento de una demanda en su contra, lo cual se logra mediante el emplazamiento; (b) la declaratoria de rebeldía, pues ésta no es consecuencia automática de la falta de contestación de la demanda sino que precisamente deber ser declarada y por lo mismo, si no se notifica, el demandado no puede suponer que se encuentra en rebeldía; y (c) la sentencia definitiva, pues la misma puede alterar la situación jurídica del demandado.

Se sostuvo el criterio que si el artículo 532 del Código de Procedimientos Civiles se entiende que excluye la posibilidad de notificar al demandado declarado rebelde, todo tipo de resoluciones, -incluso aquéllas que modifiquen la situación jurídica del demandado, implique un acto privativo de derechos o posibiliten el ejercicio de otros derechos constitucionalmente reconocidos- la concreción del mismo puede ser contraria al contenido esencial del derecho de audiencia.

Por todo lo expuesto, se declaró ha lugar al amparo.

Caso 11

Amparo 104-98/ 105-98/ 106-98

Sobreseimiento

En un país, y por que no decirlo, en un mundo donde el aspecto ecológico es una preocupación que cada vez más trasciende al universo de lo jurídico, no podían escapar sentencias controversiales que a simple vista podría pensarse son un retroceso en el proceso de asimilación de las cuestiones ambientales al mundo del derecho, pero que nos hace recordar que, por buenas que sean las intenciones y loables los propósitos de salvaguarda de nuestro entorno natural, no podemos pasar por alto otros derechos ni las formas procesales garantes de toda la estructura jurídica que, a fin de cuentas, protege todos los derechos e intereses tanto de individuos como de colectividades.

La conocida popularmente como sentencia de la ampliación de la calle Chiltiupán, del día dos de diciembre de mil novecientos noventa y ocho 104-98/ 105-98/ 106-98 donde

un grupo de ciudadanos representantes de una organización ecologista demandaron a la Directora Ejecutiva de la Oficina de Planificación del Area Metropolitana de San Salvador y al Jefe del Servicio Forestal y Fauna del Ministerio de Obras Públicas, por permitir la construcción de la ampliación de la calle antes citada pasando a través de la finca "El Espino", de la ciudad de Santa Tecla. Al haberse admitido este proceso, la Sala de lo Constitucional sentó un importante precedente respecto a la admisión de demandas incoando protección a los intereses difusos, citando legislación extranjera como la Constitución de la Provincia Tierra de Fuego, Argentina. No obstante, la Sala advirtió en el transcurso del proceso una circunstancia que incidió en la configuración de la pretensión discutida en el mismo, cual fue la comprobación de que el fundamento de los reclamos deducidos en las demandas, estaban configurados por una simple inconformidad con el contenido de las resoluciones administrativas base de la ejecución del proyecto carretera Chiltiupán - así referido en esta decisión -, dado que el basamento de la pretensión se reducía a la simple inconformidad con el estudio ambiental realizado por las autoridades demandadas y con los actos emitidos en virtud de la habilitación que hicieran dichos informes. Por tanto, las pretensiones planteadas no eran capaces de lograr una sentencia "definitiva". Además, como contrapeso a los intereses difusos, se hizo notar que dicha protección colectiva se pretendía hacer en una propiedad privada, como es la finca mencionada.

Entonces, se determinó que no se estaría protegiendo un interés difuso sino un mero interés simple por la falta de fundamentación y por recaer las actuaciones en una propiedad privada- significaba que, por lo que por economía procesal y por el principio de pronta y cumplida justicia, se sobreseyó a la parte demandada.

Caso 12

Amparo 4-97

Sentencia definitiva

Como continuación del llamado proceso de modernización del Estado, y siguiendo la política del gobierno de turno en cuanto al empequeñecimiento del aparato estatal, el Organo Legislativo emitió la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, conocida popularmente como Ley S.A.P, mediante la cual se ponía fin al monopolio estatal respecto a la seguridad social de la ciudadanía, asignando a compañías privadas, las AFP's, dicha tarea. Desde su proposición, la ley causó mucha controversia, entre los que defendían el nuevo sistema – argumentando eficiencia y practicidad – hasta los que se declaraban sus enemigos acérrimos – que decían que era mercantilizar la Seguridad Social en un sistema incierto y sujeto a los vaivenes del mercado. Es así como el proceso de inconstitucionalidad

del Decreto Legislativo N° 927/96, de veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que contenía la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, tuvo su respuesta en la sentencia definitiva del día veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho. Los impetrantes manifestaban entre otras cosas, que el referido decreto inobservaba los principios que fundamentan las normas constitucionales que estatuyen la Seguridad Social.

Pero la Sala de lo Constitucional consideró que a las instituciones de Seguridad Social le son plenamente aplicables los caracteres del servicio público, siendo que el Estado perfectamente puede encargar la prestación del servicio público de seguridad social a entes públicos o privados; y el que hasta la actualidad haya sido prestado por los primeros, no significa que no pueda conferírsele a entes privados, en cuyo caso el Estado se reserva la potestad de controlar y regular las tarifas de tal servicio público, advirtiendo en este punto que el sistema que prescribe la ley impugnada, debe estar sujeto a la fiscalización, vigilancia y control de un ente público -la Superintendencia de Pensiones-. Además, sobre las cotizaciones y afiliaciones a la seguridad social desde la perspectiva de los sujetos protegidos, se estimó que ésta constituye tanto un derecho como una obligación de los ciudadanos.

Finalmente, se desestimó en todos sus puntos la pretensión de inconstitucionalidad de los impetrantes.

Caso 13

Inconstitucionalidad 17-95

Sentencia definitiva

Siempre en el marco de la modernización – a nivel local – y de la globalización – a nivel mundial – la Asamblea Legislativa emitió la polémica "Ley Temporal de Compensación Económica por Servicios Prestados en el Sector Público", mejor conocida como el decreto 471/95, mediante la cual se suprimieron las plazas de miles de servidores públicos, por lo que las reacciones en la sociedad no se hicieron esperar, manifestaciones de protesta, a veces violentas, así como amplios debates a nivel parlamentario fueron el fruto de la controversia, y por que no decirlo, también el proceso de inconstitucionalidad 17-95 cuya sentencia definitiva fue dictada por el máximo tribunal de justicia de fecha catorce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

En términos generales, la Sala de lo Constitucional afirmó que el derecho al trabajo no es sino un derecho a la estabilidad laboral, pero en atención al principio de conveniencia pública, derivación de la preeminencia del interés público sobre el interés privado, relacionado con el "derecho al trabajo"- que consagra el artículo 219 de la Constitución, se

estima que dicha estabilidad no es un derecho al empleo entendido como derecho al mantenimiento permanente de la plaza, sino que tiende a impedir la remoción arbitraria de los empleados y funcionarios públicos de las plazas que ocupan, lo que supone - por imperativo lógico - que la plaza exista. Y es que en el proceso de inconstitucionalidad apuntado, se conjugaban no sólo los derechos de los trabajadores cuyas plazas fueron suprimidas, sino toda una gama de intereses del Estado, entendido como comunidad política, en cuanto a eficiencia y austeridad se refiere. Finalmente, se concluyó que únicamente los Art. 4 y 5 de la normativa impugnada, violentaban la Constitución, por imponer un requisito totalmente carente de razonabilidad para gozar de los beneficios de la compensación económica especial, suponiendo una restricción infundada del derecho general de libertad, contradiciendo la normativa constitucional en ese aspecto.

Caso 14

Amparo 103-97

Sobreseimiento

Como ya se acotó con anterioridad, modernamente se considera al amparo como un mecanismo procesal que no sólo nos protege contra abusos de la autoridad estatal, sino también contra los efectos inconstitucionales que las leyes puedan ocasionarnos, pero además, se ha aceptado jurisprudencialmente la posibilidad de incoar tal proceso constitucional contra particulares. Es así como en el proceso 103-97 (sentencia dictada el día veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y ocho), en el que una persona particular reclamaba contra un notario que no le había notificado sobre la modificación de una escritura de propiedad de un inmueble que había sido embargado, y del cual el impetrante era colindante, habiéndole afectado dicho embargo. En esa sentencia, se determinó que procede la pretensión de amparo contra actos de particulares cuando éstos se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual no existan mecanismos judiciales o administrativos de protección, o existiendo, resulten insuficientes para garantizar los derechos que protege el proceso de amparo, por lo que el incumplimiento de uno de los requisitos provocaría el rechazo de dicha pretensión, y en el caso mencionado la demanda de amparo fue admitida, pero se determinó que el demandante sí había tenido oportunidad de promover acciones pertinentes por la vía ordinaria, como la nulidad del instrumento controvertido, no habiéndolo hecho. Por esta razón se sobreseyó en este caso, pero las consideraciones jurisprudenciales del máximo tribunal de justicia respecto a la incoación del amparo contra particulares son contribuciones definitivas que enriquecen inconmesurablemente la jurisprudencia constitucional salvadoreña.

Caso 15

Habeas Corpus 210-98.

Improcedencia

En el marco de disputas internas del Partido Demócrata Cristiano, fue destituido de su cargo de Magistrado del Tribunal Supremo Electoral por la Asamblea Legislativa, el Licenciado Eduardo Benjamín Colindres, el cual por dicho motivo pidió amparo ante la Sala de lo Constitucional, el reclamo fue estimado y se ordenó tanto el pago de los salarios caídos como el inmediato reinstalo de dicho funcionario; posteriormente, el Organo Legislativo ordenó la creación de una comisión para que investigara las supuestas actuaciones irregulares de dicho magistrado durante su desempeño en el cargo, por lo que éste argumentaba violación a la Cosa Juzgada y al principio non bis in idem, por el amparo anterior estimado a su favor.

No obstante lo antes anotado, la Sala de lo Constitucional estimó en sentencia de fecha cuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho - que una aparente violación al principio non bis in idem, al debido proceso legal y al irrespeto a la cosa juzgada que producía la sentencia de amparo referida, debía dilucidarse en la vía que la misma ley franqueaba para tal efecto y que dichos presupuestos no eran de los exigidos para la procedencia del habeas corpus, pues el objeto de éste es tutelar restricciones o amenazas inconstitucionales al derecho de libertad, por lo que se decidió declarar improcedente la pretensión del referido ex funcionario.

Caso 16

Habeas Corpus 397-98.

Improcedencia

En un caso bastante sui géneris, el ciudadano JOSE ANTONIO BENITEZ LARA acusó a agentes de la Policía Nacional Civil, de persecución, espionaje y amenazas a muerte; diciendo que detectives de dicho cuerpo de seguridad le acusaban también de ser espía de la Agencia Internacional de Espionaje CIA, y del Gobierno y Ejército de Irak, y en sentencia del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho, éste obtuvo respuesta en sede constitucional por el habeas corpus incoado por tales motivos.

Sin ahondar en las curiosas acusaciones del particular, la Sala de lo Constitucional se limitó a hacer consideraciones sobre la naturaleza del habeas corpus como instrumento garantista de protección al derecho de libertad, y a aclarar que, en cuanto a las supuestas amenazas a muerte, que el habeas corpus no es el medio para establecer el responsable de éstas sino la jurisdicción de lo común, y es en ésta donde debería presentarse una denuncia de esta naturaleza, por lo que se estimó declarar improcedente la pretensión planteada.

III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

Ponencia de Venezuela



CONTROL CONCRETO Y ABSTRACTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO VENEZOLANO

(Colaboración del Magistrado **ANGEL EDECIO CARDENAS PACHECO**, en la elaboración de la Ponencia presentada por Venezuela en la **III CONFERENCIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE IBEROAMERICA, PORTUGAL Y ESPAÑA**, a celebrarse en Guatemala en Noviembre 1999).

En el Prontuario para la presentación de ponencias de los tribunales participantes en esta III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España, se dice metafóricamente que en anteriores conferencias ha quedado superada la etapa fotográfica de la jurisdicción constitucional, vale decir, la fase anatómica, y que ahora, sería conveniente conocer la fase radiográfica, esto es, la etapa fisiológica de la referida jurisdicción.

Bajo tal perspectiva, y por cuanto la delegación venezolana ya desarrolló, con un sentido general, en la II Conferencia, celebrada en Madrid en enero de 1998, lo atinente a la descripción de nuestro sistema mixto de justicia constitucional, así como lo relativo a las condiciones de su acceso y a la inadmisión en los procesos constitucionales, dentro de los parámetros de su racionalidad y su funcionalidad; consideramos que en esta oportunidad, resulta innecesario, obviamente, abundar en consideraciones al respecto, aunque es de

aclarar que en algunos puntos de la presente ponencia, nos hemos visto obligados a hacer algunos señalamientos estáticos para una mejor comprensión de los aspectos dinámicos contenidos en la misma.

Además, es de expresar que esta II Conferencia se desarrolla en momentos en que Venezuela atraviesa por un proceso constituyente que puede modificar algunas líneas maestras que hasta el presente sus delegaciones han venido planteando en estos importantes eventos.

Pues bien, esta vez la delegación venezolana ha optado por abordar el tema de Control Concreto y Abstracto de la Constitucionalidad, refiriéndose el presente trabajo, al Control Abstracto o General de la Constitucionalidad en el Derecho Venezolano y al respecto, es de observar que nuestro sistema reconoce la ACCION POPULAR, sin ninguna limitación temporal para su ejercicio.

Podríamos decir que este tipo de acción se ha manifestado en nuestra Corte Suprema de Justicia con una razonable normalidad, en cuanto a sus aspectos cuantitativos, ya que en los últimos diez años ha habido por vía popular, aproximadamente 754 demandas de nulidad de leyes, por inconstitucionalidad; pudiéndose observar que casi todas ellas han sido ejercidas sobre NORMAS AISLADAS DE LOS TEXTOS LEGALES, y no sobre toda la Ley en su conjunto, con razones de inconstitucionalidad MATERIAL, más que formal.

Además, es importante observar, que dentro de los intereses que mueven el ejercicio de tales acciones, comúnmente conectados con casos particulares, entendiéndose esto no como aspecto de una legitimación activa, con la acreditación de un interés propio o legítimo, sino como subyacente motivación de los accionantes; también existen muchos casos en que a éstos últimos sólo lo s anima una preocupación jurídica, una inquietud ciudadana, por el respeto a los principios que la Constitución consagra.

Podríamos añadir, igualmente, que a nuestro criterio la acción popular en Venezuela no ha adquirido el verdadero rango de una representación de la ciudadanía, en cuanto a que ésta última esté vinculada a aquélla en una forma atenta y permanente, dentro de un seguimiento a los correspondientes procesos judiciales de inconstitucionalidad y una real expectativa por sus desenlaces. Ello, por supuesto, se explica en un país como el nuestro, que no obstante el moderno desarrollo de sus instituciones jurídicas, dentro de los avances de un régimen democrático, todavía adolece de la falta de una sedimentada cultura que haga tomar en cuenta, en un situal preponderante, todo lo que concierne a la vigencia de la Constitución y a la nulidad de las leyes que la contraríen. Y así, entonces, el estudio de esta materia queda circunscrito al ámbito de las Escuelas de Derecho y de instituciones y personas ligadas al quehacer jurídico, salvo algunos casos aislados que por el interés general que despiertan se

proyectan a título informativo hacia la opinión pú blica a través de los medios de comunicación social.

Por lo demás, la acción popular en Venezuela, corresponde a toda persona natural o jurídica plenamente capaz; debiéndose entender por persona natural capaz a aquella que haya alcanzado la mayoridad, esto es, dieciocho años de edad, según nuestro Código Civil, y éste en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos. Y por persona jurídica capaz, cualquiera de Derecho Público o Privado (entre éstas, inclusive, las que representan intereses difusos) que haya alcanzado su constitución y funcionamiento con el cumplimiento de los requisitos legales respectivos.

Es de acotar que, sin menoscabo, de la naturaleza popular del control abstracto, la correspondiente acción de nulidad debe ejercerse por un abogado en ejercicio, en nombre propio o en representación de la persona natural o jurídica a la que corresponda el caso concreto, ello conforme con prescripciones de nuestra Ley de Abogados, y de la existencia al respecto del procedimiento judicial autónomo que regula el ejercicio de la acción popular, en el cual se manifiestan actos y gestiones inherentes a la actividad propia de los profesionales del derecho. En síntesis, en la acción popular venezolana, hay, salvo lo últimamente expuesto, una total eliminación de límites de la

legitimación activa, por lo que al respecto no es de citar ninguna jurisprudencia que se aparte de este planteamiento.

Sin embargo, es de acotar que cuando la acción de inconstitucionalidad es ejércida conjuntamente con una solicitud de amparo cautelar, entonces la acción popular queda afectada en sus ilimataciones y adquiere, consecuencialmente, rasgos de legitimación activa, ante la necesaria existencia de un interés subjetivo, legítimo y directo en el accionante, habida cuenta de que el amparo se debe proyectar hacia el restablecimiento de una situación jurídica infringida, que, conforme con nuestra legislación, sólo puede tener lugar en el caso particular determinado.

Si es de hacer referencia, en cabio, a tres sentencias de nuestra Suprema Corte, relativamente recientes, cuyas copias acompañamos a esta Ponencia, para el conocimiento y estudio de la presente Conferencia. Una, la llamada caso Acacio Germán Sabino Fernández, relativa a una demanda de nulidad parcial de la Ley de Elección y Remoción de los Gobernadores. La segunda, denominada sentencia Eloy Lares Martínez y otros, que resolvió una demanda de nulidad parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Y la tercera, titulada José Fernando Nuñez, que anuló in totum la Ley sobre Vagos y Maleantes. De estas sentencias, el Dr. Gustavo José Linares Benzo, profesor de

Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, en su otra "Leer la Constitución", dice lo siguiente:

> "El caso Acacio Germán Sabino Fernández representa un esfuerzo superlativo de la Corte por desentrañar los principios claves del ordenamiento constitucional y de su correcta interpretación".
>
> "La sentencia Eloy Lares Martínez y otros, es un ejercicio de equilibrar las potestades del órgano contralor con los principios del derecho sancionatorio. Es de sumo interés el voto salvado que contiene, donde se toca también el punto de los límites entre las potestades discrecionales y políticas de la Administración y los poderes de control de la Contraloría General de la República".
>
> "Por último, se incluye la sentencia José Fernando Nuñez (CP de 6-11-97) que anuló in totum la Ley sobre Vagos y Maleantes, que constituye también un valioso ejercicio de interpretación constitucional y uno de los rarísimos casos de nulidad total de un cuerpo normativo".

Según el antes mencionado profesor, la primera sentencia, del caso Acacio Germán Sabino Fernández, apela a principios básicos de la Constitución, abarcante de la totalidad del Estado y del proceso integrador, con una argumentación holística que supera el canon interpretativo de la dogmática, consistente en partir de la estructura semántica de la norma y sólo por necesidad recurrir al contexto sintáctico y pragmático, siendo tal fallo escaso en

análisis semánticos. Es decir, conforme con lo que dice el precitado autor, la Corte abandona el canon savignyano para remontarse a la unidad sistemática que es la Constitución. Y que por otro lado, la ampliación del campo argumental que produce el empleo de técnicas retóricas holísticas permite a la Corte incluir en ese campo niveles semióticos extraconstitucionales, de carácter pragmático; todo ello con el empleo de una argumentación fundamentalista, compuesta por una serie de índices metateóricos especiales que el fallo denomina "principios que dan vida al Estado venezolano".

Nos hemos permitido hacer las anteriores referencias, apelando a opiniones de un tercero estudioso de la materia, por considerarlas de singular importancia para el análisis comparado de la interpretación constitucional de todos los países representados en est6a trascendental Conferencia.

Por otra parte, en lo que atañe a los sujetos del debate, dentro del procedimiento de la acción popular propiamente dicha, es de señalar, primer término, al accionante, que, como antes se ha dicho, debe ser una persona natural o jurídica plenamente capaz. En segundo lugar, encontramos al representante del Estado, que, por supuesto, en el caso de nulidad de leyes nacionales, para no referirnos a las leyes estadales y a las ordenanzas municipales, es el Presidente de Congreso, a quien se debe notificar de la admisión de la correspondiente demanda. Hasta hace diez años,

aproximadamente, cumplida como era esta notificación, el Congreso casi no intervenía en la sustanciación del recurso. Ultimamente, el Congreso, a través de abogados de su Consultoría Jurídica, se ha hecho siempre presente para contradecir los argumentos del accionante y pedir que la respectiva demanda sea declarada sin lugar. En tercer término, en cuanto a los órganos institucionales que pueden acceder al proceso en virtud del llamamiento de la Corte, la legislación venezolana ordena notificar siempre al Fiscal General de la República, como garante de la observancia de la Constitución, salvo que éste sea quien haya intentado la acción de nulidad, pudiendo el mismo, en cualquier tiempo, hasta que no se dicte sentencia, consignar su informe, ya sea favorable o no a las pretensiones del demandante, sin ningún carácter vinculante. Asimismo, cuando la norma cuya nulidad haya sido demandada, guarde relación con los intereses patrimoniales de la República, debe notificarse también al Procurador General, como representante del Ejecutivo Nacional en lo atinente a tales intereses, sin que tampoco, por supuesto, su opinión tenga ningún carácter vinculante. Y por último, la Corte puede ordenar la citación de terceros interesados por medio de un cartel, cuando así lo considere procedente. Aunque en este punto, hay teóricamente una discrecionalidad, la Corte, por lo general, ordena dicha citación de terceros, los cuales, también con la condición de personas naturales o jurídicas plenamente capaces, pueden apoyar o contradecir la nulidad intentada. Esta intervención de terceros ha tenido lugar con poca frecuencia en nuestro país, lo que revela cierta apatía de los

ciudadanos por este tipo de jurisdicción constitucional. Obviamente, si un tercero comparece en la sustanciación del recurso, el mismo debe tener los derechos de las partes, en cuanto a presentar escritos, promover pruebas e intervenir en los informes, ya sean éstos orales o escritos.

En lo concerniente a las cuestiones formales de acceso al proceso, punto ya desarrollado por la delegación venezolana en la II Conferencia, vale repetir que es necesario que la acción popular sea propuesta por un abogado suficientemente acreditado para su representación judicial, cuando el mismo no ejerza la acción en su propio nombre, siendo de indicar que en el libelo de demanda se debe indicar con toda precisión el acto impugnado, así como las disposiciones constitucionales cuya violación se denuncie y las razones de derecho en que se funde la acción. Y si la nulidad se concreta a determinados artículos, a ellos se hará mención expresa en la solicitud, indicándose respecto de cada uno la motivación pertinente. Además, junto con dicho escrito, el solicitante acompañará un ejemplar o copia del acto impugnado, que en el caso de nulidad de leyes, es la Gaceta Oficial de la República de Venezuela; y debe acompañar, igualmente, el instrumento de carácter con que actúe, si no lo hace en nombre propio. De no acompañarse estos documentos, o cuando la demanda contiene conceptos injuriosos o irrespetuosos, o es de tal modo ininteligible y contradictoria, que resulte imposible su tramitación, o cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuye el acto, o cuando haya

cosa juzgada, entonces ocurre la inadmisión de la demanda. La experiencia ha indicado que en muy raras oportunidades ha habido la inadmisión de la demanda por el incumplimiento de los requisitos antes indicados. Complementariamente, en este punto debemos indicar que no existe en Venezuela penalización por inadmisión de la acción popular; aunque, en el fallo definitivo, cuando la acción hubiere sido temeraria o evidentemente infundada, si se contempla que podrá imponerse al solicitante una multa hast6a de cinco mil bolívares (Bs. 5.000,oo, que, por lo demás, es una cantidad irrisoria; siendo de añadir que prácticamente esta penalización no ha tenido lugar en nuestro país.

En cuanto al sistema o vías de promoción del proceso, debemos distinguir dos etapas: a) La desarrollada inicialmente ante un Juzgado Sustanciación de la Corte en Pleno (la cual está integrada por 15 Magistrados, esto es, 5 de cada una de las tres Salas, la Político Administrativa, la Civil y la Penal). Este Juzgado de Sustanciación está, a su vez, integrado por el Presidente, el Secretario y el Alguacil de la Corte, y al mismo corresponde, en materia de acción popular, pronunciarse sobre la admisión o inadmisión del recurso, de acuerdo con las formalidades exigidas según lo que al respecto antes se ha señalado. Contra las decisiones del referido Juzgado de Sustanciación, existe el recurso de apelación ante la Corte en Pleno. En el supuesto de que la demanda sea admitida por el Juzgado de Sustanciación, el mismo ordenará la notificación del Presidente del

Cuerpo que haya dictado el acto impugnado (del Presidente del Congreso si se trata de una Ley nacional); del Fiscal General de la República, si hubiere relación con intereses patrimoniales públicos; y de terceros interesados, mediante cartel; a todo lo cual hemos hecho referencia anteriormente. A partir del auto de admisión, si no se hubiese acordado la citación de terceros; o de la publicación del cartel, si la citación de terceros hubiese sido ordenada; correrá un término de sesenta días continuos, para que los interesados puedan promover y evacuar las pruebas pertinentes. Aunque la acción popular, por su naturaleza, se contrae a cuestiones de estricto derecho, en la que no hay lugar a pruebas, siempre se deja transcurrir el referido lapso, en cuyo vencimiento cesan las funciones del Juzgado de Sustanciación. Y pasan los autos a la Corte en Pleno. b) En una segunda fase del proceso, la Corte en Pleno, en la audiencia siguiente al recibo del expediente, designará Ponente y fijará una de las cinco audiencias siguientes para comenzar la relación de la causa. Esta relación se hará privadamente, y consiste en el estudio del respectivo expediente, con un primer lapso de quince días continuos, vencidos los cuales, al primer día hábil, tendrá lugar el acto de informes por las partes. En el caso de que las partes quieran informar por escrito, lo podrán hacer en la oportunidad ya señalada, o antes, si así lo prefieren. Pero si optan por informes orales, deberán hacerlo saber de la Corte en Pleno, con la debida anticipación. En los informes orales, sólo pueden intervenir una persona por cada parte, y existe el derecho de réplica y contrarréplica. Los informes constituyen la última actuación

de las partes en relación con la materia objeto del juicio, aunque quienes hayan informado oralmente, pueden presentar conclusiones escritas dentro de los tres días siguientes. Realizado el acto de informes, correrá un segundo lapso de la relación, con una duración de veinte audiencias. La Corte sentenciará dentro de los treinta días siguientes a la fecha de conclusión de la relación, a menos que la complejidad y naturaleza del asunto exija mayor término. Y en su fallo definitivo, la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto o de los artículos impugnados, y determinará, en su caso, los efectos de la decisión en el tiempo. Si fuere declarado con lugar el recurso, la Corte ordenará, además, que en el Sumario de la Gaceta Oficial donde se publique el fallo se indique, con toda precisión, el acto o disposición anulados. La decisión que recaiga deberá publicarse inmediatamente en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

El procedimiento anterior está previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y para hacer referencia al mismo, prácticamente hemos repetido literalmente los artículos que lo regulan; y todo ello está indudablemente dentro de una imagen fotográfica o etapa anatómica de la acción popular en Venezuela. Particularmente consideramos, quienes suscribimos la presente Ponencia, que el antes referido procedimiento tiene, desde un punto de vista textual, muchas fallas, ya que no está ordenado ni sistematizado coherentemente, vale decir, en una forma que sólo sea aplicable a la acción popular, sino que para llegar a ésta, se aplica un procedimiento

común a cualquier acto de efectos generales, con remisiones al procedimiento de nulidad de actos de efectos particulares, dentro de una hibridez que desdice de una correcta técnica legislativa. Y ello sorprende en razón de que mientras otros procedimientos en materia de rango legal, tienen establecido en forma especial su propio y específico desarrollo, en cambio, en una materia del más alto nivel jurídico, público y colectivo, como lo es la acción popular, se tiene que hacer un esfuerzo para concebirlo debidamente dentro de una combinación de normas que rigen el proceso de nulidad de actos de diferente naturaleza. En otros aspectos, los relacionados con la intervención de las partes en la sustanciación del recurso, tampoco existe la debida claridad ni la suficiente precisión, ya que (y estos serían simplemente ejemplos) no se definen las oportunidades en que el Procurador o los terceros deben intervenir, se utiliza el término de partes con derechos privativos a ellas (v.g. informes) sin que expresamente se extienda tal condición a los terceros, en lo que debería ser un ejercicio a la inversa de la acción popular; se habla de etapa de pruebas para la comparecencia de éstos últimos, sin que pueda cabalmente aceptarse que en cuestiones de mero derecho haya la necesidad probatoria; se dice que el Fiscal puede presentar su informe en cualquier tiempo antes de sentencia, y no obstante ello, se dice, contradictoriamente que los informes constituyen la última actuación de las partes; y, en fin, hay lagunas de toda índole, que la Corte ha debido superar con la aplicación de criterios fundados en el derecho de la defensa y en el principio del debido proceso.

Hacemos todas estas consideraciones, en el entendido de que las mismas dentro de poco tiempo no tendrán validez alguna, ello en razón de que con el proceso Constituyente que vive Venezuela, lo más seguro es que haya un cambio profundo en el control abstracto o general de la constitucionalidad, con la creación de una Sala Constitucional, dentro de la Corte Suprema de Justicia, a la que corresponda en forma exclusiva dicho control, dentro de un nuevo procedimiento que responda a los más modernos institutos de soluciones más rápidas, y no por ello menos profundas de los problemas que nos hacen reunir en estos interesantes foros internacionales; aparte de que, con una nueva Carta Magna, como la que comenzará a regir en nuestro país el próximo año, habrá modificaciones importantes en la estructura del Poder Público y en los derechos de los ciudadanos.

Consiguientemente, esperamos que en la IV Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España, la delegación venezolana pueda hacer conocer de todos Uds. los aspectos más importantes de un nuevo control constitucional en nuestro país, como resultado del proceso Constituyente a que antes se ha hecho referencia.

"EL *CONTROL CONCRETO* Y EL *CONTROL ABSTRACTO* DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO VENEZOLANO"

Ponencia presentada por la Dra. Hildegard Rondón de Sansó en la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal (Guatemala, 1999)

INTRODUCCIÓN

En el "Prontuario para la Presentación de Ponencias", que los organizadores de la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal, remitieron a esta Corte Suprema de Justicia, se señalan como dos los temas fundamentales que habrán de ser desarrollados por los ponentes, al efecto: *el control concreto de la constitucionalidad* y *el control abstracto o general de la constitucionalidad*. Con respecto a los temas indicados, es menester señalar:

1.- Por lo que se revela de la documentación aludida, el llamado **control concreto** sería aquel que sólo puede ejercerse por quien posea un interés jurídicamente protegido; es decir, es la vía idónea en los casos en que no se reconoce acción popular para el control jurisdiccional. Según el instructivo, este control podría realizarse por vía de acción, por vía de excepción y por vía incidental. Como consecuencia de su ámbito restringido al legitimado activo, la eficacia del fallo recae solamente sobre la situación jurídica del impugnante.

2.- Por su parte, el **control abstracto o general,** consistiría en el examen judicial de las leyes y otros actos normativos de efectos generales, y la eficacia del fallo abarcaría todo el ámbito de aplicación de la normativa revisada. En estos casos, el objeto del control de constitucionalidad no es un interés particular jurídicamente protegido, sino la congruencia general del ordenamiento jurídico y su

conformidad con la Norma Suprema. En algunos países, se admite que este control se efectúe a iniciativa de cualquier persona, mediante el ejercicio de una acción popular.

Para comprender mejor esta distinción entre control concreto y control abstracto de la constitucionalidad, consultamos la Constitución Política de la República de Guatemala (dictada en Guatemala el 31 de mayo de 1985 y reformada por acuerdo legislativo N° 18-93 del 17 de noviembre de 1993), cuyo artículo 266 (contenido en el Capítulo II -Inconstitucionalidad de la leyes- del Título VI, relativo a las garantías constitucionales y defensa del orden personal), intitulado "Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos", prevé el alcance del control concreto, en los siguientes términos:

> **Artículo 266. En casos concretos en todo proceso de toda competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.**

El control abstracto o general está contemplado en el artículo 267 de la Constitución Guatemalteca, referido a la inconstitucionalidad de las leyes de carácter general:

> **Artículo 267. Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Inconstitucionalidad.**

Al efecto, es menester señalar que en el Derecho venezolano no se utiliza la anterior distinción entre control concreto y control abstracto, sino que las categorías que sirven de base a la diversificación de la jurisdicción constitucional son las que aluden al **control concentrado** y al **control difuso de constitucionalidad**. La

denominación del primero obedece a que el mismo está a cargo de un solo organismo jurisdiccional: la Corte Suprema de Justicia (en Sala Plena, cuando se trata de leyes y otros actos normativos de efectos generales; en Sala Político-Administrativa, cuando se impugnan actos de efectos particulares). El control difuso, en cambio, puede ejercerlo cualquier juez que deba decidir un caso en el cual se pretenda aplicar una norma viciada de inconstitucionalidad.

Sin embargo, la distinción guatemalteca entre control concreto y control abstracto, establecida en función de la extensión de los efectos de la decisión jurisdiccional (el primero con respecto a una situación jurídica particular; el segundo, con efectos generales), así como de la legitimidad del recurrente básico, podría perfectamente servir de criterio para la clasificación de los mecanismos de control de la constitucionalidad que existen en el derecho venezolano.

Así, para ajustar la exposición al "Prontuario para la Presentación de Ponencias", y facilitar en consecuencia una apreciación comparativa de nuestro derecho positivo, estudiaremos los distintos medios de control jurisdiccional de la constitucionalidad que existen en Venezuela, subsumiéndolos en el criterio de control concreto y control abstracto de la constitucionalidad, lo cual se traduce en el control que tiene por objeto la protección de situaciones jurídicas particulares, y el que se destina a la anulación o modificación total o parcial de una ley u otro acto normativo de efectos generales, respectivamente.

I. CONTROL CONCRETO (LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD CON RESPECTO A SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES)

El derecho venezolano pone a disposición de los particulares una serie de acciones en resguardo de su situación jurídica o de sus derechos subjetivos, frente a las violaciones constitucionales, ya sean consumadas o inminentes, que pudieren afectarlos. Esta protección jurisdiccional opera contra todo acto jurídico contrario a la Constitución, así como contra actuaciones materiales, incluso entre particulares.

Las vías mediante las cuales se manifiesta el control concreto son las siguientes:

A. La acción de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos de efectos particulares.

B. La aplicación preferente de la Constitución mediante el mecanismo de la inaplicación de la norma que se encuentra en contraste con ésta.

C. La acción de amparo constitucional.

Veamos las tres vías aludidas en el orden en que han sido enunciadas.

A. La acción de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos de efectos particulares (artículo 42, ordinales 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia)

1. Alcance y competencia.

En primer lugar, el juez venezolano tiene la potestad de anular los actos administrativos de efectos particulares por razones de inconstitucionalidad. Tal competencia corresponde a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En tal sentido, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dispone en los ordinales 10, 11 y 12 del artículo 42, así como en el artículo 43 *ejusdem*:

> **Artículo 42. Es de la Competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:**
>
> **(...)**
>
> **10. Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional;**
>
> **11. Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad, de los actos de los órganos del Poder Público, en los casos no previstos en los ordinales 3°, 4° y 6° del artículo 215 de la Constitución;**
>
> **12. Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional.**
>
> **Artículo 43. La Corte conocerá en Pleno de los asuntos a que se refiere el artículo anterior en sus ordinales 1° al 8°. En Sala de Casación Civil, hasta tanto el Congreso decida la creación de nuevas Salas, de los enumerados en los ordinales 33, 20 y 21, si estos últimos correspondieren a la jurisdicción civil, mercantil, del trabajo o de alguna otra especial; de igual manera conocerá de los asuntos a que se refiere el ordinal 34. En Sala de Casación Penal, de los señalados en los ordinales 30 al 32 y en los ordinales 20, 21 y 34, cuando estos últimos correspondan a la jurisdicción penal. En Sala Político-Administrativa, de los mencionados en los restantes ordinales del**

mismo artículo y de cualquier otro que sea de la competencia de la Corte, si no está atribuido a alguna de las otras Salas. (Subrayado nuestro)

2. Forma de ejercicio de la acción. Legitimación.

El recurso de nulidad constituye una acción propiamente dicha, y en tal sentido, debe ejercerse de manera principal, aun cuando sí sea posible el ejercicio de la excepción de ilegalidad, prevista en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. El recurso de nulidad por inconstitucionalidad de un acto administrativo, tiene por objeto hacerlo desaparecer del ordenamiento jurídico, y por lo tanto dejarlo sin efecto para su destinatario o para los terceros eventualmente afectados en sus derechos. En tal sentido, constituye un mecanismo de control concreto de la constitucionalidad, cuyo efecto se circunscribe a la situación particular afectada por el acto en cuestión.

En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de este recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos, es necesario que el accionante tenga un *"interés personal, legítimo y directo"*, según la expresión del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En tal sentido, el impugnante debe ser el propio destinatario del acto, o bien otra persona que, sin serlo, se vea directamente afectada en sus derechos por la inconstitucional decisión administrativa. Cuando se trata de una materia de orden público, o en palabras del señalado artículo 121, cuando el acto cuya nulidad se solicita *"afecte un interés general"*, el Ministerio Público también está facultado para ejercer el recurso.

3. Naturaleza de las violaciones alegadas.

Otro requisito formal propio del recurso de nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos de efectos particulares, es la necesidad de que el acto impugnado haya violado el texto constitucional en forma directa, es decir, que se trate de un acto dictado en ejecución directa de la Constitución, y no de una norma de inferior rango. De lo anterior emerge que, para decidirlo, basta comparar el acto impugnado con la norma constitucional, sin que medien otras disposiciones de menor rango.

4. Procedimiento del recurso.

El procedimiento judicial que ha de seguirse para obtener la nulidad por inconstitucionalidad de un acto administrativo individual, es el pautado por los artículos 121 y subsiguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares. El proceso en cuestión se desarrolla de la forma siguiente.

Presentada la solicitud por escrito, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia da cuenta del recurso y solicita los antecedentes administrativos del caso, para lo cual fija un plazo prudencial. Luego, una vez recibidos éstos, pasa los autos al Juzgado de Sustanciación, órgano este que deberá pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso dentro del término de tres días de despacho[1]. El mencionado pronunciamiento exige del Juzgado de Sustanciación examinar el cumplimiento de los siguientes requisitos: la cualidad o interés del

---

[1] La mención relativa a *"días de despacho"*, comprende aquellos días de la semana que, en el horario previamente establecido, son idóneos para la realización de cualquier acto procesal ante un determinado tribunal. Con anterioridad a la reforma del C.P.C. (1987) se denominaban *"días de audiencia"*. En el caso de la Sala Plena y de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, son días de despacho los martes, miércoles y jueves, de 8:30 AM a 3:00 PM. Por otra parte, la mención a *"días"* o *"días continuos"* es referente a los días calendarios consecutivos.

recurrente; el agotamiento de la vía administrativa; la inexistencia de un recurso paralelo; la conformidad de la demanda con la ley y las buenas costumbres; la competencia del tribunal; la vigencia de la acción; la compatibilidad de procedimientos en caso de acumulación de acciones; y, la adecuada representación que se atribuye el actor.

Con el auto de admisión, el tribunal ordena notificar al Ministerio Público, al Procurador General de la República -si estuviesen involucrados los intereses de la República- y al autor del acto impugnado. Efectuadas las notificaciones, se ordena publicar en la prensa un cartel, con la finalidad de permitir que los eventuales interesados en el recurso concurran a hacerse parte dentro de los 10 días de despacho siguientes a su publicación. Una vez consignado en el expediente el cartel debidamente publicado, la causa se abre a pruebas (5 días de despacho para promoverlas y 15 días -prorrogables- para evacuarlas), al término de las cuales el expediente se remite a la Sala, donde se designa el Ponente y se fija uno de los 5 días de despacho siguientes para que comience la relación de la causa, que tiene dos etapas: la primera es de 15 días continuos y la segunda de 20 días de despacho, prorrogables por 30 días más. Entre una y otra etapa se celebrará el acto de informes, última actuación de las partes en el juicio. Concluida la segunda etapa de la relación, se procede a dictar sentencia. A solicitud de parte o aún de oficio, si lo exige la urgencia del caso, la Corte puede reducir los plazos y sentenciar sin más trámites. Cuando el asunto debatido sea de mero derecho, la Corte puede omitir el lapso probatorio.

B. LA APLICACIÓN PREFERENTE DE LA CONSTITUCIÓN MEDIANTE EL MECANISMO DE LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA QUE SE ENCUENTRA EN CONTRASTE CON ÉSTA. (ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL)

1. Naturaleza del medio establecido.

Este mecanismo no persigue la nulidad de un acto normativo en forma total o parcial sino que conduce a la inaplicación de aquellas normas legales o de menor rango consideradas contrarias a las garantías o derechos constitucionales, con respecto a la situación de alguna de las partes en litigio. Este medio de control difuso de la constitucionalidad, no sólo puede invocarse ante cualquier juez que deba decidir un caso en el cual pretenda aplicarse una norma viciada de inconstitucionalidad, sino que incluso el mismo juez puede, de oficio, hacerlo valer. Al efecto, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil dispone:

> **Artículo 20. Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.**

La norma citada faculta amplia y genéricamente a los jueces para "inaplicar" la norma afectada de inconstitucionalidad al caso concreto que le corresponde decidir. Queda así al intérprete determinar en qué oportunidades esta facultad puede ser ejercida.

De lo anteriormente expuesto emerge que la declaratoria de inaplicación de una norma puede obtenerse bien en un juicio ordinario o especial, tanto por vía de acción, excepción o incidentalmente, así como mediante la declaratoria de oficio por parte del juez de la causa. La regulación procesal en caso de inaplicación viene dada por la naturaleza específica del procedimiento que se esté ventilando. La

presencia de un alegato de inconstitucionalidad en forma alguna modifica los requisitos formales del respectivo proceso.

2. Sujetos del debate

Los sujetos del debate en el caso de inaplicación del acto en un juicio, cualquiera que sea su contenido, son el demandante y el demandado; aun cuando el juez puede actuar de oficio y, si en la materia debatida está interesado el orden público se requerirá también la presencia del Ministerio Público. Por lo que respecta a la Procuraduría General de la República, la misma actúa como tutora de los intereses patrimoniales de la Administración, por lo cual, de existir tales intereses involucrados en el juicio, se exigirá su notificación. El artículo 38 de la Ley Orgánica del Procuraduría General de la República establece que el Procurador General de la República podrá solicitar la reposición de la causa en los juicios en los cuales se requiera su participación y la misma hubiese sido omitida.

3. Efecto del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no tiene *per se* **efecto suspensivo**. Este sólo podrá producirse en caso de que el juez acuerde una medida cautelar. Por lo que atañe a la indicada protección preventiva para garantizar las resultas del fallo definitivo, la misma está reconocida en la legislación venezolana en el Código de Procedimiento Civil, al cual remite la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 88) cuando regula el procedimiento de los recursos de nulidad que se ventilan en el seno de dicha Corte. El ejercicio de la potestad

cautelar establecida en el Código de Procedimiento Civil procede por lo tanto en cualquier proceso que se lleve ante la Corte, así como en los juicios ordinarios o especiales en los cuales se alegue la inconstitucionalidad de una norma. Cabe destacar que con la reforma del Código de Procedimiento Civil, que entrara en vigencia en 1987, se amplió la esfera para el otorgamiento de la protección cautelar, admitiéndose las llamadas medidas cautelares innominadas (parágrafo 1° del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil), esto es, aquellas que no están tipificadas en dicho Código, sino que, por el contrario, el juez podrá acordar para cada caso específico, por ser las que mejor se adecuan a la protección solicitada, tendiente a impedir el *periculum in mora*, tanto genérico -consecuencia del natural retardo en la producción de la sentencia de fondo-, como específico -derivado de la conducta de la contraparte-.

Con respecto a la pregunta de si un tal sistema de control ha entorpecido leal o deslealmente el curso del normal desarrollo de la justicia ordinaria o común, consideramos que los mecanismos como están planteados en el sistema venezolano no permiten tal entorpecimiento, a diferencia de lo que sucede en los países en los cuales la excepción de inconstitucionalidad debe ventilarse por ante el máximo tribunal constitucional, lo cual paraliza el juicio originario que se sigue ante un tribunal ordinario o especial. Por el contrario, en los casos de inaplicación del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, es el mismo juez de la causa el que va a conocer de la eventual inconstitucionalidad.

Debemos recalcar que este control difuso se ejerce con relación a casos específicos, es decir, que no rige respecto a las situaciones genéricas, con lo cual no puede suspenderse una norma, salvo disposición expresa de la Ley, en forma general. Entre nosotros el único caso de suspensión de una norma por previsión legal, pendiente un recurso jurisdiccional en su contra, es el que establece el

artículo 179 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el cual prevé la suspensión de las ordenanzas que hubiesen sido objetadas ante la Cámara siempre y cuando las mismas no tengan carácter ni tributario ni presupuestario. Algunos actos generales no normativos han sido objeto de suspensión en el contencioso administrativo, experiencias estas que han tenido efectos más negativos que positivos, por cuanto la sola voluntad de un recurrente no está calificada para afectar los intereses del resto de la comunidad. Es por ello que la medida cautelar por excelencia en los actos generales sea el de su inaplicación a los recurrentes.

4. Revisión del fallo.

Cuando el control difuso se efectúa por parte de un juez de la primera instancia será objeto de revisión por el superior, y si se hubiese planteado en esta última sede sólo cabría contra el pronunciamiento que sobre el mismo recaiga el recurso de casación. Cuando la cuestión se plantee en un juicio ordinario o especial el debate se efectúa en forma escrita ya que la única oportunidad para una audiencia oral es en el llamado acto de informes (artículo 512 del Código de Procedimiento Civil) que en principio se realiza por escrito, pero que, a solicitud de cualquiera de las partes, podrá desarrollarse oralmente.

C. La acción de Amparo

1. La previsión constitucional y su desarrollo legal.

El amparo constitucional, contemplado en el artículo 49 de la Constitución, consiste en la protección jurisdiccional de los derechos y garantías constitucionales

mediante un procedimiento breve y sumario conducente al restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida. Dispone el artículo 49 de la Constitución:

> **Artículo 49. Los tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.**
>
> **El procedimiento será breve y sumario, y el Juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.**

Por su parte, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales desarrolla el señalado precepto constitucional, estableciendo el régimen para su ejercicio.

El artículo 2° de la Ley Orgánica de Amparo precisa que la acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión proveniente de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, así como contra aquellos originados por cualquier ciudadano, por personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, que violen o amenacen violar cualquiera de los derechos o garantías constitucionales.

2. Tipos de amparo.

La ley distingue varios tipos de acción de amparo, atendiendo a las particularidades propias, bien del objeto de la lesión o bien de la eficacia de la decisión. Así, la acción de amparo puede ejercerse: **a)** contra actos normativos, esto es, cuando la violación o amenaza de violación deriva de una norma que colide con la Constitución (artículos 3° y 5° de la Ley Orgánica de Amparo); **b)** como medida cautelar, ejercida conjuntamente con la acción de nulidad por inconstitucionalidad,

con el fin de suspender la aplicación de la norma impugnada con respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega (artículo 3°); **c)** contra decisiones judiciales, cuando un tribunal, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene alguna medida que lesione un derecho constitucional (artículo 4°); **d)** contra actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones de la Administración Pública (artículo 5°); **e)** contra hechos, actos u omisiones de particulares (artículo 2°); y finalmente, **f)** puede plantearse en el curso de un proceso por un hecho derivado del mismo (amparo sobrevenido).

3. Competencia

En principio, la competencia para conocer de la acción de amparo está determinada sustancialmente por la materia, correspondiendo a los tribunales de primera instancia que lo sean en la materia afín con la naturaleza del derecho o la garantía constitucionales violados o amenazados de violación, en la jurisdicción correspondiente al lugar donde ocurrieren el hecho, acto u omisión contra el cual se solicita el amparo (artículo 7° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales). La jurisprudencia ha interpretado este criterio de la afinidad con la precisión de que la misma se determina en función de la *"naturaleza de la relación jurídica dentro de la cual se inserta la violación denunciada"*. Ahora bien, hay reglas derogatorias de tal competencia sustantiva, como lo son: **a)** la competencia *rationae personae* (artículo 8°), constituida por la que corresponde en forma exclusiva a la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de amparos ejercidos contra los titulares máximos de los poderes del Estado, y de los entes constitucionales dotados de autonomía funcional; **b)** la competencia

especial del *habeas corpus*, que es la que poseen los jueces penales para conocer del amparo contra las violaciones del derecho a la libertad y seguridad personales; **c)** la competencia según la naturaleza del objeto lesivo (acto administrativo, sentencia), así, en caso de amparo contra actos administrativos la competencia es del juez contencioso administrativo, y en el amparo contra actos jurisdiccionales la competencia es del juez superior; **d)** la competencia en caso de urgencia (artículo 9º), cuando de no existir un tribunal de primera instancia en el lugar sería competente cualquier juez de la localidad; y, **e)** la competencia del amparo conjunto, que corresponde al juez que deberá conocer del recurso de nulidad.

4. Requisitos de admisibilidad.

La acción de amparo es un recurso especial, razón por la cual su admisión está reservada según la ley a aquellos casos en que se verifiquen las siguientes circunstancias: **a)** que no haya cesado la violación o amenaza denunciada; **b)** que la amenaza de violación sea inminente, es decir, inmediata, posible o realizable por el imputado; **c)** que sea posible el restablecimiento de la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; **d)** que la violación constitucional no haya sido consentida por el agraviado, a menos que se trate de cuestiones de orden público; **e)** que el agraviado no haya recurrido a la vía judicial ordinaria ni haya hecho uso de otros medios judiciales para hacer valer sus derechos; **f)** que no se trate de decisiones emanadas de la Corte Suprema de Justicia; **g)** que no verse sobre una garantía constitucional que haya sido suspendida según el artículo 241 de la Constitución, y la violación denunciada no tenga relación con la especificación del decreto de suspensión; y, **h)** que no esté pendiente de decisión una acción de amparo ejercida ante un tribunal con relación a los mismos hechos denunciados.

5. Legitimación activa. Intereses difusos.

En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de amparo, la ley indica que toda persona habitante de la República, así como las personas jurídicas domiciliadas en ella, que hayan sido lesionadas en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, pueden solicitar el amparo de los mismos. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que la lesión o amenaza constitucional objeto de amparo debe ser personal al solicitante, ello en razón del carácter individual de la acción: la pretensión de la acción de amparo está dirigida a la esfera jurídica concreta del sujeto actor. Aún cuando la acción de amparo se ejerza contra una norma, el efecto que se obtiene es la inaplicación de ésta respecto a quien solicita la protección.

Sin embargo, este carácter individual de la protección constitucional propia de la acción de amparo también se reconoce con respecto de los denominados "intereses difusos", cuya titularidad corresponde a un sector más o menos amplio de la colectividad. En tal sentido, la jurisprudencia opera una distinción entre el interés colectivo y el interés difuso, y precisa que entre ellos existe una relación de género a especie. El interés colectivo es el que corresponde a toda la comunidad en general y el interés difuso es el que tendría un grupo de personas particularmente afectado por un acto normativo, cuyos integrantes, si bien no están individualmente identificados ni puede cuantificarse su entidad, son perfectamente ubicables en un tiempo y lugar específicos. Así, la titularidad del interés difuso sería suficiente para legitimar el ejercicio de la acción de amparo.

Con relación a los sujetos del debate, la acción de amparo puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica, directamente o por representación, así como por parte del Ministerio Público, los Procuradores de

Menores, Agrarios y del Trabajo, siempre y cuando estos organismos actúen en representación de intereses personales o difusos. En todo caso, la Ley autoriza la intervención del Ministerio Público en los procedimientos de amparo como parte de buena fe, sin que su actuación menoscabe los derechos y acciones de los particulares y su ausencia constituya causal de reposición o de nulidad. En tal sentido, el Ministerio Público podría estar presente en la audiencia pública constitucional, y asimismo, presentar informes sobre su criterio respecto a la naturaleza de la norma contra la cual se ejerce la acción de amparo..

6. Representación y asistencia judicial.

Por otra parte, para interponer la acción de amparo es necesario estar asistido o representado de abogado. En tal sentido, la jurisprudencia ha precisado que la Ley Orgánica de Amparo no excluye la aplicación de la Ley de Abogados. De modo que para interponer la acción de amparo -exclusión hecha del amparo a la libertad personal o *habeas corpus*- y para actuar en el proceso en cuestión, es necesario ser abogado; de no serlo el solicitante, deberá hacerse asistir por uno (Sala de Casación Civil, 10/8/95, exp. Nº 94-126).

7. El procedimiento.

El procedimiento de la acción de amparo es breve y sumario. La Ley Orgánica de Amparo establece en tal sentido que todo el tiempo será hábil y el tribunal dará preferencia al conocimiento y decisión del amparo sobre cualquier otro asunto (artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales). El juez no puede demorar el trámite de la acción de amparo o

diferirlo so pretexto de consultas al Ministerio Público (artículo 15). Tampoco por razones probatorias puede el juez retrasar el juicio: las pruebas que ordene evacuar no deben significar en tal sentido un perjuicio irreparable para el actor, y en todo caso, deben ser siempre las más acordes con la brevedad del procedimiento (artículo 17). Asimismo, en cuanto a las incidencias relacionadas con la determinación de la competencia, éstas deben ser resueltas prontamente. La Ley Orgánica de Amparo excluye en tal sentido el procedimiento de regulación de la competencia previsto en el Código de Procedimiento Civil, ordena al juez que se considere incompetente remitir inmediatamente las actuaciones al que juzgue tiene competencia (artículo 7) y en caso de conflicto negativo, prevé la consulta al superior respectivo, el cual debe decidirlo brevemente y sin incidencias procesales (artículo 12).

Una vez notificada la solicitud de amparo a la parte presuntamente agraviante, ésta debe informar al tribunal en el término de 48 horas acerca de la pretendida violación o amenaza que se le imputa, en defecto de lo cual se considerará que acepta los hechos incriminados (artículo 23). Posteriormente, dentro de las 96 horas siguientes a la presentación del informe a que se refiere el artículo 23, el juez fija la oportunidad para que las partes o sus representantes expongan, en forma oral y pública, sus alegatos respectivos. Respecto a la posibilidad de limitar el tiempo de exposición de las partes, el juez tiene la facultad de fijar un plazo máximo para que dichas exposiciones se realicen y controlar su efectiva ejecución. 24 horas después de esta audiencia constitucional, el juez debe dictar sentencia (artículo 26). Quien incumpla el mandamiento de amparo constitucional dictado por el juez, será castigado con prisión de 6 a 15 meses. Contra la decisión dictada en primera instancia sobre la solicitud de amparo se oirá apelación en un solo efecto. La apelación debe ser formulada en el lapso de 3 días

luego de dictada la sentencia. De no ejercerse el recurso de apelación (por las partes, el Ministerio Público o los Procuradores) el fallo será consultado con el tribunal de la alzada. En todo caso, éste deberá decidir en un lapso de 30 días.

Por lo que respecta al recurrente, la acción de amparo está desprovista al máximo de formalidades; sólo se exige la especificación de las garantías constitucionales que la norma lesione. En cuanto a la existencia de medios de subsanación previa de las deficiencias relativas a la motivación jurídica de la acción, puede considerarse como uno de ellos la previsión de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que establece los requisitos que ha de llenar la solicitud de amparo constitucional señalando que, en caso de que el juez constate su falta, debe devolver el escrito a la parte o al interesado para que lo complete o modifique ajustándolo a la ley. La anterior es una vía que constantemente se utiliza, mediante el llamamiento del actor para que en un lapso determinado exponga los elementos esenciales para el ejercicio de la acción, y el otorgamiento de un plazo prudencial para que realice tales modificaciones en su libelo y, transcurridas 48 horas después de su notificación sin que se atienda al requerimiento del juez, la acción será declarada inadmisible.

Otras particularidades son propias de los distintos tipos de acción de amparo:

8. Tipos de amparo.

a) Amparo contra normas

(i) Naturaleza de la acción.

El llamado "amparo contra normas" está establecido en el encabezamiento del artículo 3° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales:

> **Artículo 3. También es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación derive de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la implicación de la norma impugnada y el juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.**

El amparo contra normas es, pues, una acción principal destinada a obtener la inaplicación de una norma al caso concreto del solicitante. En este sentido, la acción no se interpone contra un "presunto agraviante", como se requiere en general en los procedimientos de amparo. La jurisprudencia ha precisado que si bien en estos procedimientos debe llamarse a la causa al órgano autor del dispositivo cuya inaplicación se solicita, su presencia no corresponde a la de un verdadero agraviante, sino a la de la entidad pública que está en condiciones de enriquecer con su criterio y fundamentación el pleno conocimiento de la controversia por parte del juez: así, al recibir el libelo contentivo del recurso y considerarlo admisible, el tribunal debe llamar al órgano autor de la norma impugnada, y además al órgano al cual se le imputa su aplicación. Igualmente, se hace el llamamiento al Ministerio Público para que opine sobre el caso. Finalmente es necesario señalar que el sistema admite la presencia de los terceros tanto como partes como de simples intervinientes. Estos terceros a su vez pueden ser coadyuvantes del recurrente o bien opositores al mismo.

El artículo 3° de la Ley de Amparo permite así que el control difuso de la constitucionalidad (en el sentido de que está atribuido a cualquier juez de la

República) **se realice por vía de acción principal**, y no solamente por vía incidental, como lo autoriza el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, el único aparte del artículo 3° señala que:

> **Artículo 3°. (...)**
>
> **La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad.**

La disposición transcrita consagra una modalidad de amparo contra normas que tiene la naturaleza de una acción accesoria, ya que se plantea con un recurso de nulidad por inconstitucionalidad y está destinada a que se acuerde la inaplicación de la norma hasta tanto se decida la acción de nulidad.

(ii) Normas sujetas a la acción de amparo.

Las normas sujetas a la acción de amparo son las leyes nacionales, las leyes estadales y las ordenanzas municipales. Estimamos que solamente las leyes que tengan verdadero contenido normativo pueden ser objeto de la acción de amparo, por cuanto esta es una acción personalísima y en consecuencia no podrían atacarse por tal vía situaciones que en nada afecten al actor. Estimamos así que las leyes aprobatorias de un acto jurídico precedente (tratado, contrato) no pueden ser objeto de acción de amparo, por cuanto carecen de contenido sustantivo. Igualmente están dentro de la esfera aludida las leyes habilitantes, que son las que facultan al Presidente de la República para dictar medidas económicas o financieras en casos específicos y cuando así lo exija el interés general. Pueden igualmente mencionarse como excluidas algunas leyes estrictamente organizativas. Por lo que atañe a la

exigencia jurisprudencial de que la norma atacada sea aplicable al caso controvertido, la mismas está presente por cuanto es necesario que se de el principio de coherencia entre la norma y la situación del sujeto actor que constituye un requisito de admisibilidad.

(iii) Frecuencia del ejercicio del amparo contra norma.

A pesar de las amplias posibilidades de la acción de amparo contra normas, su utilización ha sido en la práctica moderada. La naturaleza personalísima de la acción de amparo impide que el juez pueda otorgar el amparo contra una norma con respecto a la totalidad de los ciudadanos, con lo cual el principio de igualdad de los mismos ante la ley queda garantizado.

El uso de la acción de amparo es esencialmente como una acción accesoria cuya eficacia es cautelar, ya que con ella se pretende la inaplicación de la norma hasta que se produzca su declaratoria de nulidad con la sentencia definitiva del recurso.

b) Amparo contra actuaciones materiales del Poder Público y de los particulares

La acción de amparo procede igualmente contra todas aquellas actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones de algún órgano del Poder Público, que violen o amenacen violar los derechos o garantías constitucionales de una persona. Asimismo, el recurso de amparo procede contra las actuaciones materiales de los particulares. En estos casos, la ley exige que no exista otro medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional. El

mandamiento de amparo tiene por efecto hacer cesar el hecho perturbador o que amenaza con violar los derechos constitucionales.

c) Amparo contra sentencias

La acción de amparo también puede ejercerse contra las decisiones de los tribunales de la República con excepción de aquellas dictadas por la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, dispone el artículo 4° de la Ley Orgánica de Amparo:

> **Artículo 4°. Igualmente procede la acción de amparo cuando un tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.**
>
> **En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un Tribunal Superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva.**

Como es lógico, esta acción de amparo tiene un carácter excepcional. En tal sentido, el amparo contra sentencias está sometido a estrictos requisitos que impiden el uso abusivo de este recurso dirigido a invalidar la fuerza de la cosa juzgada. Así, se exige que la conducta del juez accionado constituya un abuso de poder o una grave usurpación o extralimitación de sus funciones que lesione un derecho constitucional. De este modo, el amparo contra sentencias constituye una suerte de recurso constitucional de casación, destinado a revisar los límites de la competencia del juez accionado, en el sentido más amplio de la expresión: más allá de las reglas de la competencia por la materia, cuantía o territorio, el control del juez del amparo se extiende a la sanción del uso indebido por parte del juez agraviante de las facultades que le son propias, siempre y cuando de tal proceder derive una lesión a los derechos constitucionales del accionante.

d) Amparo ejercido conjuntamente con el recurso de nulidad

Con el recurso de nulidad por inconstitucionalidad de leyes u otros actos normativos, o bien por ilegalidad de actos administrativos, puede formularse una solicitud de amparo, cuyo efecto se asemeja a una medida cautelar, en el sentido de que está destinada a suspender la aplicación del acto impugnado, con respecto a la situación jurídica concreta cuya violación se alega, hasta tanto se resuelva el fondo del asunto. En efecto, ya hemos visto y comentado la previsión contenida en el único aparte del artículo 3° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales , que establece el amparo ejercido conjuntamente con el recurso de inconstitucionalidad. En el mismo sentido está concebido el aparte único del artículo 5° *ejusdem*, que consagra el amparo conjunto con el recurso contencioso administrativo de nulidad y con la acción de carencia, constituyendo una vía accesoria y cautelar. Esta disposición señala:

> **Artículo 5°. (...)**
>
> **Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad, conjuntamente con el recurso contencioso -administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.**

La vía establecida en la norma transcrita se denomina "amparo cautelar" y constituye una acción de carácter accesoria, que amplía todavía más las posibilidades del control difuso de la constitucionalidad. Su efecto es provisorio, mientras dure el juicio principal y su efecto es la suspensión de la aplicación del acto impugnado con respecto de la situación particular del particular agraviado.

e) Amparo sobrevenido

El ordinal 5° del artículo 6° de la Ley Orgánica de Amparo prevé una forma particular de interposición de la acción de amparo. En efecto, cuando en un determinado proceso judicial ocurren irregularidades causadas por las partes, terceros, jueces o algún órgano auxiliar de justicia que amenacen o vulneren un derecho o garantía constitucional, la parte agraviada puede solicitar al mismo juez de la causa la protección del amparo constitucional, el cual se tramitará mediante la apertura de una incidencia, que se regirá por el procedimiento pautado en los artículos 23, 24 y 26 *ejusdem*, sin que por ello se paralice el juicio principal.

II. EL CONTROL ABSTRACTO (LA VÍA JURISDICCIOAL PARA OCNOCER DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y OTROS ACTOS JURÍDICOS GENERALES DE INFERIOR RANGO)

Además de los anteriormente señalados medios de control concreto de la constitucionalidad, en Venezuela la protección del orden jurídico constitucional comprende también algunos mecanismos de control general o abstracto, esto es, dirigidos a revisar la constitucionalidad de aquellos actos normativos de efectos generales. Las leyes nacionales y los actos generales emanados de los cuerpos legislativos nacionales, las constituciones y las leyes estadales, las ordenanzas municipales y los demás actos generales de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios, así como los reglamentos y demás actos generales de la Administración Pública, pueden ser objeto de impugnación por razones de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.

A. LEGITIMIDAD

Antes de que entrara en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no cabía duda de que en Venezuela, la acción de inconstitucionalidad contra los actos normativos de carácter general correspondía a todo habitante del país. Nada más lógico en efecto: la constitucionalidad de un acto de efectos generales es una cuestión que interesa a todos. Por eso la doctrina, así como la jurisprudencia, no vacilaban en afirmar que la legitimación activa para el ejercicio

de este recurso se logra con el simple interés, es decir, con el interés que puede tener cualquier sujeto de derecho en que los actos estatales se adecuen al principio de la constitucionalidad. En este sentido, la acción por inconstitucionalidad de los actos de efectos generales era considerada como una "acción popular", es decir, disponible para cualquier habitante de la República.

Ahora bien, al entrar en vigencia en 1977 la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la misma estableció en su artículo 112, al referirse a la legitimidad para impugnar los actos generales, que el actor *"sea afectado en sus derechos o intereses..., por Ley, Reglamento, Ordenanza u otro acto de efectos generales"*, con lo cual creó grandes dudas sobre si se continuaba manteniendo o no el carácter de acción popular. La jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa fue delineando el alcance de la norma del artículo 112, lo cual derivó de los fallos que a continuación se comentan.

1. Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa en materia de legitimidad.

a) Sentencia del 24 de abril de 1980, caso Fiscal General de la República

La primera sentencia, que sirve como punto de partida a la delimitación paulatina del concepto de legitimidad que la jurisprudencia ha ido desarrollando, es la relativa al caso denominado "Fiscal General de la República", dictada el 24 de abril de 1980. En el fallo señalado, la Sala se pronunció sobre la condición del coadyuvante, esto es, del tercero interesado que en atención al cartel de emplazamiento ocurre ante el Tribunal para adherirse al impugnante. Al coadyuvante se le exige la misma legitimidad que la ley pretende del recurrente, y

que varía si se trata de un acto general o si se trata de un acto particular. En el caso de los actos generales, la legitimidad -señala la Sala- es *"la cualidad genérica de cualquier ciudadano para intentarla (acción popular); en cuanto que, si el recurso es contra un acto individual, el recurrente debe tener un interés personal, legítimo y directo en impugnarlo"*. Con esta doctrina, la Sala omitió el análisis del artículo 112, y dogmáticamente estimó que la acción popular regía para la impugnación de todos los actos generales y que tal condición se extendía a los oponentes y coadyuvantes. De lo anterior dedujo la Sala que sólo podían hacerse parte en los procedimientos del recurso, la personas que reuniesen las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente.

b) Sentencia del 10 de noviembre de 1986 de la Sala Político-Administrativa, caso "Fiscal General de la República II"

En la sentencia del 10 de noviembre de 1986 de la Sala Político-Administrativa, denominada "Fiscal General de la República II", la Sala refiriéndose concretamente al recurrente, consideró que la condición de legitimado activo, cuando se ejerce el control de la constitucionalidad de los actos de efectos generales, corresponde a *"cualquier ciudadano"*, por lo cual no se requiere acreditar ninguna condición o situación especial. Se aprecia de este fallo que la Sala estimó una legitimación amplia (acción popular) con relación al control de la constitucionalidad. Una vez declarado que se trata de un acto general, en el fallo comentado se atiende a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, indicándose que dicha norma se aplica tanto a los actos que tienen carácter legal, como a los que tienen carácter reglamentario. Indica la Sala que, la legitimidad no varía por la naturaleza de los vicios, de

inconstitucionalidad o de ilegalidad. Sin embargo, considera que en el artículo 112 está consagrando una verdadera acción popular.

c) Sentencia del 1° de julio de 1980 de la Sala Político Administrativa, caso Luis Daniel Ortíz

La sentencia conocida como caso *"Luis Daniel Ortiz"* del 1° de julio de 1980, también de la Sala Político-Administrativa, señaló que la legitimación activa que, con anterioridad a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se reconocía a todo ciudadano para solicitar la anulación de cualquier ley nacional o acto general de los cuerpos legislativos que colidan con la Constitución, parecía haberse restringido a raíz de la ley vigente, en virtud de los requisitos establecidos en el artículo 112. En efecto, señaló la Sala en esa oportunidad que, la exigencia de que el recurrente se considere afectado en sus intereses, debía interpretarse en el sentido de evitar el ejercicio de acciones temerarias o intrascendentes, y no como un impedimento que obstaculice el inicio de cualquier acción que tienda a la salvaguarda del Estado de Derecho, cuyo fundamento esencial se encuentra en las normas de la Constitución. Indica la sentencia que respecto a los impugnantes, que se presentaron como abogados de la República *"en razón de su profesión, constituye un imperativo moral y cívico específico la defensa de las instituciones jurídicas, sobre las que descansan la organización democrática del Estado Venezolano"*.

Vista la jurisprudencia dictada en la materia, puede afirmarse por lo tanto que el criterio predominante es el de considerar al recurso de inconstitucionalidad como una acción popular, cuando se dirige contra las leyes y demás actos

normativos, en razón de lo cual, cualquier ciudadano puede ejercerla en cualquier tiempo. Lo anterior autorizaría asimismo al Ministerio Público, al Procurador General de la República y a otros funcionarios públicos, tales como el Presidente de la República o sus ministros, etc.

Sin embargo, la restricción del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no es aparente, sobre todo cuando se trata de la impugnación de actos generales pero cuyos efectos se circunscriben a un sector específico de la población. En estos casos, la popularidad de la acción se restringe al ámbito de aplicación de la norma impugnada. Así, por ejemplo, si se trata de la ley de un Estado o de una ordenanza Municipal, se requerirá que el impugnante resida en dicho Estado o Municipio. La legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los actos normativos de efectos generales, se logra, pues, con un simple interés, aún cuando éste deba ser específico.

B. COMPETENCIA

En todo caso, la competencia para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad de los actos de efectos generales corresponderá a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena o en Sala Político Administrativa, dependiendo del órgano del cual emana el acto impugnado.

C. La acción de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena

1. El control *a priori* de las leyes a solicitud del Presidente de la República (ordinal 2° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia)

En Venezuela, el control de la constitucionalidad de las leyes es en general *a posteriori*, es decir, se efectúa posteriormente a su publicación -inclusive si éstas no han adquirido vigencia en virtud de una *vacatio legis*-. Sin embargo, el artículo 42, ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, atribuye excepcionalmente al Presidente de la República, la facultad de solicitar a la Corte Suprema de justicia, declare la inconstitucionalidad de una ley, antes de ponerle el ejecútese, fase final del procedimiento de formación de las leyes.

En efecto, según el artículo 173 de la Constitución, el Presidente de la República debe promulgar las leyes dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido del Congreso. Durante ese lapso, el Presidente puede sin embargo devolver la ley al Congreso, solicitando su reconsideración. Esta solicitud podrá repetirla hasta por una vez más, si el Congreso se ha pronunciado sobre sus observaciones con el voto de las dos terceras partes de los presentes. Revisada por segunda vez la solicitud del Presidente, éste debe promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo. Pero si su objeción se debe a razones de inconstitucionalidad, entonces puede ocurrir a la Corte Suprema de Justicia para que ésta se pronuncie.

a) El procedimiento

El procedimiento para la tramitación de esta acción es brevísimo. La Corte debe decidir en el término de 10 días. En caso de que se declare la constitucionalidad de la ley en cuestión o si la Corte no se pronuncia en el término señalado, el presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión o al vencimiento del término.

2. El control de las leyes nacionales y demás actos generales de los cuerpos legislativos nacionales; de las constituciones y leyes estadales, ordenanzas municipales y demás actos generales de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios; y de los reglamentos y demás actos generales del Ejecutivo Nacional.

a) Competencia

El conocimiento de la acción de nulidad por inconstitucionalidad corresponde en general a la Corte en Pleno. Ello es así cuando el acto impugnado es una ley nacional u otro acto general de los cuerpos legislativos nacionales; la constitución o una ley de un Estado, una ordenanza municipal u otro acto de los Estados y Municipios; y los reglamentos y demás actos generales del Ejecutivo Nacional.

b) El procedimiento

(i) Normas que lo rigen.

El procedimiento que rige la tramitación de esta acción es el establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia: el mismo día en que se da cuenta de la interposición del recurso, el Presidente de la Corte en Pleno remite al Juzgado de

Sustanciación los autos y sus anexos. A las tres audiencias siguientes, el Juzgado de Sustanciación decide acerca de la admisibilidad de la acción. En dicho auto de admisión se dispone notificar al Presidente del cuerpo o al funcionario que haya dictado el acto impugnado, y se solicita dictamen al Fiscal General de la República; se notifica asimismo a la Procuraduría General de la República, si en el juicio están en juego los intereses patrimoniales de la República, así como a los eventuales interesados. A partir de la fecha en que se publique el cartel de emplazamiento a los interesados, se abre un lapso de sesenta días, dentro del cual los interesados promueven y evacuan pruebas. Concluido el lapso probatorio, se devuelven los autos a la Corte, se designa Ponente y comienza la relación de la causa, la cual consiste en el estudio individual o colectivo del expediente por los Magistrados de la Corte. Transcurridos los primeros quince días de la relación, tiene lugar el acto de informes, y luego corre la segunda etapa de la relación, durante veinte audiencias. La relación puede prorrogarse hasta treinta días. Y dentro de los treinta días después de concluida la relación, la Corte dicta sentencia.

Entre nosotros, la elaboración de un proyecto de sentencia narra con cierta fidelidad las fases del proceso y los argumentos de los intervinientes para luego expresar el criterio de la Corte y la consiguiente decisión señalando los efectos que la misma tiene en el tiempo. Las decisiones que modifican o anulan leyes se publican el Gaceta Oficial. Las impugnaciones más frecuentes versan sobre materia fiscal municipal.

c) La asignación de ponencias

De acuerdo al artículo 41 del Reglamento de Reuniones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, *"las ponencias serán asignadas por el Presidente tomando en*

cuenta la naturaleza del asunto a considerar en relación con la especialidad de los Magistrados, y el número de aquéllas asignadas con antelación a cada uno de ellos". Igualmente, el artículo 42 *ejusdem* establece que *"el Presidente de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, actuará como Ponente en los casos que él mismo se reserve"*.

Efectuada en la anterior forma la designación del ponente para cada asunto que ingresase, éste presentará oportunamente a los demás Magistrados un proyecto de decisión (artículo 44). Según el artículo 43 del Reglamento, en los casos de amparo constitucional, así como en materia contencioso electoral, el ponente dispondrá de treinta días de despacho a contar desde el auto de admisión del recurso o desde la publicación del cartel de notificación a los terceros interesados.

d) Control sobre el uso indebido del recurso

El uso indebido de la acción de inconstitucionalidad está poco controlado en el sistema venezolano en el cual el juez sólo tiene la facultad de exigir de los abogados la obediencia al principio de lealtad y probidad en el proceso y es así como el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil señala:

> **Artículo 17. El juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.**

De lo anterior se evidencia que solamente puede limitarse el uso de los medios jurisdiccionales cuando se actúe fuera de los valores precedentemente indicados. No hay posibilidad alguna de limitar por otra vía las acciones de

inconstitucionalidad y el juez debe sentenciar aún cuando se trate de temas de importancia menor.

3. El control mixto.

Procesalmente, es posible acumular un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra un acto administrativo individual y otra contra un acto de efectos generales. Este es el caso cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo de efectos particulares y al mismo tiempo la del acto general que le sirve de fundamento.

Este caso, regulado por el artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es del conocimiento de la Corte en Pleno y el procedimiento para su tramitación es el mismo establecido para las demandas de nulidad por inconstitucionalidad de los actos generales.

El efecto de una declaratoria judicial de inconstitucionalidad de un acto de efectos particulares y del acto general en aplicación del cual fue dictado, es, naturalmente, doble: por una parte, con respecto al accionante, por cuanto el acto de efectos particulares anulado carece de fuerza ejecutoria.

Por lo que atañe a la disposición general anulada con respecto a la colectividad en general, la misma desaparece pura y simplemente del ordenamiento jurídico salvo que, en ejecución de la potestad que tiene el tribunal con base en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, le sea acordado al fallo una eficacia diferente.

4. La acción de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa

Residualmente, el control de los actos generales del Consejo Nacional Electoral y de otros órganos de igual jerarquía es de la competencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. El procedimiento que se sigue en estos casos es el mismo establecido para las demandas de nulidad por inconstitucionalidad de los actos generales.

CONCLUSIÓN

1.- En Venezuela, los diferentes medios jurisdiccionales de control de la constitucionalidad se agrupan (*summa divisio*) en dos grandes categorías:: el **control concentrado** de la constitucionalidad y el **control difuso** de la constitucionalidad.

El primero se denomina así porque se efectúa por ante un único organismo jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia, bien en Sala Plena o bien, en su Sala Político Administrativa

Por lo que atañe al control difuso, el mismo se realiza mediante la inaplicación de las normas que resulten contrarias a una disposición constitucional, respecto al supuesto concreto que deba ser objeto de decisión, correspondiendo la competencia a cualquier juez que deba decidir un caso en el cual la disposición aplicable se considere contraria a la norma constitucional. La previsión del control difuso se encuentra en el artículo 20 de nuestro Código de Procedimiento Civil, pero asimismo, en las disposiciones que regulan el amparo constitucional contra las normas, ya que el juez al acordar la protección que le es solicitada, puede ordenar la inaplicación del dispositivo a la situación específica cuando el mismo resulte violatorio de la Constitución.

La acción de amparo contra norma puede ejercerse, tanto en forma autónoma como conjuntamente con un recurso de nulidad por inconstitucionalidad. En este último caso, el amparo tiene carácter accesorio.

Ahora bien, tanto la inaplicación prevista en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, como el amparo autónomo contra norma, conforma el control difuso, por cuanto corresponde a cualquier juez competente.

2.- A pesar de lo señalado en el número que antecede, es posible y conveniente utilizar en nuestro sistema la distinción propuesta en el "Prontuario", la cual rige en Guatemala y en otros sistemas latinoamericanos.

La ponencia que hemos presentado se somete a la distinción entre el **control concreto** de la constitucionalidad y el **control abstracto o general**. El primero de los mencionados, tiene como característica que sólo puede plantearse por quien posea un interés jurídicamente protegido, y además, su efecto no puede ser sino la inaplicación de la norma al caso *sub judice*. El control abstracto puede ejercerse a través de una acción popular y, su efecto puede ser el de la declaratoria de la nulidad total o parcial de la norma impugnada.

3.- El control concreto de la constitucionalidad en el Derecho venezolano, entendido como la protección jurisdiccional de la constitucionalidad con respecto a situaciones jurídicas particulares, se manifiesta a través de las siguientes vías: **a)** la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos de efectos particulares; **b)** la aplicación preferente de la Constitución mediante el mecanismo de la inaplicación de la norma que contrasta con ella; y, **c)** la acción de amparo constitucional.

4.- La acción de nulidad por inconstitucionalidad contra actos administrativos de efectos particulares, está consagrada en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en los ordinales 10, 11 y 12 del artículo 42, correspondiendo a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia su conocimiento.

5.- La aplicación preferente de la Constitución mediante el mecanismo de la inaplicación de norma que se encuentra en contraste con ésta está genéricamente

reconocido en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece que: *"Cuando la ley vigente cuya aplicación se pida colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia"*.

6.- La acción de amparo constitucional es otra vía para el control concreto de la constitucionalidad. El ejercicio de esta acción, prevista en el artículo 49 de la Constitución y desarrollado en una ley orgánica, tiene diversas modalidades, ya que se prevé: **a)** el amparo contra norma; **b)** el amparo contra actuaciones materiales del Poder Público y los particulares; **c)** amparo contra sentencia y otros actos jurisdiccionales; **d)** el amparo ejercido conjuntamente con el recurso de nulidad; y, **e)** el amparo sobrevenido.

7.- Por lo que atañe al control abstracto de la constitucionalidad, el mismo se realiza a través de dos vías: **a)** mediante la acción de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, la cual puede constituir, o bien un control *a priori* de las leyes, a solicitud del Presidente de la República, o bien el control de las leyes nacionales y demás actos generales de los cuerpos legislativos, así como de las ordenanzas municipales; y, **b)** mediante la acción de nulidad ante la Sala Político Administrativa.

8.- En los momentos actuales, la Corte Suprema de Justicia preparó, a través de una comisión integrada por Magistrados representantes de todas las Salas, y presidida por el constitucionalista Magistrado Humberto J. La Roche, un anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Constitucional que debería presentarse ante los organismos competentes, poseyendo, como posee la Corte, poder de iniciativa en materia de formación de las leyes. La situación de expectativa que vive actualmente el país ante la elaboración de una nueva constitución y la parálisis del Congreso, derivada de una serie de circunstancias políticas, son hechos que inciden sobre el destino del proyecto en cuestión.

9.- En los momentos actuales se elabora, por medio de una Asamblea Nacional Constituyente, que se conformara en virtud de un referéndum consultivo, un nuevo texto constitucional cuyo proyecto prevé la configuración una Sala Constitucional que funcionaría en el seno del Tribunal Supremo de Justicia. El proyecto de Constitución debería ser aprobado, igualmente, mediante referéndum.

10.- La situación actual es particularmente compleja, pero de gran interés jurídico ante la presencia de una Asamblea Nacional Constituyente constituida *de iure* que ha pretendido asumir algunos controles de constitucionalidad. En el momento en que se elaboró la presente ponencia, aun la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena no ha hecho pronunciamiento alguno sobre el recurso planteado por el Presidente de la Cámara de Diputados del Presidente de la República contra algunos actos de dicha Asamblea. La pendencia del recurso, y la condición de Magistrado que ostenta la autora del presente texto, le impide opinar sobre la cuestión de fondo planteada en dicho recurso que, naturalmente, es de una importancia capital a los fines de la descripción del sistema que rige en nuestro país. Lo anterior implica que algunos de los conceptos expresados en el texto podrían ser modificados ante los nuevos acontecimientos que sobrevengan.

INTRODUCCIÓN 1

I. CONTROL CONCRETO (LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD CON RESPECTO A SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES) 4

A. LA ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS PARTICULARES (42, 10°, 11° Y 12°) 5

1. Alcance y competencia 5

2. Forma de ejercicio de la acción. Legitimación 6

3. Naturaleza de las violaciones alegadas 6

4. Procedimiento del recurso 7

B. LA APLICACIÓN PREFERENTE DE LA CONSTITUCIÓN MEDIANTE EL MECANISMO DE LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA QUE SE ENCUENTRA EN CONTRASTE CON ÉSTA. (ARTÍCULO 20 DEL CPC) 9

1. Naturaleza del medio establecido 9

2. Sujetos del debate 10

3. Efecto del planteamiento 10

4. Revisión del fallo 12

C. LA ACCIÓN DE AMPARO 12

1. La previsión constitucional y su desarrollo legal 12

2. Tipos de amparo 13

3. Competencia 14

4. Requisitos de admisibilidad 15

5. Legitimación activa. Intereses difusos 16

6. Representación y asistencia judicial 17

7. El procedimiento 17

8. Tipos de amparo 19

a) Amparo contra normas 19
b) Amparo contra actuaciones materiales del Poder Público y de los particulares 22
c) Amparo contra sentencias 23
d) Amparo ejercido conjuntamente con el recurso de nulidad 23
e) Amparo sobrevenido 23

II. EL CONTROL ABSTRACTO (LA VÍA JURISDICCIOAL PARA COCNOCER DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y OTROS ACTOS JURÍDICOS GENERALES DE INFERIOR RANGO) 23

A. LEGITIMIDAD 23

1. Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa en materia de legitimidad 23

a) Sentencia del 24 de abril de 1980, caso: Fiscal General de la República 23
b) Sentencia del 10 de noviembre de 1986 de la Sala Político-Administrativa, caso: "Fiscal General de la República II" 23
c) Sentencia del 1° de julio de 1980, caso Luis Daniel Ortíz 23

B. COMPETENCIA 23

C. LA ACCIÓN DE NULIDAD ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SALA PLENA 23

1. El control a priori de las leyes a solicitud del Presidente de la República (art. 42, ord. 2°) 23

a) El procedimiento 23

2. El control de las leyes nacionales y demás actos generales de los cuerpos legislativos nacionales; de las constituciones y leyes estadales, ordenanzas municipales y demás actos generales de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios; y de los reglamentos y demás actos generales del Ejecutivo Nacional. 23

a) Competencia 23
b) El procedimiento 23
c) La asignación de ponencias 23
d) Control sobre el uso indebido del recurso 23

3. El control mixto 23

4. La acción de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa 23