

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL

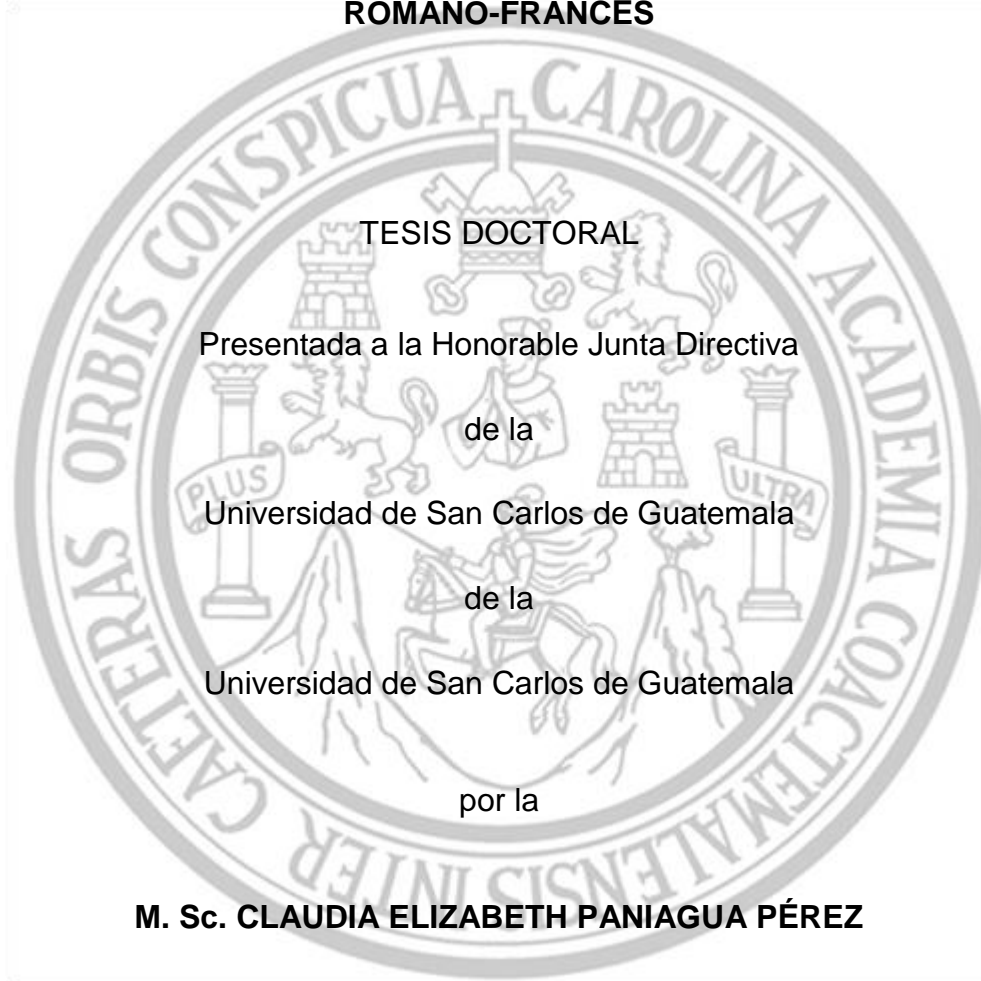
**EL *LEADING CASE* AMERICANO Y SU ADAPTACIÓN
A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA
ROMANO-FRANCÉS**

M. Sc. CLAUDIA ELIZABETH PANIAGUA PÉREZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2022

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL LEADING CASE AMERICANO Y SU ADAPTACIÓN
A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA
ROMANO-FRANCÉS**



TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por la

M. Sc. CLAUDIA ELIZABETH PANIAGUA PÉREZ

previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Guatemala, abril de 2022

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL III	Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE:	Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr. Saúl González Cabrera
SECRETARIO:	Dr. Mario Eduardo Ochoa Crocker

RAZÓN: “El autor es propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado.

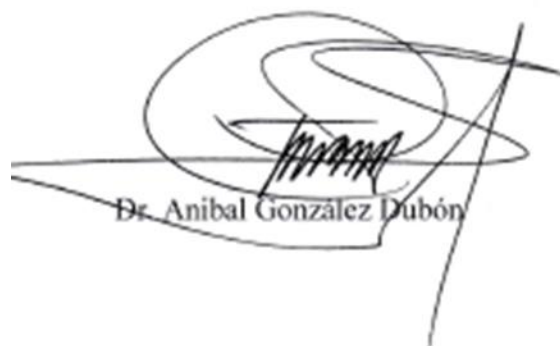
Guatemala, 06 de septiembre del año 2021.

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Cáceres Rodríguez:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la **Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional** de la Maestra **CLAUDIA ELIZABETH PANIAGUA PÉREZ**, con número de **carne 9413020** titulada **"EL LEADING CASE AMERICANO Y SU ADAPTACIÓN A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA ROMANO-FRANCÉS"**, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal Examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Anibal González Dubón

Guatemala, 24 de septiembre de 2021

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**EL LEADING CASE AMERICANO Y SU ADAPTACIÓN A LA DOCTRINA
CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA ROMANO-FRANCÉS**

Esta tesis fue presentada por la Mtra. Claudia Elizabeth Paniagua Pérez, del Doctorado en Derecho Constitucional de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 14 de octubre del dos mil veintiuno.-----

En vista de que la MSc. Claudia Elizabeth Paniagua Pérez aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 20-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL LEADING CASE AMERICANO Y SU ADAPTACIÓN A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA ROMANO-FRANCÉS”**.
Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

A DIOS

Por guiar mis pasos y ser la luz en mi camino, por permitirme lograr y disfrutar este triunfo.

A MIS PADRES

Por ser la base para este logro, ejemplo genuino de humildad y trabajo. Quienes me han enseñado a afrontar adversidades sin perder el rumbo, ni desfallecer en el intento, les debo lo que soy y son mi motivo para darme fuerzas para seguir salir adelante. Es la herencia más valiosa que he podido recibir.

A MIS HERMANOS

Alex David flores sobre su tumba y **Eddy Giovanni**, la vida no es lo mismo sin ti, nos haces falta, las buenas personas siempre encuentran su camino y el tuyo está lleno de luz, fuiste el regalo más grande que Dios me dio en la tierra, ahora ambos son mis ángeles que me cuidan desde el cielo, quienes siempre estarán en mis oraciones y les prometo siempre honrar su memoria. Quiero siempre ser su orgullo. Siempre estarán en mi corazón.

A TI

Luis Gustavo Murga Lara con todo mi amor, eres el ingrediente perfecto para poder lograr alcanzar esta dichosa victoria, por cada momento vivido, ya que juntos alcanzamos esta meta. Gracias por ser mi motivación e inspiración.

A MIS AMIGOS

Porque sé que comparten conmigo la alegría de ver culminada esta etapa este logro también es suyo. La vida me ha premiado con su valiosa

amistad y apoyo. Y, a todas las personas que me apoyaron e hicieron posible finalizar este trabajo con admiración y respeto.

ÍNDICE



Introducción	i
Capítulo I: El precedente o <i>leading case</i> en el sistema jurisprudencial del <i>common law</i>	1
1.1. El precedente judicial en el sistema inglés	1
1.2. El <i>judicial review</i> en el sistema estadounidense	9
1.3. Las fuentes del derecho en el sistema estadounidense	10
1.3.1 El precedente	11
Capítulo II: La jurisprudencia como fuente de derecho en el sistema judicial estadounidense	15
2.1. El principio del <i>stare decisis</i>	15
2.2. Justificación del <i>stare decisis</i>	18
2.2.1 Equidad, previsibilidad e integridad del sistema judicial	18
2.2.2 Eficiencia judicial	20
2.2.3 Una decisión judicial bien motivada	21
2.3. La aplicación de los principios de <i>stare decisis</i>	21
2.3.1 Descripción del sistema judicial de los Estados Unidos de América	21
2.3.2 Organización de las cortes federales	23
2.3.3 Funcionamiento de los principios de <i>stare decisis</i> en el sistema de la Corte Federal de los Estados Unidos	27
2.3.4 La solución jurídica presentada	29
2.3.5 La relación entre las cortes	29
2.3.6 Alcance de la <i>ratio decidendi</i>	33
2.4. Los límites de los principios de <i>stare decisis</i>	40
2.4.1 Aplicación de factores	47
2.4.1.1 Si la norma es inaplicable en la práctica	47



2.4.1.2 Si la situación jurídica de una persona basada en la confianza (<i>reliance interest</i>), implica una especial dificultad e inequidad en caso de que el precedente fuera revocado	48
2.4.1.3 Si los principios jurídicos relacionados han dejado en el precedente un remanente o anacronismo	50
2.4.1.4 Si los hechos han cambiado o llegan a ser diferentes	52
2.5. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en el sistema jurídico guatemalteco y la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho	58
2.6. Análisis de la facultad que posee la Corte de Constitucionalidad para innovar su jurisprudencia	60
7. Análisis del artículo 190 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en cuanto al precedente que sientan las sentencias de inconstitucionalidad en caso concreto	62
8. Análisis de la doctrina de la obligatoriedad <i>de facto</i> de los precedentes constitucionales	65
Capítulo III: La interpretación de la Constitución y la jurisprudencia constitucional en el sistema romano-germánico	69
3.1. Interpretación y jurisprudencia constitucional	69
3.2. La interpretación constitucional	70
3.2.1 Concepto de interpretación	70
3.2.2 La interpretación de la Constitución	74
3.2.2.1 Peculiaridades de la norma constitucional en relación con su interpretación	75
3.2.2.2 El método de la interpretación constitucional	80
3.2.2.3 Los intérpretes constitucionales	89
3.3. La jurisprudencia constitucional	93
3.3.1 Los tribunales constitucionales como intérpretes supremos de la Constitución	93
3.3.2 Concepto de jurisprudencia constitucional	96
3.3.3 El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional	99

3.3.4 La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho



Capítulo IV: La función del precedente en el sistema romano-germánico	109
4.1. El Estado constitucional	109
4.2. La fundamentación del precedente constitucional en el orden jurídico continental, romano canónico o romano germánico	113
4.2.1 La inexistencia de un reconocimiento constitucional o legal	113
4.2.2 El reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional	117
4.3. Los obstáculos de la jurisprudencia como fuente de derecho en la tradición jurídica romano-germánica	120
4.4. Los obstáculos político-jurídicos	123
4.5. El argumento de la separación de poderes	123
4.6. La cuestión de la legitimidad en las democracias electivas	126
4.7. Los obstáculos jurídico-judiciales contradictorios	128
4.8. La interdicción de proferir sentencias de reglamento	129
4.9. La prohibición de la negación de justicia	131
4.10. La aceptación de la creación indirecta y moderada del derecho por parte del juez	134
4.11. La creación implícita del derecho por parte de las técnicas de interpretación	135
4.12. La creación del juez cuando llena las lagunas legales	136
4.13. El descubrimiento de principios generales de derecho por parte del juez	138
4.14. La consustancialidad entre la aplicación del derecho y la creación del derecho por parte del juez	140
4.15. La interpretación de la norma es una misión necesariamente creadora	141
4.16. La jurisprudencia como suplemento del derecho	143
Capítulo V: La sentencia constitucional en el sistema romano-germánico	147
5.1. Presupuestos de la decisión constitucional para su comunicación	147
5.2. Elementos de la comunicación judicial	149
5.3. Los elementos interpretativos de la sentencia constitucional	154

5.4. Tipologías de sentencias constitucionales

5.4.1 Clasificación de la tipología de sentencias constitucionales

5.4.2 La tipología de sentencias constitucionales en la exposición de
Olano García

Conclusión

Bibliografía

159

159

162

177

179



INTRODUCCIÓN



La potestad como revisión judicial (*judicial review*), en los Estados Unidos de América consiste en el poder de los tribunales federales para revisar las acciones de autoridades legislativas y ejecutivas, bien sean federales o estatales, con objeto de determinar si dichas acciones son consistentes con la Constitución y, en caso de no serlo, declarar inválido el acto de autoridad. A nivel estatal, los tribunales de cada entidad federativa cuentan con esta misma atribución para velar la debida observancia de sus respectivas Constituciones estatales.

Esta importante facultad fue reconocida al poder judicial en el ya conocido caso *Marbury vs. Madison*. En la respectiva decisión, el presidente de la Corte Suprema en esa época, el magistrado John Marshall, resolvió que una disposición aprobada por el Congreso, la Ley de la Judicatura de 1789, era inconstitucional y, por lo mismo, inválida, ya que otorgaba un tipo de jurisdicción originaria a la Corte Suprema que la misma Constitución no contemplaba.

En efecto, la Constitución americana reconoce a ese máximo tribunal, en su artículo III, sección segunda, jurisdicción original solo en los asuntos en que tomen parte las entidades federales o los diplomáticos extranjeros, y dado que, en la citada Ley de la Judicatura se autoriza a la Corte Suprema a emitir *Writs of Mandamus* (el *writ of mandamus* es una orden judicial a cualquier autoridad administrativa de Estados Unidos, tribunal, individuo particular o corporación gubernamental o privada, disponiendo la ejecución de un acto en concreto, respecto del cual existe



una obligación de realizarlo impuesta en la ley) el magistrado Marshall concluyó que el Congreso había creado una tercera categoría de jurisdicción original y, en consecuencia, rebasado los límites de la Constitución.

Así pues, el magistrado Marshall empleó un proceso de razonamiento lógico que lo llevó a deducir que existe un poder para invalidar la legislación viciada de inconstitucionalidad, concluyendo que dicho poder pertenece a la judicatura. Tales fueron las bases para esta atribución que, no obstante, no fue utilizada nuevamente sino hasta después de varias décadas, convirtiéndose en *leading case* de la revisión judicial americana.

Cabe señalar que la revisión judicial es una facultad a la cual la Constitución no hace referencia explícita en su texto, motivo por el cual la decisión del magistrado Marshall ha sido calificada como contradictoria en sí misma y la revisión judicial como una usurpación de funciones.

Leading case debe entenderse como un asunto que se decide en un tribunal o corte y que luego es usado o sirve como pauta para resolver casos similares. En otras palabras, un *leading case* es un precedente que se utiliza en la solución de casos similares que guarden un contenido esencial con el *quid* del asunto resuelto previamente y convertido en precedente.

El derecho americano es heredero, en la mayor parte de sus principios, del derecho inglés. Es un derecho jurisprudencial, en el sentido de que las formas de



solución de los litigios son establecidas por los jueces, cuyo resultado se denomina *precedente*, el cual está íntimamente ligado a la doctrina del *stare decisis*, que señala que los casos análogos deberían ser resueltos de forma similar a la solución que se le dio en casos anteriores.

El sistema del precedente judicial se basa en la máxima latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa: mantener lo que ha sido decidido y no perturbar lo establecido. Este principio soporta la idea de justicia y provee de certeza legal. El precedente solo puede operar si las razones legales de decisiones pasadas son conocidas, por lo que al final del caso habrá una sentencia, es decir, una explicación del juez de la decisión y de sus razones para llegar a dicha decisión.

La explicación de los principios legales sobre los cuales la decisión es hecha, se llama en latín *ratio decidendi* (la razón para decidir). No todos los enunciados de una decisión de una sentencia son susceptibles de convertirse en precedente, únicamente una parte de la decisión se impondrá en el futuro a las jurisdicciones inferiores; la regla establecida por esta decisión, únicamente da la forma como fue aplicada a los hechos del caso.

El precedente entonces, es una regla limitada a los hechos a los que fue aplicado; en consecuencia, si una regla fue enunciada por el juez, pero no fue aplicada en el caso, no constituirá la *ratio decidendi*, y no formará entonces parte del precedente. Todas las partes de la sentencia que no forman parte de la *ratio decidendi* del caso concreto, se llaman en latín *obiter dicta* (*obiter dictum* en



singular), que significa: *los comentarios hechos de paso*. Esto sucede cuando un juez se pronuncia sobre el estado del derecho en relación con una cuestión conexa que no era necesario abordar para resolver el caso: su declaración es un *obiter dictum*, un comentario que no tiene fuerza de precedente.

Si desde el punto de vista legal, un caso nunca ha sido juzgado con anterioridad, lo que el juez decida determinará un nuevo precedente para los casos futuros, que se presenten, es decir, un precedente original. Al no haber casos pasados para que el juez determine su decisión, podría recurrir a los casos más parecidos y utilizar reglas similares. Existen dos tipos de precedentes: primero el precedente obligatorio, el cual debe seguirse aun cuando el juez que resuelve el caso no está de acuerdo con su principio legal, pues los hechos del caso que está resolviendo son suficientemente similares al caso original. Segundo, el precedente persuasivo, el cual no obliga al tribunal que resuelve, pero el juez puede considerar y decidir que es un principio correcto, por lo que se ve persuadido a seguirlo.

Existen ciertos límites lógicos a la doctrina del precedente. En primer lugar, los jueces no se encuentran vinculados por las sentencias emitidas *per incuriam*, es decir, en la ignorancia de un elemento de derecho positivo para solucionar el litigio. En segundo lugar, cuando se encuentra en presencia de precedentes contradictorios, el juez recobra su libertad y puede optar por emitir su sentencia en uno u otro de los sentidos.



Para determinar si un precedente es o no aplicable al caso que le corresponde responder, el juez deberá utilizar el *distinguishing*: la distinción entre la situación actual que se está ventilando en el tribunal para resolver el caso, y los hechos que ocurrieron en el precedente que se está citando. El juez estudia los hechos del caso actual y del anterior para ver si existe una analogía importante para que les sea posible aplicar esa regla de derecho. De esa suerte, si el precedente no tiene una analogía con el caso actual, no necesariamente tendrá que ser tomado en cuenta y aplicado; si uno de los abogados está convencido de que ese precedente sí puede ser aplicado, podrá recurrir a la apelación. Cabe subrayar también que el juez no puede crear jurisprudencia preventiva, lo cual traería como consecuencia problemas como la retroactividad en la revisión jurisprudencial.

El sistema del *stare decisis* tiene injerencia sobre tres tipos de Cortes: en primer lugar, las cortes inferiores se encuentran obligadas a seguir el sustento de las determinaciones hechas por las cortes superiores; por otra parte, es de esperar que esa Corte superior siga sus propios precedentes. Sin embargo, como ya se explicó, esta Corte puede modificar dicho precedente (*distinguishing*) si considera que las circunstancias del caso actual son distintas a las de caso anterior; también puede desechar un precedente (*overrule*) justificando que es necesario elaborar una nueva norma. Por último, las cortes de otras jurisdicciones pueden utilizar un precedente como forma de persuasión y con ello pueden adoptarlo como algo innovador.



La fuerza del precedente dependerá de la argumentación que se da en la resolución de un caso. Al respecto, la doctrina ha establecido tres metas para el proceso de adjudicación: a) los casos iguales deberán ser resueltos como lo fueron con anterioridad; b) el *stare decisis* permite cierto grado de predictibilidad respecto de las resoluciones que podrá emitir un juez, por lo que las personas podrán evitar con mayor facilidad verse envueltas en algún litigio; c) la doctrina permite que los jueces resuelvan casos de forma más eficiente sin tener que volver a considerar aquellos que fueron resueltos con anterioridad y crear cierta igualdad entre los mismos.

¿Es posible realizar una adaptación del sistema de precedente o *leading case* americano al sistema del derecho romano-canónico? En otras palabras ¿constituye todo precedente constitucional motivo de *ratio decidendi* para resolver los casos similares posteriores? ¿Cuál es la función del precedente constitucional en el sistema romano-germánico?

Las corrientes contemporáneas del derecho constitucional, en especial la corriente del neoconstitucionalismo, pregonan por una interpretación principialista de la Constitución; especialmente fundamentadas en los principios de supremacía constitucional y de la fuerza normativa de la Constitución; reforzados estos principios *a fortiori* por el argumento de la supremacía de los derechos fundamentales en la interpretación de la Constitución. Esto ha dado lugar a algunas críticas que señalan el excesivo activismo judicial de los tribunales constitucionales y culminan en la crítica que se ha dado en llamar *el gobierno de los jueces*.



El punto esencial de estas doctrinas es, que en la interpretación constitucional debe hacerse prevalecer el valor de los derechos fundamentales en toda resolución de los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, los derechos fundamentales deben ser observados por todos los jueces y la jurisprudencia que los establezca, debe ser obligatoria no solo para los órganos jurisdiccionales sino para todos los órganos del Estado, en función, no solo del control de constitucionalidad sino también del control de convencionalidad.

En esta línea de pensamiento, han surgido esencialmente dos tesis en la idea de la fuerza vinculante de la jurisdicción constitucional: la tesis que niega la vinculatoriedad de cualquier precedente constitucional y la tesis que la afirma. La primera tesis enfatiza que no existe una disposición normativa que haga vinculante toda la jurisprudencia constitucional sino únicamente la que el ordenamiento jurídico señale como obligatoria. Ello en el sentido de que la jurisprudencia constituirá únicamente un criterio auxiliar o complementario para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. En este pensamiento se encuentra la idea de que las expresiones *carácter vinculante* y *criterio complementario o auxiliar*, son incompatibles entre sí.

Por esta razón, se afirma que la jurisprudencia, o bien es una fuente del derecho principal con carácter vinculante o bien es un mero criterio complementario o auxiliar. Esta sería entonces una disyuntiva irreducible y en todo ordenamiento jurídico solo cabría optar por una de las posibilidades. Este argumento, basado en



la afirmación de que la Constitución se decantó por catalogar a la jurisprudencia como criterio complementario o auxiliar y por descartar paralelamente la hipótesis de otorgarle carácter vinculante a cualquier jurisprudencia que no sea la establecida como vinculante en el ordenamiento jurídico, lo cual se encuentra dentro del *imperio de la ley* al que está sujeto el juez.

La segunda tesis, por otro lado, considera plausible e incluso necesario, atribuir fuerza vinculante a toda la jurisprudencia que surja de los tribunales constitucionales. De ello se sigue, que la fundamentación de una tesis optimista acerca de la fuerza vinculante de toda la jurisprudencia constitucional debe explicar, en primer lugar, por qué es posible identificar en la jurisprudencia los elementos que componen el concepto de *fuerza vinculante* y en segundo lugar, la fundamentación debe explicar cuáles son las características especiales que este concepto adquiere cuando se predica de la jurisprudencia, en particular aquellas que se derivan de la necesidad de salvaguardar siempre la posibilidad del *distinguish* y el *overruling*.

Ello tiene que ver con las propuestas neoconstitucionalistas planteadas, por ejemplo, por Ronald Dworkin y por Robert Alexy, en el sentido de que el ordenamiento no está compuesto únicamente por reglas sino también por principios y directrices y que conducen inevitablemente a una concepción axiológica y ético-política de la interpretación constitucional.

Responder la pregunta sobre cuál de estos criterios debe prevalecer en una decisión sobre si toda la jurisprudencia constitucional es o no vinculante no es



sencillo y debe formularse con base en una investigación previa que concluya con un análisis crítico-racional de los fundamentos y la justificación de ambos planteamientos para que pueda ajustarse a la objetividad exigida por la ciencia del derecho. Ello, tomando en cuenta que el respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico en general deben conducir a la búsqueda del bien común y de la justicia, cuyo medio para alcanzarlos debe ser, necesariamente, la justicia constitucional.

El problema a resolver como resultado de la investigación realizada se planteó de la manera siguiente: 1. ¿La fuerza vinculante que las corrientes contemporáneas del derecho constitucional pretenden atribuirle a toda la jurisprudencia constitucional, es equivalente a la doctrina del *leading case* americano?; 2. ¿Puede otorgársele fuerza vinculante a todo precedente constitucional o únicamente a la doctrina que establezca como vinculante el ordenamiento jurídico, con fundamento en el principio de legalidad y a la identificación de las fuentes del derecho?, y; 3. ¿Bajo qué circunstancias los precedentes constitucionales pueden tenerse como vinculantes en las decisiones de los órganos jurisdiccionales?

La hipótesis como solución o respuesta hipotética al problema investigado se formuló de la siguiente forma: 1. La vinculatoriedad que las corrientes contemporáneas del derecho constitucional pretenden atribuirle a todos los precedentes constitucionales no puede igualarse a la fuerza vinculante de la Constitución y de la Ley; aquella doctrina constitucional que no satisfaga los requisitos que el ordenamiento jurídico impone para ser tenida como vinculante, solamente puede ser tenida como precedente no vinculante; 2. La vinculatoriedad



de la doctrina constitucional únicamente puede establecerse como tal en los casos en que el ordenamiento jurídico así lo establezca, sin perjuicio de que los derechos fundamentales deben ser observados en toda resolución o sentencia, pues no toda la jurisprudencia constitucional posee carácter vinculante, esto en observancia al principio del *imperio de la ley* y al *principio de legalidad* y; 3. La jurisprudencia constitucional puede considerarse como obligatoria para los jueces, cuando cumplan con los requisitos que impone el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, con la salvedad de que, en aquellos casos en que: i) existan diferencias relevantes no consideradas en la jurisprudencia que impidan igualarlos; ii) habiendo sido adecuada en una situación social determinada, la jurisprudencia constitucional no responda adecuadamente a un cambio social posterior; iii) el juez puede considerar que el precedente constitucional sea contrario a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se funda el ordenamiento jurídico y iv) por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante; entonces el juez puede orientar su decisión por el *distinguish* o el *overruling*.

El presente informe de investigación consta de cinco capítulos. En el primer capítulo se analiza el tema del precedente o *leading case* en el sistema jurisprudencial del *common law*; en el segundo se analiza el tópico de la jurisprudencia como fuente de derecho en el sistema judicial estadounidense; en el capítulo tercero se desarrolla el tema de la interpretación de la Constitución y la jurisprudencia constitucional en el sistema romano-germánico; en el cuarto capítulo se analiza el tema de la función del precedente en el sistema romano-germánico.

Finalmente, en el capítulo quinto se analiza el tópico de la sentencia constitucional en sistema romano-germánico para, luego, tratar de desarrollar una conclusión que sea concordante con la verosimilitud de la hipótesis formulada en el diseño de la investigación.







Capítulo I

El precedente o *leading case* en el sistema jurisprudencial del *common law*

1.1. El precedente judicial en el sistema inglés

Históricamente, el derecho inglés es jurisprudencial en el sentido de que la mayoría de sus normas son establecidas por los jueces. El legislador interviene poco y sobre todo en derecho privado. El verdadero significado del carácter jurisprudencial del derecho inglés es que la jurisprudencia es la fuente natural del derecho; ella es el principio y la ley es la excepción.

Hoy en día, sin embargo, la ley es más frecuente. La ley se apoya conscientemente en un cuerpo de reglas preexistentes: la jurisprudencia. A través de la intervención del legislador se puede eliminar una regla jurisprudencial; esto denota la importancia que ha adquirido la ley como fuente del derecho en Inglaterra. Se podría decir que las leyes pueden entonces modernizar el *common law* y el *equity* como lo había hecho este en relación con el *common law*, siglos atrás.

El derecho británico es un *derecho esencialmente hecho por los jueces*; es un derecho jurisprudencial formado desde el año 1260 con los *year books*, en los que se recopilaban los fallos de casos concretos. Los precedentes se fueron utilizando para resolver casos similares; cuando no existía precedente aplicable al caso, se acudía a la costumbre. La función de los jueces en la Antigüedad era simplemente averiguar



cuál era la costumbre aplicable al caso y declararla. Una vez hecha esta declaración, quedaba establecido un precedente que sentaba jurisprudencia obligatoria y, cuando se daba un caso parecido, ya no era necesario buscar la costumbre de nuevo. Poco a poco, este se fue estableciendo y evolucionó de manera significativa.

No obstante ello, hay que observar también que varias leyes han venido a confirmar la existencia a nivel legislativo de principios de derecho consuetudinario. De esta suerte, durante la Segunda Guerra Mundial, el gobierno inglés decidió suspender la ley sobre el *habeas corpus* de 1679, que autoriza a toda persona detenida por la autoridad a impugnar la legalidad de su detención ante un juez. Se trataba de privar de este recurso a los posibles espías de las potencias del Eje.

“Como el *habeas corpus* es un principio fundamental del derecho inglés desde 1215, los jueces ingleses consideraron que la suspensión de la ley tenía como consecuencia *resucitar* el derecho de *habeas corpus* equivalente previsto por el *common law* y continuaron, aun en esos tiempos muy difíciles para Inglaterra, solicitando a las autoridades inglesas que justificaran sus detenciones”¹.

Como primera fuente se encuentra el *precedente judicial*, el cual se refiere a decisiones tomadas por jueces que determinan las soluciones de casos futuros. El sistema inglés de precedentes judiciales se basa en la máxima latina *stare decisis et*

¹ Cuniberti, Gilles. GRAN SISTEMA DE DERECHO CONTEMPORÁNEO. Editorial Marcial Pons. Argentina. 2007. Pp. 83.



non quita moveré, que significa “mantener lo que ha sido decidido y no perturbar lo establecido”. Esto soporta la idea de justicia y provee de certeza legal.

“El precedente solo puede operar si las razones legales de decisiones pasadas son conocidas, por lo que al final de un caso habrá una sentencia, es decir, una explicación del juez de la decisión y de sus razones para llevar a dicha decisión”².

Cuando se resuelve un caso, existen dos tareas básicas: primero, establecer cuáles son los hechos, en el sentido de determinar qué fue lo que realmente pasó; y segundo, cómo se aplica la ley a aquellos hechos. La segunda tarea es la que pueden hacer los precedentes judiciales, y la idea es que una vez que se ha tomado una decisión sobre cómo la ley se aplica a una serie de hechos particulares, hechos similares en casos posteriores deben ser tratados en el mismo sentido, siguiendo el principio de *stare decisis*.

La explicación de los principios legales sobre los cuales la decisión es hecha, se llama en latín *ratio decidendi* (la razón para decidir). Es decir, todos los enunciados de una decisión de una sentencia inglesa no son susceptibles de volverse precedente. Únicamente una parte de la decisión se impondrá en el futuro a las jurisprudencias inferiores; la regla establecida por esta decisión, solo da la forma como fue aplicada a los hechos del caso.

² Martin, Jacqueline. EL SISTEMA JURÍDICO INGLÉS. UNAM. México. 2000. Pp. 21.



El precedente inglés es, entonces, una regla limitada a los hechos a los que fue aplicado; en consecuencia, si una regla fue enunciada por el juez, pero no fue aplicada en el caso, no constituirá la *ratio decidendi*, y no formará entonces parte del precedente.

“Todas las partes de la sentencia que no forman parte del *ratio decidendi* del caso concreto se llaman en latín *obiter dicta* (*obiter dictum* en singular), que significa *los comentarios hechos de paso*”³. Esto sucede cuando un juez se pronuncia sobre el Estado del derecho en relación con una cuestión conexa que no era necesario abordar para resolver el caso: su declaración es un *obiter dictum*, un comentario que no tiene fuerza precedente.

De la misma manera, si un juez resuelve el litigio estableciendo una regla general que va más allá de la cuestión que le resultaba necesario solucionar, únicamente la parte de la regla efectivamente aplicada a los hechos del caso tendrá valor de precedente.

Cabe aclarar aquí que el juez, en su decisión, no precisa lo que constituye la *ratio decidendi*; esta vendrá determinada con posterioridad por otro juez que decidirá si se trata (o no) de un precedente; de ahí que, en este sentido, el *common law* plantea

³ Elliot, Catherine & Quinn, Frances. SISTEMA JURÍDICO INGLÉS. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 2002. Pp. 7-8.



un esquema más abierto donde el juez crea reglas nuevas, mientras los sistemas jurídicos neorromanistas se antojan como esquemas más cerrados.

Con base en lo anterior, se denota la gigantesca importancia que los profesionales de la judicatura, si bien no pueden tener siempre el mismo punto de vista (lo cual es sumamente benéfico), sí deben entender los fines para los cuales se ha creado su profesión y el derecho. Esto permite que aun cuando sus opiniones se contrapongan, los propósitos, fundamentos y motivos de sus resoluciones se encuentren encaminados hacia un mismo fin.

Es gracias a la capacidad de los jueces de generar y transformar el derecho, que este último consigue adaptarse de manera más rápida y práctica a una situación social y económica, por lo cual es entendible que el *common law* sea un régimen que permite más fácilmente la adaptación del derecho a las necesidades reales e inminentes.

Cuando existe un caso en el que parece haber una solución anterior relevante ya sea por la misma corte que soluciona o por una superior, los jueces pueden proponer cualquiera de las siguientes cuatro hipótesis:

1. Primero, seguirlo si los hechos son suficientemente similares: el precedente establecido por el caso anterior es seguido y la ley aplicada en la misma manera para producir la misma solución;



2. Segundo: distinguirlo cuando los hechos del caso que debe solucionar el juez son significativamente diferentes con respecto al anterior, por lo que el juez debe distinguir entre ambos casos y no seguir al anterior;
3. Tercero, sobreseerlo cuando la decisión anterior fue hecha por una corte inferior si los jueces que resuelven el caso no están de acuerdo con lo decidido por dicha corte, por lo que la decisión anterior mantiene su validez, pero no es seguida;
4. Cuarto, regresarlo si la decisión de una corte inferior es apelada a una de mayor jerarquía; así, esta puede cambiarla si considera que la corte inferior se equivocó en su interpretación del derecho

Si desde el punto de vista legal un caso nunca ha sido visto con anterioridad, lo que el juez decida determinará un nuevo precedente para los casos futuros que se presenten, es decir, es un precedente original. Al no haber casos pasados para que el juez determine su decisión, podría recurrir a casos más parecidos y utilizar reglas similares.

“Existen dos tipos de precedentes: primero, el *precedente obligatorio*, el cual debe seguirse aun cuando el juez que resuelve el caso no está de acuerdo con su principio legal pues los hechos del caso que está resolviendo son suficientemente similares al caso original; segundo, el *precedente persuasivo*, el cual no obliga a la



corte que resuelve pero el juez puede considerar y decidir que es un principio correcto, por lo que se ve persuadido a seguirlo”⁴.

Asimismo, “al momento de solucionar un caso, un juez debe seguir cualquier decisión que haya sido tomada por una corte superior en un caso con características similares. Además, así como se encuentran las cortes determinadas por las decisiones de las cortes superiores, existen cortes que deben seguir sus propios precedentes”⁵.

“Entre las *ventajas que presenta el precedente* se encuentran la certeza, la consistencia y la constancia de justicia, la precisión, la flexibilidad y el ahorro de tiempo; mientras que entre sus desventajas destacan la rigidez, la complejidad, las distinciones ilógicas, la lentitud de su desarrollo, la dependencia de la casualidad y la progresión poco sistemática”⁶.

Por otro lado, “las decisiones inglesas se componen a menudo de una pluralidad de opiniones: cada uno de los jueces que participan en una decisión puede dar las razones por las que tomó partido a favor de una u otra de las partes. Existen decisiones célebres de la Cámara de los Lores que dieron lugar a cinco opiniones concordantes en cuanto a la solución a dar al litigio, pero que divergían en cuanto a su fundamento”⁷.

⁴ Martin, Jacqueline. *Op. cit.* Pp. 21-22.

⁵ Elliot, Catherine & Quinn, Frances. *Op. cit.* Pp. 8.

⁶ Martin, Jacqueline. *Op. cit.* Pp. 35.

⁷ Cuniberti, Gilles. *Op. cit.* Pp. 88-89.



Cabe resaltar que los juristas ingleses reconocen ciertos límites lógicos a la doctrina del precedente. En primer lugar, el juez inglés no se encuentra vinculado por las sentencias emitidas *per incuriam*, es decir, en la ignorancia de un elemento de derecho positivo importante para solucionar el litigio. En segundo lugar, cuando se encuentra en presencia de precedentes contradictorios, el juez inglés recobra su libertad y puede optar por emitir su sentencia en uno u otro de los sentidos.

Para determinar si un precedente es o no aplicable al caso que le corresponde resolver, un juez deberá utilizar el *distinguishing*: la distinción entre la situación actual que se está ventilando en la corte para resolver el caso, y los hechos que ocurrieron en el precedente que se está citando.

El juez estudia los hechos del caso actual y del anterior para ver si existe una analogía importante para que le sea posible aplicar esa regla de derecho. De esta suerte, si el precedente no tiene una analogía con el caso actual, aunque provenga de la Cámara de los Lores (o ahora de la Corte Suprema), no necesariamente tendrá que ser tomado en cuenta y aplicado, podrá recurrir a la apelación.

Cabe subrayar también que el juez no puede crear jurisprudencia preventiva, lo cual traería como consecuencia problemas como retroactividad en la revisión jurisprudencial.



1.2. El *judicial review* en el sistema estadounidense

La potestad conocida como revisión judicial (*judicial review*), consiste en el poder de los titulares federales para revisar las acciones de autoridades legislativas y ejecutivas, bien sean federales o estatales, con objeto de determinar si dichas acciones son consistentes con la Constitución y, en caso de no serlo, declarar inválido el acto de autoridad.

A nivel estatal, los tribunales de cada entidad federativa cuentan con esta misma atribución para velar la debida observancia de sus respectivas constituciones estatales.

Esta importante facultad fue reconocida al Poder Judicial en el afamado caso *Marbury vs. Madison*. En la respectiva decisión, el presidente de la Corte Suprema en esa época, el magistrado John Marshall, resolvió que una disposición aprobada por el Congreso, la Ley de Judicatura de 1789, era inconstitucional y, por lo mismo, inválida, ya que otorgaba un tipo de jurisdicción originaria a la Corte Suprema que la misma Constitución no contemplaba.

En efecto, la Constitución reconoce a ese máximo tribunal, en su artículo III sección 2.º, jurisdicción original solo en los asuntos en que tomen parte las entidades federales o los diplomáticos extranjeros, y dado que en la citada Ley de la Judicatura se autoriza a la Corte Suprema a emitir *Writs of Mandamus* (“una orden judicial a



cualquier autoridad administrativa de Estados Unidos, tribunal, individuo particular o corporación gubernamental o privada, disponiendo la ejecución de un acto en concreto, respecto del cual existe una obligación de realizarlo impuesta en la ley”⁸), el magistrado Marshall concluyó que el Congreso había creado una tercera categoría de jurisdicción original y, en consecuencia, rebasado los límites de la Constitución.

Así pues, el magistrado Marshall empleó un proceso de razonamiento lógico que lo llevó a deducir que existe un poder para invalidar la legislación viciada de inconstitucionalidad, concluyendo que dicho poder pertenece a la judicatura. Tales fueron las bases para esta atribución que, no obstante, no fue utilizada nuevamente sino hasta después de varias décadas.

Cabe señalar que la revisión judicial es una facultad a la cual la Constitución no hace referencia explícita en su texto, motivo por el cual la decisión del magistrado Marshall ha sido calificada como contradictoria en sí misma y la revisión judicial como una usurpación de funciones.

1.3. Las fuentes del derecho en el sistema estadounidense

El contenido de las normas jurídicas de los Estados Unidos de América surge de muy variados procesos de creación. A continuación, se exponen los orígenes

⁸ Black, Henry Cambell. DICCIONARIO DE DERECHO DE BLACK. Sexta Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1990. Pp. 961.



formales de mayor influencia en la creación jurídica, a saber: el precedente, la legislación, la regulación administrativa, los tratados internacionales y la doctrina.

1.3.1 El precedente

En el sistema estadounidense, la norma en la que mayormente expresa la sentencia de lo jurídico, es la que se deriva de una decisión judicial.

Si bien se entiende que un juez no *hace* o *crea* el derecho, sino que *declara* el derecho preexistente, o bien, “lo *encuentra* a través de la razón cuando aún no ha sido establecido”⁹, la trascendencia del precedente en la generación de lo jurídico se explica en virtud de que es el juez quien tiene la última palabra para determinar qué es el derecho. “Dado que los tribunales tienen jurisdicción sobre todo tipo de oficiales y actos gubernamentales (...) lo que el juez afirma que significa la ley es lo que últimamente importa”¹⁰.

Esta subordinación al criterio judicial incluye a los mismos jueces. En efecto, al dictar sus decisiones, los tribunales estadounidenses observan la doctrina llamada *stare decisis*, lo cual significa que una vez que un tribunal ha sentado un precedente, la regla de derecho establecida en ese precedente es aplicable a todas las futuras situaciones semejantes a la ya resuelta que se ventilen ante la misma jurisdicción, y

⁹ Freund, Paul. LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1970. Pp. 28.

¹⁰ Clark, David S. & otros autores. INTRODUCCIÓN A LA LEY DE ESTADOS UNIDOS. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1992. Pp. 35.



en un grado de jerarquía coordinada o inferior: basta con que los hechos sean sustancialmente los mismos, aunque difieran las partes o el objeto de la controversia, para que se acepte que dicho precedente *controla* las nuevas circunstancias en conflicto (*controlling precedent*).

Dependiendo de su grado de trascendencia en un conflicto, los precedentes pueden ser de dos tipos: obligatorios y persuasivos.

Los precedentes obligatorios son aquellos que necesariamente deben observarse por el tribunal que los dictó, así como por los diversos tribunales de inferior rango dentro de la misma jurisdicción, razón por la cual constituyen *mandatory authority* (“el término *authority* se emplea cuando se citan precedentes, estatutos, doctrinas, etcétera, en los argumentos en pro o en contra de una cuestión de derecho, por contener el valor jurídico suficiente como para apoyar una causa ante un tribunal”¹¹).

Un tribunal inferior puede rehusarse a aplicar el precedente emitido por uno superior y decidir conforme a un criterio novedoso; sin embargo, ello sería una excepción y no la regla, dado que, en la instancia de apelación, el tribunal superior seguramente revocaría la decisión incongruente con su propio criterio.

¹¹ Black, Henry Cambell. *Op. cit.* Pp. 133.



Los precedentes persuasivos, por su parte, se caracterizan por no ser de observancia forzosa en virtud de haberse dictado en una distinta jurisdicción, o bien por alguna corte del mismo rango jerárquico, aunque bien pueden ofrecerse al juzgador con el propósito de persuadirlo a seguir el mismo criterio, motivo por el que se le califica de *persuasive authority*.

La fuerza de persuasión de tales precedentes depende de la solidez en el razonamiento que justificó el sentido de la pasada decisión y en los resultados prácticos de la misma, o en el prestigio de la corte emisora o del juez de la opinión, o en el grado de similitud de los derechos locales en ambas jurisdicciones.

El objetivo evidente de la doctrina *stare decisis* es la de ofrecer certeza en cuestiones de derecho, privilegiando los valores de orden y seguridad jurídica.

Sin embargo, debe hacerse notar que “en aquellas ocasiones en que un tribunal considere que la observancia estricta de un precedente conduciría al dictado de una decisión injusta, puede eludir la aplicación de dicho precedente a través del procedimiento analítico conocido como *distinction*, si logra determinar que los hechos en el caso subsecuente no son lo suficientemente similares a los del precedente, o que nuevos elementos le confieren una distinta conformación casuística; con lo cual el juez puede resolver que el litigio en análisis no versa sobre el *mismo punto de derecho*, o bien, que aun cuando el caso sea similar, el precedente esté en desacuerdo



con el *espíritu de los tiempos*, esto es, que las circunstancias histórico-sociales aconsejen preferentemente el empleo de distintos precedentes”¹².

Como adición, la Corte Suprema y los tribunales estatales de máxima jerarquía pueden anular (*overrule*) sus propios precedentes, justificando su nueva opinión con una inédita regla de derecho; esto ocurre con relativa frecuencia en materia constitucional, ya que una interpretación o una doctrina judicial desarrollada alrededor de una provisión de tal documento fundamental, en el evento de que la experiencia las demuestre erróneas, no pueden ser corregidas a través de la legislación ordinaria o de nuevas políticas administrativas, por lo cual se hace indispensable la flexibilidad en los niveles máximos de la propia judicatura, a efecto de enmendar pasados yerros de juicio.

No obstante, el respeto a la tradición del precedente privilegia el uso más frecuente de la técnica de *distinction*, y reserva la anulación de precedentes para casos extremos.

Como puede apreciarse, a pesar de que la doctrina *stare decisis* no se observa en Estados Unidos con el mismo rigor que en Inglaterra, su papel conformador del derecho perdura de manera relevante.

¹² Cuerto Rua, Julio. EL *COMMON LAW*. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1957. Pp. 121-122.



Capítulo II

La jurisprudencia como fuente de derecho en el sistema judicial estadounidense

2.1. El principio del *stare decisis*

Las reglas de *stare decisis* y la naturaleza obligatoria del precedente son fundamentales al definir conceptos en el sistema jurídico de los Estados Unidos. El término latino técnicamente significa *let it stan*, la expresión *it*, se refiere al precedente o a los casos previamente decididos; este principio *stare decisis* es la tendencia de las cortes de los Estados Unidos a seguir los principios anteriores enunciados en similares soluciones jurídicas cuando estas se han presentado con hechos materialmente semejantes. En este sentido, la acumulación de los casos decididos previamente, forman un precedente obligatorio para las cortes en decisiones posteriores.

Los principios de *stare decisis* obligan a las cortes a seguir las reglas determinadas en los casos previamente decididos, a pesar de que no se logre el mismo resultado producido en el caso inicial. De la misma manera, como el profesor Laurence Tribe lo describe, *stare decisis* refleja “el principio según el cual las interpretaciones constitucionales no deberían ser consideradas de nuevo en



circunstancias más obligatorias que un cambio en la identidad de los individuos que han sido autores de las interpretaciones en cuestión”¹³.

Mientras que la doctrina de *stare decisis* es firmemente establecida en Estados Unidos, esta es un fenómeno complejo –un arte más que una ciencia– cuya aplicación refleja el ejercicio de la discreción judicial. En ocasiones las cortes son obligadas a seguir principios de derecho anunciados en casos previos; otras veces ellas observan simplemente el precedente como una forma de orientación, pero siguen siendo libres para aplicar una regla distinta, incluso cuando la solución legal y los hechos son los mismos. Las cortes pueden interpretar con restricciones la decisión previa o encontrar que los hechos presentados son suficientemente diferentes para ordenar un resultado distinto en el siguiente caso.

Algunos creen que el sistema de *stare decisis* restringe indebidamente la actividad de los jueces. Para estar seguros, este limita la discreción judicial en el sentido en que la corte debe seguir los principios y reglas establecidas en casos previos.

Por otro lado, un sistema de precedentes obligados deja a los jueces una enorme discreción para interpretar los casos, para determinar el alcance de la participación de las cortes y para definir si las consideraciones de *stare decisis* obligan la aplicación de este principio en un caso posterior. Adicionalmente, el

¹³ Tribe H., Laurence. LA CONSTITUCIÓN INVISIBLE. Palestra Editores. Lima. 2008. Pp. 208.



principal rol del precedente en los casos posteriores, otorga a los jueces una especial responsabilidad: el poder de comprometer a las futuras cortes a seguir los principios establecidos en decisiones previas.

Igualmente, en este sentido, en la aplicación del principio, el precedente confiere al poder judicial gran autoridad e influencia para los casos futuros aún no decididos, de hecho, los jueces en los Estados Unidos gozan de un gran prestigio y poder en el ordenamiento jurídico.

Los principios del precedente y *stare decisis* emergen de la herencia del *Common Law*. Históricamente, había poca legislación y las cortes eran usualmente llamadas a resolver conflictos en las materias que no eran regidas por ley con el fin de desarrollar un sistema coherente, justo, razonable y claro. Para la resolución de tales casos, las cortes observan decisiones de otras que habían abordado cuestiones jurídicas similares; cuando los hechos presentados eran similares, las cortes seguían a menudo las sentencias establecidas o proferidas en casos previos. Actualmente, aunque la legislación estadounidense es más federal y aunque la legislación estatal cubre una gran franja de actividad, en los Estados Unidos de América existen lagunas y ambigüedades.

Una vez confrontadas a tales leyes escritas las cortes de los Estados Unidos no resuelven la incertidumbre que resulta con respecto a las reglas amplias de la interpretación de la legislación en el estilo de la tradición del *Civil Law*; por el



contrario, ellas resuelven dichas cuestiones por medio del *Common Law*, decisiones de otros jueces cuya sabiduría colectiva informaría un resultado justo y equitativo

2.2. Justificación del *stare decisis*

Existe una serie de argumentos que justifican la aplicación del precedente en los casos decididos posteriormente. Estos pueden ser descritos en cualquier número de formas, pero la más convincente se caracteriza por la promoción de: (a) la equidad, la previsibilidad, y la integridad del sistema judicial; (b) la eficiencia para las partes y para el sistema judicial; y (c) por la toma razonable de decisiones judiciales.

2.2.1 Equidad, previsibilidad e integridad del sistema judicial

En ausencia de orientación legislativa, los siguientes principios de derecho desarrollados en casos previamente decididos, conducen a resultados más previsibles y decisiones más justas porque se aseguraría que los jueces no sean motivados por factores irrelevantes. Estos atributos resultan en el desarrollo de principios legales estables y consistentes que a su vez pueden conducir a una mayor estabilidad económica y crecimiento.

En los Estados Unidos de América ha existido la experiencia según la cual, el uso de los precedentes también puede mejorar la integridad del sistema judicial y los procesos judiciales. Cuando los ciudadanos y entidades que operan dentro de



un Estado aprecian que las cortes otorgan un tratamiento similar a las partes que se encuentran en una situación semejante, se desarrolla un nivel de confianza en ese sistema que no puede presentarse de otra manera. En consecuencia, un sistema basado en el precedente tiende igualmente a impresionar a los ciudadanos con un sentido de estabilidad y de confianza en el régimen jurídico.

Si las normas jurídicas son expresadas formalmente de manera constante y aplicadas de forma inconsistente, el sistema deja la impresión de inestabilidad, cambio constante y arbitrariedad. La aplicación de principios razonables, inspira confianza en el Estado de derecho y en las instituciones que lo justifican y promueven. Así considero el juez Roberts: “Fidelidad al precedente, la política del *stare decisis* es vital para el correcto ejercicio de la función judicial, *stare decisis* se prefiere porque promueve el desarrollo coherente, imparcial y previsible de los principios jurídicos, fomenta la dependencia de las decisiones judiciales y contribuye a la integridad actual del proceso judicial”¹⁴.

El juez Jackson consideró lo siguiente: “A menos que la suposición sea sustancialmente verdadera en el sentido en que los casos sean resueltos mediante la aplicación de principios conocidos y métodos de razonamiento previamente divulgados, nuestro proceso de *Common Law* podría convertirse en el más intolerante tipo de decisión judicial *ex post-facto*. La moderación en el cambio es

¹⁴ Roberts, C.J. En: Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Ciudadanos Unidos vs. Comisión de Elecciones Federales. Sentencia del 21 de enero de 2010.



todo aquello que hace que la participación de los jueces en la evolución de la ley sea tolerable. Los jueces deben estar ligados a la simple aplicación de un código legislativo con un mínimo de discreción, como en los sistemas continentales o ellos deben formular y adherirse a ciertos principios voluntarios que dan la estabilidad y la previsibilidad de la discreción judicial”¹⁵.

2.2 Eficiencia judicial

El precedente judicial como orientador en el sistema jurídico también proporciona una enorme eficacia. Según el principio de *stare decisis*, “las cortes no necesitan reconsiderar un principio legal que se presente nuevamente ante ellas, pero pueden consultar casos decididos previamente que impliquen la misma solución jurídica a título de orientación”¹⁶.

Es importante destacar, que una vez la regla de *stare decisis* se convierte en un principio rector o en una guía, las partes cuyas pretensiones son infundadas o no justificadas mediante los precedentes, se abstendrán de presentar casos frívolos y apelaciones infundadas. Por estas razones, se concibe un sistema de precedentes obligatorios con el fin de lograr el efecto de la inducción a la solución de conflictos y el efecto de la reducción de la acumulación de procesos en espera de decisión judicial ante la corte.

¹⁵ Jackson, Robert. H. LEY DECISIONAL Y STARE DECISIS. UNAM. México. 1944. Pp. 316.

¹⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Paternidad Planificada vs. Casey. Sentencia del 28 de junio de 1992.



2.3 Una decisión judicial bien motivada

El hecho de que las opiniones judiciales puedan ser consultadas por otras cortes podría incitar a los jueces a ser cuidadosos en su razonamiento y opiniones, porque la doctrina del *stare decisis* significa que las decisiones judiciales de hoy serán mañana precedentes. Los jueces que actúan en el sistema de precedentes obligatorios tienen un incentivo mayor para tener un mejor cuidado en la formulación de sus opiniones y en el suministro de una fundamentación proporcionada y adecuada para sus decisiones.

2.3. La aplicación de los principios de *stare decisis*

2.3.1 Descripción del sistema judicial de los Estados Unidos de América

Para entender cómo se utiliza el precedente y cómo se aplican los principios de *stare decisis* en los Estados Unidos de América, es importante entender la organización básica del sistema judicial y su funcionamiento.

Los Estados Unidos son un sistema federal, una característica que se irradia en todos los aspectos del sistema jurídico, incluyendo el poder judicial. El gobierno nacional tiene poderes limitados que son mencionados o enumerados en la Constitución; el resto de los poderes gubernamentales residen en los estados y

estos conservan considerable autoridad en muchos campos importantes del derecho.



Bajo este sistema de federalismo, los Estados se sitúan al lado del gobierno nacional como entidades autónomas y soberanas. Así como el gobierno nacional federal tiene poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cada uno de los 50 estados tiene sus propias ramas legislativa, ejecutiva y judicial, creadas en virtud de la ley estatal.

Las cortes estatales son los árbitros finales de la ley siempre y cuando no tengan ninguna incompatibilidad o interferencia con el derecho federal, las cortes federales y en última instancia, la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Teniendo en cuenta que hay variaciones en la estructura y en el funcionamiento de los sistemas judiciales de varios estados, aquí el punto central será el sistema judicial federal. Los tribunales estatales, sin embargo, en general se organizan y funcionan de la misma manera que el poder judicial federal y aplican los principios de *stare decisis*.



2.3.2 Organización de las cortes federales

Las cortes federales están constituidas según líneas geográficas y jerárquicas como se describe en los párrafos siguientes.

1) La organización jerárquica de las cortes federales

Las cortes federales están organizadas según una jerarquía que toma la forma de una pirámide. En la base se encuentran las cortes distritales de los Estados Unidos, en el centro están las cortes federales de apelaciones y en el ápice se encuentra la Suprema Corte de los Estados Unidos.

a. Las cortes distritales federales

En la parte inferior de la jerarquía de las cortes federales están las cortes federales de distrito. Se trata de cortes de primer nivel, o de primera instancia. En el nivel de las cortes de primera instancia, un solo juez preside y en la mayoría de los casos, existe un derecho a un juicio mediante jurado cuya función es determinar los hechos de la controversia y ajustarlos a la ley según lo instruido por el juez.



b. Las cortes federales de apelaciones

Las apelaciones de las cortes distritales podrían ser interpretadas como un tipo de derecho a acceder a la corte de apelaciones donde cada caso es escuchado por un panel de tres jueces seleccionados. En la apelación, las partes están limitadas a las cuestiones legales; las cuestiones sobre los hechos son determinadas por el juez en la corte distrital y se consideran generalmente delimitadas o definidas, después de la decisión del panel de tres jueces de la corte de apelaciones, la parte agraviada puede solicitar una nueva audiencia, lo cual típicamente significa que todos los jueces, en particular la corte de apelaciones, actúan juntos para escuchar y decidir un caso. Por razones que podrían parecer algo obvias, este procedimiento ha sido considerado como lento e ineficiente.

c. La Suprema Corte de los Estados Unidos

En la cúspide de la pirámide de los Estados Unidos de América se encuentra la Corte Suprema. Existen en ella nueve jueces, los cuales se pronuncian en audiencia en todos los casos a menos que alguno se encuentre impedido, casi toda la jurisdicción es discrecional, lo cual significa que la Corte ejerce un control casi ilimitado sobre sus expedientes.

El mecanismo mediante el cual las partes solicitan la revisión de las decisiones judiciales es la petición de *writ of certiorari*. Según la *regla de cuatro (rule*



of four), si cuatro de los nueve miembros de la Corte Suprema no proporcionan una razón para negar dicho auto o decreto judicial, simplemente se niega la petición.

Por otra parte, el rechazo de la revisión de los casos, técnicamente no refleja los puntos de vista de los jueces sobre el fondo del asunto y no podría ser citado como precedente de la Corte Suprema para apoyar o justificar el precedente establecido por la corte inferior.

2) La organización de las cortes federales

Además de la estructura jerárquica, las cortes federales se encuentran divididas en distritos y circuitos mediante líneas geográficas.

a. Distritos

El Congreso ha dividido la nación en 94 distritos judiciales federales con una corte distrital federal en cada distrito. Los distritos comprendidos en los límites estatales y cada estado tienen uno, dos, tres o cuatro cortes de distrito federales dependiendo de la cantidad de asuntos judiciales que manejan.

Cuando un estado tiene solo una corte de distrito, esta es denominada después del estado (por ejemplo, la Corte Distrital de los Estados Unidos para el distrito de New Jersey). Las cortes de distrito en los estados con dos o más cortes



son referidas por el indicador geográfico (por ejemplo, la Corte del Distrito de los Estados Unidos para el distrito sur de New York).

En su mayoría, las cortes del distrito son de jurisdicción general en diversos casos, en diversas materias, incluyendo las civiles y penales. Al mismo tiempo, las cortes federales son de jurisdicción limitada en lo referido a los principios del federalismo.

Las cortes federales generalmente solo pueden resolver casos relacionados con la ley federal o casos que involucran a partes de diversas nacionalidades y que constituyen la competencia de la jurisdicción de la diversidad.

b. Circuitos

El Congreso también ha dividido la nación en 12 circuitos geográficos, cada uno contiene una corte federal de apelaciones y todas las cortes del distrito que se encuentran comprendidas dentro de la región geográfica representada por el circuito.

Hay 12 cortes de apelaciones geográficamente situadas, a veces referidas como cortes del circuito, la corte de apelaciones de los Estados Unidos para el segundo circuito y así sucesivamente, la corte de apelaciones de los Estados



Unidos para el undécimo circuito más la Corte de apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del distrito de Columbia.

El concepto de *circuito* es extremadamente importante con respecto a la aplicación del *stare decisis*.

Las decisiones finales de las cortes distritales de los Estados Unidos pueden ser apeladas como una especie de derecho al acceso a la corte de apelaciones de los Estados Unidos para el circuito en el cual es competente dicha corte distrital. De esta manera, las apelaciones de la corte distrital de los Estados Unidos para el distrito meridional de Nueva York serían presentadas a la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el segundo circuito.

c. Una Suprema Corte con jurisdicción nacional

La Suprema Corte de los Estados Unidos tiene jurisdicción a nivel nacional y es el árbitro judicial final de la ley federal.

2.3.3 Funcionamiento de los principios de *stare decisis* en el sistema de la Corte Federal de los Estados Unidos

En razón de que el *stare decisis* es más un arte que una ciencia, la aplicación del principio en el caso particular depende de numerosas consideraciones. Sin



embargo, hay varios factores que siempre serán relevantes al considerar si el precedente es obligatorio, esta es la cuestión crítica en algunos análisis sobre el *stare decisis*: ¿cuáles casos decididos previamente requerirá la corte? Se considera que aquellas decisiones que la corte está obligada a seguir se profieren para ser obligatorias, imperativas, preceptivas o de control obligatorio, en ausencia de mandato vinculante o en ausencia de autoridad de control, una corte de los Estados Unidos normalmente debería considerar otras decisiones no obligatorias o solo persuasivas.

Los factores que determinan si el precedente es vinculante u obligatorio son los siguientes:

1. La similitud de la solución jurídica presentada.
2. La relación entre la corte que decidió el caso previo y la corte que se ve ahora confrontada a una solución similar.
3. El alcance de la *ratio decidendi* razonamiento decisorio que realiza el juez en la sentencia, el cual incluye en los casos decididos previamente una investigación sobre estos aspectos:
 - i. La semejanza de los hechos presentados.
 - ii. Observación del principio legal a través del cual los casos anteriores fueron citados como precedente, con el fin de determinar si este principio fue *obiter dicta* opuesto a una parte del

fallo de la corte o a la resolución de la cuestión jurídica planteada en los casos anteriores.



2.3.4 La solución jurídica presentada

Dado que los principios de *stare decisis* presuponen que los casos similares deben ser decididos de la misma forma, se debe considerar si una solución similar o la misma se presentó previamente y en el caso analizado en la actualidad ante la Corte. Por supuesto, si la cuestión objeto de la controversia no es la misma ni es similar, entonces el principio de *stare decisis* se convierte en irrelevante.

2.3.5 La relación entre las cortes

El precedente puede ser obligatorio en otra corte o puede ser simplemente no vinculante; el obligatorio (también denominado imperativo o de autoridad predominante), como su nombre lo indica, es aquel que una corte debe seguir, los precedentes no obligatorios o las resoluciones de las cortes inferiores no son vinculantes y una corte los puede considerar en ausencia de precedentes obligatorios.

La corte es discrecional para seguir o rechazar esa autoridad predominante; si el precedente es vinculante (obligatorio o de autoridad predominante) o no vinculante, depende de la relación que exista entre las cortes, que profirieron el precedente relevante y la corte que está examinando un caso similar.



Con el fin de ser vinculante para una corte posterior, el precedente debe haber sido proferido por una corte cuyas decisiones tienen un valor independiente de su carácter no vinculante. Esta cuestión depende de la relación entre la corte que decidió el caso previo y aquella cuyo caso resuelto más adelante se cita como precedente.

Este último será obligatorio solo si ha sido proferido por una corte cuyas decisiones son imperativas, fundadas en consideraciones de jerarquía y jurisdicción. El precedente es obligatorio para una corte que más adelante será llamada a resolver un caso similar, si no lo hay, la corte debe considerarlo no vinculante para orientar sus decisiones.

Las reglas que se aplican en las cortes federales de los Estados Unidos son el producto de ciertas decisiones políticas o de opciones políticas que pudieron haber sido o son hechas en varios estados.

a. Las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos

Las sentencias de la Suprema Corte de los Estados son vinculantes o tienen efectos obligatorios en todas las cortes federales, esto refleja su naturaleza singular como última autoridad judicial para todo el país en materia de derecho federal. Otras



cortes, sin embargo, no están obligadas a seguir los principios establecidos en las opiniones disidentes o las decisiones que no están fundadas en las mismas razones o argumentos que se tuvieron en cuenta para faltar o resolver la controversia planteada (*principles stated in dissenting or concurring opinions*) a pesar de tener el mismo efecto o la misma parte resolutive. Esto tiene lugar mediante la confirmación de una corte dividida equitativamente con el mismo número de votos o a través del rechazo del auto o de la providencia de *certiorari* (*write of certiorari*).

La inviolabilidad de las decisiones de la Suprema Corte significa que las cortes inferiores deben seguir sus decisiones. Cuando una corte de primera instancia considera que el precedente de la Suprema Corte ha sido en efecto modificado a través de decisiones posteriores, esta debe seguir aquel que es directamente aplicable y dejar a la Suprema Corte anular su propio precedente.

Por otra parte, si un precedente de la Suprema Corte tiene aplicación directa en un caso, pero no obstante parece fundarse en argumentos que fueron rechazados en alguna otra línea de decisiones, la Corte de Apelaciones debe seguir el caso que controla directamente, dejando a aquella corte la prerrogativa de hacer caso omiso o de cambiar sus propias decisiones. Sin embargo, este principio no siempre ha sido seguido por las cortes inferiores.

b. Las sentencias de las cortes de apelaciones de los Estados Unidos



Las sentencias de una corte federal de apelaciones son obligatorias dentro de un circuito. Esto significa que serán obligatorias en los casos posteriores resueltos por esta misma y por todas las cortes distritales localizadas en ese circuito. Así, por ejemplo, en ausencia de sentencia contraria de la Corte Suprema, una decisión de la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de los Estados Unidos será vinculante para esta y para todas las cortes federales del distrito en dicho circuito. En este ejemplo, se trata de todas las cortes Federales del Distrito de Nueva York, Connecticut y Vermont.

En la práctica, esto significa que el primer panel o jurado de cualquier corte de apelación someterá o vinculará a todo el circuito. Para decidir una cuestión de derecho federal, existen dos formas de cambiar las reglas del circuito: una decisión de la Corte Suprema sobre la cuestión o una decisión inconsistente de la Corte de apelaciones proferida en sesión plenaria. Sin embargo, las decisiones de una corte de apelaciones de los Estados Unidos no son vinculantes para otras cortes de apelaciones ni para otras cortes distritales en otros circuitos; esto nos indica un resultado algo anómalo según el cual, la Ley Federal Constitucional o la ley en sí misma pueden ser interpretadas y aplicadas en diferentes circuitos para permitir la *filtración* y la experimentación con enfoques o aproximaciones diferentes, antes de que la cuestión llegue a la Suprema Corte para proferir una sentencia con alcance en todo el territorio nacional. De hecho, una *división de autoridad* entre los circuitos

es a menudo considerada como una razón suficiente que justifica una propuesta de *write of certiorari* ante la Suprema Corte.



c. Sentencias de las cortes distritales de los Estados Unidos

Las sentencias de las cortes distritales de los Estados Unidos son obligatorias únicamente para las partes que intervienen en casos concretos ante dichas cortes. Estas sentencias no son obligatorias para ninguna otra corte o incluso en esa misma, en ausencia de carácter vinculante (una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos o de la corte de apelaciones en su circuito), se supone que una corte distrital consulta sus propias decisiones y las de otras cortes, pero prefiere una decisión que es diferente respecto a la misma cuestión.

2.3.6 Alcance de la *ratio decidendi*

La aplicación de los principios del *stare decisis* también gira alrededor del ámbito del caso o de los casos previamente decididos, lo cual implica una consideración de los hechos presentados en la actualidad o bien previamente y considerar si el lenguaje en la opinión de la corte es parte de la *ratio decidendi* o de la parte motivada (*dictum*).

No es siempre fácil determinar el alcance o el impacto que se pretende de una regla o de un principio anunciado en un caso. Las cortes, al interpretar y al



considerar cómo aplican decisiones anteriores, se enfrentan a menudo con el hecho de tener que decidir sobre el pretendido alcance o del ámbito de una decisión anterior. A menudo las cortes conservan la flexibilidad para leer la regla establecida, más estrecha o más amplia, con el fin de llegar a un resultado diferente.

Si la decisión es interpretada como estrecha o restrictiva no puede ser aplicable al caso presentado ante el juez. Si la regla anunciada en el caso anterior parecer ser de aplicación más amplia, un juez puede aplicar dicha regla al caso que analiza.

Los indicios sobre cómo debe aplicarse la regla previamente anunciada se encuentran frecuentemente fundados en las decisiones judiciales anteriores de las cortes y esto puede ser explícito o implícito, por ejemplo, mediante la interposición de una política racional que pueda tener implicaciones considerables. Además, los casos posteriores pueden tener reglas o normas en el ámbito de una regla anunciada en una decisión previa o anterior.

Al menos las cortes conservan generalmente una discreción significativa para decidir si una regla expresada en un caso previamente decidido debe ser aplicada de manera amplia o restringida.



a. Los hechos

La doctrina del *stare decisis* se basa en la fundamental y subyacente similitud de los casos y en la hipótesis según la cual los casos similares deben ser decididos de manera similar.

En razón de que las cortes en asuntos constitucionales son llamadas a fundamentar sus decisiones en los hechos específicos presentados por las partes, las decisiones de la corte no se empeñan en construir una regla que pudiera aplicarse a todos los hechos que puedan relacionarse con una cuestión jurídica determinada (inclusive si esto fuera teóricamente posible). Debido a que los hechos sometidos a la corte en diferentes casos no son iguales a los descritos en los casos anteriores donde intervienen otras partes, las cortes deben comprometerse a determinar cuáles hechos correspondientes a los casos actuales son similares a aquellos comprendidos en casos previos, con el fin de garantizar el mismo tratamiento, si son significativamente relevantes para resultados posteriores y si conservan, sin embargo, una discrecionalidad considerable en la determinación del alcance o ámbito de los casos decididos previamente y en la restricción o amplitud en virtud de las cuales, ellas leen la opinión anterior o previa.

Estas dos consideraciones, naturalmente van de la mano y forman parte de la misma problemática esencial: ¿la regla enunciada en el caso anterior es aplicable



en este caso? ¿Podría interpretarse esto de una manera más amplia para aplicarlo al conjunto de hechos que van más allá de aquellos que fueron presentados en casos anteriores?

Ahora bien, ¿es posible que los hechos del caso se sitúen en algún lugar intermedio que permite a la corte ejercer su discreción en búsqueda de la decisión que ella quiere proferir?

En efecto, los abogados en los Estados Unidos gastan energías sustanciales tratando de diferenciar los hechos del precedente que ellos no desean que la corte aplique y asimilando su caso a los hechos del precedente favorable, instando a la corte a aplicar dicho precedente a los hechos actuales o en cuestión.

b. *Ratio decidendi* versus *dictum*

Las cortes de los Estados Unidos generalmente limitan sus decisiones a los hechos presentados por las partes en el caso particular. El *dictum* o las consideraciones son los pronunciamientos judiciales que van más allá de los hechos o de las controversias jurídicas presentadas por las partes a la Corte.

El *dictum* no es considerado como una parte de la *ratio decidendi*, según la teoría. Tales controversias no pueden haber sido objeto de un examen completo de la corte o de la argumentación contradictoria de las partes, los argumentos que son



simplemente *dictum*, no tienen pleno valor o efecto de precedente; sin embargo, no es siempre fácil determinar qué parte de la sentencia es el *obiter dictum* y qué parte de la sentencia es la *ratio decidendi*, las partes usualmente tienen argumentos diferentes.

Por otra parte, aun cuando las consideraciones de la corte pueden ser técnicamente estimadas como *obiter dictum*, una corte posterior podría darles un efecto vinculante si estas fueran bien consideradas como opuestas para ser simplemente *una observación perdida* por parte de la corte anterior.

c. El especial impacto del *stare decisis* del *Super Precedente*

El efecto *stare decisis* de un caso controvertido podría decirse que es más fuerte en los casos en que numerosos precedentes permanecen vigentes y se someten al mismo principio de derecho. Esto tiene sentido desde un punto de vista teórico y desde un punto de vista práctico, una norma jurídica bien establecida que ha sido aplicada en numerosas situaciones de hecho significa que los hechos serán más difíciles de identificar. Por el contrario, una norma jurídica más recientemente anunciada y que ha sido aplicada a una sola o a algunas variaciones fácticas puede ser más fácilmente identificada por las cortes en los casos posteriores.

En los tiempos modernos, especialmente en los años recientes, se ha vuelto de moda hablar del *super precedente*, este es generalmente considerado como “el



fundamento doctrinal o decisorio para las líneas de decisiones judiciales posteriores, se infiltran en la conciencia pública y se convierten en un elemento accesorio del marco de la ley, son las decisiones constitucionales cuya exactitud o corrección ya no es una cuestión viable para las decisiones de las cortes”¹⁷.

Gerhardt describe los *super precedentes* de la siguiente manera:

“Los *super precedentes* son los fundamentos doctrinales o decisorios para las líneas de decisiones judiciales posteriores (se presentan de manera frecuente pero no siempre, en más de un área de derecho constitucional).

Los *super precedentes* son aquellas decisiones constitucionales en las cuales las instituciones públicas han invertido fuertemente, han confiado de forma reiterada y soportado consistentemente durante un significativo periodo de tiempo. Los *super precedentes* son significativamente arraigados en nuestro derecho y existen durante las actividades posteriores reguladas por otras ramas, se infiltran en la conciencia pública y se convierten en accesorios del marco legislativo; son las decisiones constitucionales cuya exactitud ya no es una cuestión viable o precedente para las decisiones de las cortes, ya no es una materia en la cual las cortes gastan todos sus recursos, son decisiones constitucionales cuya exactitud es indiscutible ante las cortes, son los casos más claros en los cuales los valores institucionales

¹⁷ Landes, William M. & Posner, Richard. A. PRECEDENTE LEGAL: UN ANÁLISIS TEÓRICO Y EMPÍRICO. Siglo del Hombre Editores. Colombia. 1976. Pp. 249.



promovidos por la fidelidad al precedente –la coherencia, la estabilidad, la previsibilidad, y la confianza social– se han vuelto irremediablemente convincentes. Estos *super precedentes* adquieren un especial estatus en el derecho constitucional como sentencias judiciales que sirven de referencia, casos que son un precedente o crean jurisprudencia; son tan incrustados y profundamente integrados o incorporados en el derecho constitucional que ellos se han vuelto prácticamente inmunes a la reconsideración y a la revocación”¹⁸.

Daniel Farber prefiere el término *bedrock precedents*, con el cual él define el *super precedente* como “precedente que se ha convertido en fundamento para amplias áreas de la importante doctrina”¹⁹. Todos parecen estar de acuerdo al considerar que el *super precedente* existe como una necesidad pragmática para gobiernos estables.

Gerhardt identificó los siguientes cinco criterios para considerar las decisiones como *super precedentes*:

1. “Si el precedente ha perdurado con el tiempo.
2. Si las instituciones políticas han apoyado, aprobado o justificado varias veces la decisión.

¹⁸ Gerhardt, Michael J. SUPER PRECEDENTE. UNAM. MÉXICO. 2006. Pp. 1205.

¹⁹ Faber, Daniel. LA REGLA DE LEY Y LA LEY DE PRECEDENTES. Revista de Derecho Público. Chile. 2005. Pp. 42.



3. Si el precedente ha influenciado o transformado la doctrina al menos en un área del derecho constitucional.
4. Si la decisión haya gozado en cierta forma de aprobación generalizada.
5. Si la decisión es reconocida ampliamente por las cortes sin necesidad de agotar los recursos judiciales”²⁰.

Sinclair ha definido al *super precedente* como una decisión que es “judicialmente inquebrantable, un precedente que no puede contradecirse, similar a una ley con fuerza de *stare decisis* vertical u horizontal”²¹. Según Sinclair, “la característica principal del *super precedente* es su arraigo en la sociedad y solo un cambio dramático social podría alterar el precedente”²².

2.4. Los límites de los principios de *stare decisis*

El *stare decisis* es una tendencia a seguir los casos similares decididos previamente, es decir, una tendencia, un principio y no una regla inmutable. Mientras que las cortes inferiores son obligadas a cumplir los precedentes de las cortes que tienen la autoridad para vincularlas, dichas cortes superiores pueden transformar su propio precedente.

²⁰ Gerhardt, Michael J. *Op. cit.* Pp. 1123.

²¹ Sinclair, Michael. SUPER PRECEDENTE. 2007. Revista Española de Derecho Constitucional. España. 2007. Pp. 363.

²² *Ibidem.* Pp. 365.



Oliver Wendell Holmes indicó las razones por las cuales las cortes conservan la habilidad para transformar los precedentes:

“Es desagradable no tener una mejor razón para una norma jurídica que aquello que fue establecido en la época de Henry IV; sigue siendo aún más desagradable si los motivos o razones por las cuales esta regla fue establecida han desaparecido desde hace mucho tiempo y esta persiste simplemente a partir de una ciega imitación del pasado”²³.

Robert Jackson manifiesta lo siguiente: “Yo nunca he considerado y pienso que pocos abogados han visto (la regla del *stare decisis*) como absoluta. No hay infalibilidad en lo relacionado con los fabricantes de los precedentes, no podemos negar la capacidad del proceso judicial para la mejora, adaptación y alteración a menos que estemos preparados para dejar toda la evolución y progreso en la ley para el proceso legislativo”²⁴.

De manera más reciente, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América consideró: “La doctrina del *stare decisis* es de fundamental importancia para la norma jurídica, pero nuestros precedentes no son inviolables. Tenemos decisiones previamente revocadas donde la necesidad de ello ha sido

²³ Wendell Holmes, Oliver. EL CAMINO DE LA LEY. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1920. Pp. 187.

²⁴ Jackson, Robert H. LEY DECISORIA Y *STARE DECISIS*. UNAM. México. 1944. Pp. 316.



establecida”²⁵. También consideró “la obligación de seguir el precedente empieza con una necesidad y la ausencia de esta marca su límite anterior”²⁶.

Como lo ha considerado la Corte en el caso *Payne vs. Tennessee*: “Payne y sus *amicus* argumentan que a pesar de las debilidades en la regla creada por Booth y Garthers, nosotros deberíamos adherirnos a la doctrina del *stare decisis* y detener poco a poco la revocación de esos casos. *Stare decisis* es la práctica preferida porque promueve el desarrollo imparcial y consistente de los principios jurídicos, fomenta la confianza en las decisiones judiciales y contribuye a la actual integridad del proceso judicial”²⁷.

Adherirse al precedente “es usualmente la sabia política porque en la mayoría de los casos resueltos este es más importante que la norma jurídica aplicable”²⁸. “Por lo menos, cuando las decisiones vigentes no pueden practicarse o cuando son irracionales, esta Corte nunca se ha sentido obligada a seguir el precedente”²⁹.

El principio de *stare decisis* no es un mandato inexorable, este es un principio de política y no una fórmula mecánica de adherencia a la última decisión, lo cual es

²⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Ring vs. Arizona*. Sentencia del 24 de junio de 2002.

²⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Paternidad Planificada vs. Casey*. *Op. cit.*

²⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Payne vs. Tennessee*. Sentencia del 27 de junio de 1991.

²⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Vasquez vs. Hillery*. Sentencia del 14 de junio de 1986.

²⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.* Sentencia del 11 de abril de 1932.



particularmente cierto en los casos constitucionales porque “la corrección por medio de la acción legislativa es prácticamente imposible”³⁰.

Las consideraciones a favor del *stare decisis* son privilegiadas en los casos relacionados con el derecho a la propiedad y los derechos contractuales, donde están involucrados *reliance interest* (actos o situaciones jurídicas de una persona basados en la confianza). Lo contrario ocurre en otros casos, relativos o relacionados con normas procesales evidentes.

Aplicando estos principios generales, la Corte ha revocado parcialmente o totalmente 33 de sus decisiones constitucionales previas. Por ejemplo, los casos Booth y Gathers fueron decididos con desacuerdos de los miembros de la Corte en decisiones posteriores y han desafiado la aplicación por parte de los tribunales inferiores. Reconsiderando estas decisiones puede concluirse, que fueron proferidas erróneamente y debían ser revocados.

Las cortes en los Estados Unidos, tanto las cortes de apelación como la Corte Suprema, se resisten a revocar ellas mismas sus precedentes por las mismas razones que hacen que la doctrina del *stare decisis* sea tan atractiva. Estas razones son: la eficacia, la imparcialidad y la previsibilidad, las cuales promueven el imperio de la ley; según esta aversión judicial a la revocación o nulidad del precedente, la Corte preferirá diferenciar el precedente de los hechos si la aplicación de este es

³⁰ *Ibidem*.



una injusticia o no es deseable. Es más frecuente que las cortes distingan y rechacen la aplicación de un precedente a los hechos que emitan una revocación explícita de los precedentes, sin embargo, estas hacen algunas veces, caso omiso de las decisiones anteriores de forma explícita.

Las cortes federales de apelaciones también pueden revocar o hacer caso omiso de sus propias decisiones en pleno, lo mismo sucede con la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cual generalmente se somete como una política a sus propios precedentes y a su vez puede revocar o hacer caso omiso de estos. ¿Cuándo puede revocar la Corte Suprema su precedente anterior?

En primer lugar, el efecto *stare decisis* basado en la interpretación de la ley es contundente: la Corte es más susceptible de revocar una cuestión de derecho constitucional que una cuestión de ley infraconstitucional, lo cual ocurre porque el Congreso generalmente aprueba la interpretación de la ley realizada por parte de la Corte. La revocación de una interpretación de una ley infraconstitucional ocurrirá generalmente, solo si el Congreso no toma medidas correctivas frente a la interpretación judicial de esta. El Congreso, naturalmente, tiene el poder de deshacer la interpretación de la ley federal por parte de la Suprema Corte y el no hacerlo se considera una señal de aprobación legislativa acorde con dicha interpretación.

La acción judicial que tenga por efecto anular la decisión anterior, se considera incompatible con el espíritu de la doctrina de separación de poderes, pero



en cuestiones de derecho constitucional, la acción del Congreso no es posible realizarla para revocar una decisión de la Corte.

Debido a que el procedimiento de enmienda de la Constitución norteamericana es tan complejo y se ha aplicado con poca frecuencia, la Corte debe corregir los errores judiciales de interpretación o aplicación de los derechos constitucionales.

En segundo lugar, la Corte Suprema ha insistido generalmente en la presencia de algunas consideraciones especiales cuando anula o hace caso omiso de su propio precedente. La misma Corte ha reconocido que “no seguir el precedente es inapropiado ante la ausencia de una especial justificación”³¹.

De esta manera se pronunció: “Nuestro precedente es para ser respetado, a menos que la más convincente de las razones demuestre que la adherencia a él conduce a un error seguro. Más allá de la viabilidad, los factores relevantes para decidir si hay que adherirse al principio de *stare decisis*, comprenden la antigüedad del precedente, la dependencia de los intereses en juego y si la decisión fue bien razonada”³².

³¹ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Arizona vs. Rumsey. Sentencia del 29 de mayo de 1984.

³² Corte Suprema de los Estados Unidos. Montejo vs. Louisiana. Sentencia del 26 de mayo de 2009.



Se ha examinado si la experiencia permite evidenciar el precedente deficiente o con puntos débiles. De esa manera se afirma que cuando la Corte examina nuevamente una *ratio decidendi* anterior con el ideal de norma jurídica, su decisión es habitualmente motivada en una serie de prudenciales y pragmáticas consideraciones, previstas para probar la coherencia y evaluar los costos que requiere reafirmar o revocar la decisión previa.

El juez Roberts, expresidente, de la Corte Suprema, dijo lo siguiente acerca del rol del precedente y el criterio que la Corte debería adoptar para determinar si es necesario respetar las decisiones anteriores: “Debemos tener en cuenta que *stare decisis* no es un fin en sí mismo, es más bien el medio por el cual no solo nos aseguramos que la ley no vaya a cambiar de forma irregular, sino que se desarrollará de manera razonada e inteligible”³³.

Su más grande objetivo es servir a un ideal constitucional del Estado de derecho; de ello se deduce que se debe estar más dispuesto a apartarse de ese precedente en una circunstancia inusual cuando la fidelidad a algún precedente en particular ocasiona un perjuicio a ese ideal constitucional, en lugar de avanzar.

Jackson considera lo siguiente: “Revocar un precedente importante es un asunto serio, es necesario una apreciación realista de los inconvenientes de la innovación al igual que los inconvenientes del caso, un balance de los efectos

³³ Roberts, C.J. En: Caso Vasquez vs. Hillery. *Op. cit.*



prácticos de uno contra el otro”³⁴. La Corte ha identificado las siguientes consideraciones prudenciales y pragmáticas para ser analizadas cuando se enfrente a la decisión de revocar su propio precedente:

1. “Si se ha demostrado que la norma es irrealizable en la práctica.
2. Si la norma garantiza tanta confianza a tal punto que produciría dificultades particulares e inequidad si ella fuera revocada.
3. Si se trata de principios jurídicos tan desarrollados hasta ahora, como para dejar la antigua regla, *un remanente o una doctrina en desuso*.
4. Si los hechos han cambiado tanto o se han visto de manera tan diferente como para despojar a la antigua regla de significativa aplicación o justificación”³⁵.

2.4.1 Aplicación de factores

2.4.1.1 Si la norma es inaplicable en la práctica

Para determinar si se concede el efecto *stare decisis* a una decisión anterior, la Corte examina si el precedente presenta problemas de *aplicación en la práctica*, examina si el precedente ha sido difícil de aplicar por parte de las cortes, los abogados y otros intervinientes.

³⁴ Jackson, Robert H. LEY DECISIONAL Y STARE DECISIS. *Op. cit.* Pp. 316.

³⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Paternidad Planificada vs. Casey. Sentencia del 28 de junio de 1992.



2.4.1.2 Si la situación jurídica de una persona basada en la confianza (*reliance interest*), implica una especial dificultad e inequidad en caso de que el precedente fuera revocado

Al determinar si el precedente debe ser revocado, la Corte considera la confianza en el precedente y si el cambio de la regla bien establecida crearía *dificultades especiales o inequidad*. De esta manera se pronunció: “Las consideraciones a favor del *stare decisis* están en su máxima expresión, en los casos en los cuales las situaciones jurídicas basadas en la confianza (*reliance interest*) están involucradas, lo contrario ocurre en aquello relativo a normas de procedimiento”³⁶. Sin embargo, la Corte ha encontrado la confianza legítima en los casos en los cuales esta no parecía justificar el seguimiento del precedente.

El lenguaje de la diversidad de opiniones en *Paternidad Planeada vs. Casey* merece citarse de manera extensa:

“ La indagación acerca de la confianza permite evaluar las consecuencias del rechazo de una regla porque incidiría en aquellos que razonablemente han dependido de la aplicación continua de la regla; la forma clásica para ponderar la confianza de manera preponderante en el seguimiento de reglas previas, ocurre en el contexto comercial, donde la planificación previa de gran

³⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Payne vs. Tennessee*. *Op. cit.*



precisión es claramente una necesidad; no es sorprendente el hecho de que algunos no encontrarían una confianza muy considerable a favor de Roe. Se puede realmente imaginar un argumento que hace énfasis en la diferencia entre este caso y otro que se relaciona con la propiedad o el contrato. Habitualmente se elige el aborto como una reacción a las consecuencias de una actividad no planificada o de la falta de control convencional de la natalidad, excepto cuando se supone que ninguna relación sexual hubiera ocurrido; según el argumento de la decisión del caso Roe, este comportamiento parecería justificar la reivindicación o petición de confianza. Para eliminar el problema de toda expresión simple de confianza, sería necesario limitar aquella que no se puede conocer y se encuentra relacionada con la actividad sexual, lo cual implicaría fácilmente, el rechazo de que durante dos décadas de desarrollo económico y social, las personas han organizado sus relaciones íntimas, y hecho elecciones que definen sus puntos de vista y sus lugares en la sociedad; todo depende de la probabilidad del aborto cuando falla la anticoncepción. La capacidad de las mujeres para participar de manera igual en la vida económica y social de la nación ha sido facilitada por su capacidad de controlar sus vidas reproductivas. La Constitución representa los valores humanos, pero si no existe confianza en lo expresado en el caso Roe no se puede negar la posibilidad de su revocación para el beneficio de las personas que han ordenado su forma de pensar y vivir alrededor de este caso³⁷.

³⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Paternidad Planificada vs. Casey. *Op. cit.*



2.4.1.3 Si los principios jurídicos relacionados han dejado en el precedente un remanente o anacronismo

Al determinar el valor de su propio precedente, la Corte considera “si el crecimiento de las leyes en un período intermedio ha dejado que la regla central del caso Roe sea tan solo un anacronismo doctrinal o reducida por la sociedad”³⁸. Esta es una consideración que caracteriza igualmente la Corte como si los *fundamentos* del precedente hubiesen sido erosionados por las *decisiones* posteriores.

Kozel ha descrito la cuestión como “si los precedentes hubieran escapado revocándose ellos mismos (...) perteneciendo a la línea de casos no aprobados”³⁹.

Por ejemplo, la Corte concluyó en un caso que “sería anómalo preservar la presunción del poder del mercado después de que el Congreso haya eliminado su determinación”⁴⁰. De manera similar, la Corte en *Laurence vs. Texas*, en la revocación de su propia decisión en *Bowers vs. Hardwick*, señaló que dos casos decididos por la Corte Suprema después de *Bowers*, habían puesto aún en duda la *ratio decidendi*.

³⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Paternidad Planificada vs. Casey*. *Op. cit.*

³⁹ Kozel, Randy J. *STARE DECISIS COMO DOCTRINA JUDICIAL*. Revista de Derecho Constitucional. España. 2010. Pp. 433.

⁴⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Illinois Tool Works, Inc. vs. Independent Ink, Inc.* Sentencia del 1 de marzo de 2006.



En *Paternidad Planeada vs. Casey*, la Corte reafirmó el carácter sustancial de la libertad protegida por la cláusula del debido proceso. La decisión *Casey* confirmó nuevamente que las leyes y tradición estadounidenses ofrecen una protección constitucional a las decisiones personales relacionadas con el matrimonio, procreación, anticoncepción, relaciones de familia, crianza y educación de los niños.

El segundo caso post-Bowers de principal importancia es *Romer vs. Evans* (1996). En esta ocasión, la Corte anuló la legislación especial que se aplicó a la *clase* de individuos homosexuales, al considerarse una violación de la Cláusula de igual Protección.

El caso *Romer* anuló una enmienda de la Constitución de Colorado que consideró como una clase de personas solitarias a los homosexuales, lesbianas, bisexuales, por la *orientación, conducta, prácticas o relaciones*, y los privó de protección mediante las leyes que se aplican en contra de la discriminación del estado, concluyó que la disposición era el resultado del rechazo de la clase de personas afectadas, y además, desprovista de relación racional para un propósito gubernamental legítimo. En consecuencia, en casos posteriores donde se ha erosionado el valor del precedente, la Corte podría estar más dispuesta a revocarlo.



2.4.1.4 Si los hechos han cambiado o llegan a ser diferentes

Para conceder el efecto *stare decisis* a una decisión anterior, la Corte considerará si los hechos han cambiado o han sido apreciados de manera tan diferente como para haber sustraído la antigua regla de significativa aplicación o justificación. Este factor ha sido descrito como “aquello que implica una evaluación del mundo de ahora versus el tiempo en que el precedente fue decidido”⁴¹.

A pesar de estos factores enunciados, la Corte a veces revoca el precedente, simplemente porque era *mal motivado*. En última instancia, la decisión de apartarse del precedente es una cuestión que se deja a discreción de la Corte, una decisión que implica un equilibrio de diversas consideraciones.

El *stare decisis* es más bien un principio de política. Al considerar si se examina nuevamente una cuestión anterior que fue resuelta de manera errónea, se debe equilibrar la importancia que representan las cuestiones constitucionales ya resueltas y la importancia de decidir las actualmente, “esto requiere una evaluación realista de las desventajas de la innovación al igual que una evaluación de las desventajas del caso, un balance de efectos prácticos de uno contra el otro”⁴².

⁴¹ Kozel, Randy J. *Op. cit.* Pp. 426.

⁴² Jackson, Robert H. LEY DECISIONAL Y STARE DECISIS. *Op. cit.* Pp. 334.



Se debe tener en cuenta que el principio de *stare decisis* no es nada absoluto, es más bien el medio por el cual un tribunal se asegura de que la ley simplemente no cambiará erradamente, pero se desarrollará de una manera inteligible y con principios. Su mayor propósito es servir a un ideal constitucional del Estado de derecho, por lo cual se deduce que, en un caso poco habitual, cuando la fidelidad de algún precedente en particular hace más daño a este ideal constitucional, se debe estar dispuesto a apartarse de dicho precedente.

Por ejemplo, si el precedente en cuestión se apartó de la jurisprudencia de la Suprema Corte, volviendo a la intrínsecamente más sólida doctrina establecida en los casos anteriores, “los valores de *stare decisis* podrían ser más útiles que aquellos casos decididos recientemente y considerados como contrarios a las decisiones anteriores. Abrogando el precedente errado, en lugar de confirmarlo o ampliarlo, se podría preservar mejor la coherencia de la ley y reducir el efecto perturbador del precedente”⁴³.

Hay una cierta indeterminación de la regla de *stare decisis* y las circunstancias bajo las cuales el precedente puede ser revocado. Kozel manifiesta que: “Gran número de estas consideraciones combinadas con el hecho de que la Corte selecciona a menudo algunos ítems del catálogo sin explicar cuánto trabajo

⁴³ Roberts, C.J. En: Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Ciudadanos Unidos vs. Comisión de Elecciones Federales. *Op. cit.*



es realizado por cada uno, hace que sea difícil encontrar incluso, un punto de partida para pensar críticamente en el *stare decisis* como una doctrina judicial⁴⁴.

Fish considera que: “La moderna doctrina de *stare decisis* es esencialmente indeterminada. Los diversos factores que conducen a la doctrina son en gran parte desprovistos de significado independiente o de fuerza predictiva, esta debilidad expone a la Corte Suprema a las críticas porque parece orientada a los resultados de la aplicación del *stare decisis*”⁴⁵.

El juez Marshall una vez consideró que “se observa poco trabajo para determinar aquello que ha cambiado desde que la Corte decidió en los casos anteriores”⁴⁶.

El juez Stevens argumentó que la disposición de la Corte para revocar sus propios precedentes “puede únicamente disminuir la confianza del público en la fiabilidad e imparcialidad de nuestro sistema de justicia”⁴⁷.

El juez Scalia manifestó: “No creo en la rígida adherencia al principio de *stare decisis* en los casos constitucionales, pero creo que debemos ser coherentes en lugar de ser manipuladores invocando la doctrina (...) a decir verdad, no me

⁴⁴ Kozel, Randy J. *Op. cit.* Pp. 414.

⁴⁵ Fisch, Jill E. LA IMPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA TRANSICIÓN PARA EL *STARE DECISIS*. UNAM. México. 2003. Pp. 94.

⁴⁶ Juez Marshall, John. Caso Payne vs. Tennessee. *Op. cit.*

⁴⁷ Juez Stevens John Paul. Caso Montejo vs. Louisiana. *Op. cit.*



sorprende y no debería sorprender a nadie que la Corte ha elegido actualmente revisar los estándares del principio de *stare decisis* aceptados de manera extraordinaria en Casey”⁴⁸.

El juez Breyer consideró que: “La decisión de la Corte mina otros principios básicos institucionales. ¿Qué ha sucedido con el *stare decisis*? La historia de los planes que tenemos ante nosotros, su importancia educativa, su gran uso ilimitado, todo esto y mucho más, deja claro que el interés primordial aquí es más fuerte que en Grutter. Los planes en este caso son más restrictivos que las admisiones al programa de la escuela de derecho en cuestión, por lo tanto, la aplicación del test estricto de Grutter y su legalidad, siguen *a fortiori*. Para sostener lo contrario, se transforma ese test *estricto* a *-fatal de hecho-* todo lo contrario a aquello que Grutter, dijo. ¿Qué sucedió con Swann, McDaniel, Crawford Harris? ¿Qué sucedió con el Comité Escolar de Boston? ¿Con el Distrito Escolar de Seattle No. 1? Después de décadas de vida fluctuante, llena de oscilaciones, todos quisieron estar fuera de la ley bajo la lógica del pluralismo”⁴⁹.

El juez Stevens señaló esto acerca de la Corte y su empeño para deshacer su propio precedente sin una explicación adecuada: “El acercamiento de la mayoría al electorado corporativo marca una ruptura dramática con nuestro pasado. El Congreso ha dispuesto especiales limitaciones a los gastos de las campañas

⁴⁸ Juez Scalia, Antonin. Caso Lawrence vs. Texas. Sentencia de 26 de junio del 2006.

⁴⁹ Juez Breyer, J. Caso Padres Involucrados en Escuelas Comunitarias vs. Distrito Escolar Seattle No. 1. Sentencia del 28 de junio del 2007.



electorales desde el pasaje de Tillman Act en 1907. Hemos unánimemente concluido que esto refleja una valorización de peligros para el proceso electoral (...) y se ha aceptado que el juicio legislativo de las especiales características de la estructura corporativa requiere una regulación particularmente *cuidadosa*. La Corte hoy en día rechaza una centuria de historia, confiando ampliamente en las opiniones individuales disidentes; la mayoría de estas aparece a través de nuestros precedentes revocando la jurisprudencia”⁵⁰.

La tendencia de la Corte para seguir su propio precedente, ha sido discutible como cuestión política. Como el juez Benjamín N. Cardozo señaló: “Grandes corrientes que envuelven el resto de los hombres no se desvían en su curso y sobrepasan a los jueces”⁵¹.

Si bien la doctrina de *stare decisis* está firmemente arraigada en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, la aplicación de este principio de ninguna manera elimina la discreción judicial en la toma de decisiones. Más bien, es un principio muy flexible que permite a las partes confiar en las reglas propiamente decididas en los casos anteriores y que ofrece la eficiencia sistemática para permitir a las cortes emplear sus recursos valiosos y limitados en las más novedosas e interesantes cuestiones jurídicas.

⁵⁰ Juez Stevens John Paul. Caso Montejo vs. Louisiana. *Op. cit.*

⁵¹ Cardozo, N. Benjamín. LA NATURALEZA DE FUNCIÓN JUDICIAL. Editorial Comares. España. 2004. Pp. 168.



“Además de la naturaleza generalmente flexible del principio de *stare decisis*, la Corte Suprema ha enviado señales inconsistentes acerca de la forma en que lo aplica y las circunstancias en las que se reconsiderará un dictamen anterior. Hace algún tiempo la Corte Suprema parecía anunciar una prueba que se utiliza para evaluar la objeción de los anteriores precedentes, dicha prueba no se ha aplicado sistemáticamente y en los últimos años, los jueces de ambos lados de la división ideológica han acusado a sus colegas con el apartamiento de los precedentes, nada de esto quiere decir que la doctrina de *stare decisis* se ve amenazada o que ya no caracteriza al sistema jurídico estadounidense; sino que sigue siendo un rasgo que define el sistema de los Estados Unidos, pero a pesar de ello, ayuda a poner de relieve el carácter fundamentalmente flexible e impreciso de esta doctrina”⁵².

En un sistema donde las cortes están limitadas por decisiones de otras, los jueces siguen manteniendo una gran flexibilidad en cómo y cuándo los precedentes siguen siendo aplicados.

La aplicación moderna de la doctrina también otorga a los abogados la capacidad para utilizar argumentos creativos en su intento de persuadir a los jueces y, a sus adversarios, respecto a la forma como se aplica el precedente en un conflicto en particular.

⁵² Fine, Toni M. STARE DECISIS Y LA NATURALEZA OBLIGATORIA DE LOS PRECEDENTES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. En: El valor de la Jurisprudencia Como Fuente Creadora de Derecho. Ediciones Dykinson S. L. Madrid. 2012. Pp. 136-137.



2.5. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en el sistema jurídico guatemalteco y la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 272 establece las funciones de la Corte de Constitucionalidad. En la literal g) de dicho artículo, la Constitución establece como función de la Corte de Constitucionalidad, compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, y, mantener al día el boletín o gaceta jurisprudencial.

Esta función implica, de alguna manera, la recopilación de la información necesaria para fundamentar la existencia de doctrina legal por parte de la Corte de Constitucionalidad.

Por otro lado, el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece los requisitos legales para que se forme la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad. Establece que la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte.

Asimismo, el mismo artículo 43 de la ley citada establece que la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la

innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.



Del análisis del artículo 43 de la ley citada se infiere, que cuando una misma Corte de Constitucionalidad acumule sobre un asunto similar tres fallos contestes e ininterrumpidos, sienta doctrina legal y dicha doctrina debe respetarse por los tribunales (por la jurisdicción ordinaria), es decir, dicha doctrina legal es obligatoria para el resto de tribunales de la República.

En otro aspecto, del contenido del mismo artículo se infiere que cuando la Corte de Constitucionalidad por medio de la innovación razonada de su doctrina (el *distinguish* del derecho estadounidense), dicha innovación no será obligatoria para los tribunales ordinarios, hasta que no se produzca doctrina legal en el sentido de la innovación. Es decir, que la innovación se convertirá en doctrina legal obligatoria hasta cuando se hayan producido tres fallos contestes de la misma Corte sobre un asunto similar.

En resumen, la doctrina legal que se produce en la jurisdicción privativa de la Corte de Constitucionalidad proveniente de sus fallos regulares o de la innovación razonada cuando se separe de su propia jurisprudencia, para existir, deberá llenar los mismos requisitos: la existencia de tres fallos contestes e ininterrumpidos por parte de la Corte de Constitucionalidad.



En otras palabras, la jurisdicción ordinaria se verá obligada a respetar la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad, solo cuando existan tres fallos contestes e ininterrumpidos sobre un asunto similar, independientemente de si esa doctrina legal proviene de los fallos regulares de la Corte de Constitucionalidad o de una innovación razonada en la cual esta se hubiere apartado de su propia jurisprudencia. De lo contrario, al no existir doctrina legal por parte de la Corte de Constitucionalidad, los tribunales ordinarios no están obligados a resolver conforme a los fallos en los que dicha doctrina o exista por no haberse formado conforme al artículo 43 de la ley citada. Esto en función de la independencia, imparcialidad y neutralidad del Organismo Judicial que establece el artículo 203 de la Constitución Política de la República, en el sentido de que los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes.

2.6. Análisis de la facultad que posee la Corte de Constitucionalidad para innovar su jurisprudencia

El artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad otorga potestad a la Corte de Constitucionalidad para separarse de su propia jurisprudencia, siempre que la innovación sea razonada.

El requisito de que la innovación sea razonada tiene como objetivo plasmar en la sentencia la motivación del cambio de jurisprudencia. Esta motivación puede



provenir de distintas circunstancias, debido a cambios operados en la realidad social, económica, política y hasta internacional, que puedan influir en la interpretación de la Constitución, dado que, generalmente, las Constituciones son instrumentos normativos llamados a prevalecer en el tiempo, y a la dificultad de acceder a la reforma de su texto en virtud de la rigidez como característica de las Constituciones contemporáneas.

Que una Constitución sea rígida, significa que su proceso de reforma se torna más difícil y problemático, con requisitos jurídico-políticos más exigentes, que la reforma de las leyes infraconstitucionales.

Ello es así porque no existe otra forma de adaptar las circunstancias cambiantes de las realidades ya mencionadas al texto de la Constitución. En ese sentido, en algunos casos, la continuidad de la jurisprudencia constitucional y su mantenimiento puede implicar consecuencias más graves que la innovación, por lo que, para evitar conflictos sociales, políticos, económicos y hasta internacionales, la Corte se ve obligada a innovar su jurisprudencia, razonando en la motivación de las sentencias los motivos de dicha innovación.

Las innovaciones o cambios de jurisprudencia pueden ser impuestos igualmente en razón de una modificación legislativa. Esta última podría inscribirse también en el contexto de una obligación internacional debido a la adhesión, suscripción y ratificación de algún tratado o convenio internacional.



Puede tratarse, igualmente, el motivo de la innovación jurisprudencial de la voluntad del Poder Legislativo que por medio de una modificación normativa desea cambiar el hilo conductor de una política pública por medio de la cual, se propone, modificando una norma, cuestionar una decisión de la Corte de Constitucionalidad cuya orientación se rechaza.

De esta manera, existe una verdadera red de interpretaciones que tiende a ser cada vez más amplia, en razón de las intervenciones sucesivas o paralelas al legislador, de la Corte de Constitucionalidad. En resumen, la Corte de Constitucionalidad posee facultad para innovar su jurisprudencia por las razones explicadas de cambio de circunstancias en los distintos entornos de aplicación constitucional y de normas ordinarias, además del cambio de circunstancias en la conformidad de una ley a la interpretación del texto de la Constitución.

2.7. Análisis del artículo 190 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en cuanto al precedente que sientan las sentencias de inconstitucionalidad en caso concreto

El artículo 190 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece en su primer párrafo, que las resoluciones dictadas en procesos de amparo y de exhibición personal son de efecto declarativo y no causas

excepción de cosa juzgada, sin perjuicio de las disposiciones relativas a la jurisprudencia en materia de amparo.



Por otro lado, el mismo artículo 190 de la ley citada establece en su segundo párrafo que las resoluciones en casos que contengan planteamiento de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general solo causa efecto de cosa juzgada con respecto al caso concreto en que fueren dictadas, pero también tienen efectos jurisprudenciales.

De la lectura del párrafo citado, se infiere que el carácter de *res judicata* o cosa juzgada, la adquiere una resolución de la Corte de Constitucionalidad únicamente en casos que contengan planteamiento de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, sin perjuicio de que produzcan efectos jurisprudenciales con motivo de la aplicación del artículo 43 de la misma ley.

La calidad de cosa juzgada que le otorga la ley citada a las resoluciones emitidas en casos de inconstitucionalidad normativa (correctiva), significa que dicha cosa juzgada puede invocarse, cuando se produzca otro caso de igual naturaleza *por los mismos motivos*, es decir, que para efectos de economía procesal no es factible conocer de un planteamiento de inconstitucionalidad de ley, reglamento o disposición general cuando los motivos de inconstitucionalidad sean los mismos de un caso que ya se juzgó y cuya resolución haya quedado firme.



Sin embargo, es de hacer notar, que la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general sí puede plantearse por motivos distintos a los de un caso cuya resolución hubiere adquirido carácter de cosa juzgada, sin perjuicio de los efectos jurisprudenciales que hubiere causado.

Ello es así, porque de lo contrario se estaría negando el acceso a la justicia constitucional, que es un derecho característico de un Estado constitucional y democrático de derecho y conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y conforme a otros tratados internacionales en dicha materia.

Si una acción de inconstitucionalidad general o en caso concreto ha sido otorgada o denegada, ello no implica que la norma, reglamento o disposición general no sea inconstitucional también, por motivos distintos a los planteados en el caso que obtuvo una resolución con naturaleza de cosa juzgada.

Ello puede o no haber causado efectos jurisprudenciales de los que hace referencia el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; pero se debe tener en cuenta, que la jurisprudencia constitucional es dinámica y cambiante, es por ello, que el mismo artículo 43 de la ley citada le otorga a la Corte de Constitucionalidad la facultad de innovar su jurisprudencia razonando el fallo.



2.8. Análisis de la doctrina de la obligatoriedad *de facto* de los precedentes constitucionales

En años recientes, ha surgido en el ámbito doctrinario la llamada *doctrina de la obligatoriedad de facto de los precedentes constitucionales*. Se refiere esta doctrina a la potestad de los jueces de aplicar de oficio (ello porque el precedente no ha sentado doctrina legal obligatoria) algún fallo de la Corte de Constitucionalidad en un asunto similar al que el juzgador se encuentra resolviendo.

Resulta obvio, que la aplicación de dicho fallo constitucional no deviene obligatoria para los tribunales de justicia, por lo que, la utilización del juez para la aplicación del precedente que no ha sentado doctrina legal obligatoria se fundamenta en su independencia judicial y en la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado que le otorga el artículo 203 de la Constitución Política de la República.

Esta situación implica lo siguiente: a) que indistintamente de la utilización del precedente que no ha sentado doctrina legal para fundamentar la resolución del juez, el fallo debe ser motivado. Ello en virtud de la obligación constitucional y convencional que tienen los jueces de motivar sus fallos con base en los derechos de defensa y al debido proceso de que gozan los usuarios del sistema judicial y; b) que los afectados por dicho fallo judicial pueden impugnar la resolución utilizando como motivo de agravio el hecho preciso de que el fallo aplicado o deviene de

observancia obligatoria por los jueces debido a que no goza de la característica de doctrina legal obligatoria.



En cuanto a la naturaleza de la fundamentación de la resolución judicial sustentada en la doctrina de la obligatoriedad de facto de los precedentes constitucionales, esta deviene simplemente en un *argumento de autoridad* (*argumentum ad auctoritatem*), el cual, constituye la denominada *falacia de autoridad*, porque argumenta la utilización de un precedente sin obligación legal de aplicación aludiendo a la autoridad de quien lo produjo.

En este caso, los argumentos a la autoridad solo podrían utilizarse como argumentos *a mayor abundamiento*, es decir, como argumentos *a fortiori*, los cuales se insertarían en los *obiter dicta*, de la sentencia, pero no podrían ser utilizados en la *ratio decidendi*, ya que esta debe fundamentarse necesariamente en la ley.

Ello es así porque el artículo 154 de la Constitución Política de la República establece la obligación de los tribunales de justicia de que en toda resolución deberá observar el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado; y la Constitución es la fuente de validez del resto del ordenamiento jurídico, por lo que, un acto de un funcionario público que no se ajuste a la Constitución y a las leyes vigentes en el territorio de la República, violaría necesariamente el referido artículo y sería nulo de pleno derecho. Es por ello, que se resalta aquí el deber jurídico del juez de fundamentar la resolución de manera suficiente, de manera

indistinta de la utilización para su fallo, de un precedente constitucional que no haya
sentado doctrina legal.





Capítulo III



La interpretación de la Constitución y la jurisprudencia constitucional en el sistema romano-germánico

3.1. Interpretación y jurisprudencia constitucional

La interpretación de la Constitución es una labor que se verá directamente influida por el concepto de Constitución que defiendan sus intérpretes. En todo caso, si la Constitución posee evidentes peculiaridades respecto a las leyes infraconstitucionales, estas peculiaridades tendrán un claro reflejo en la interpretación de las segundas. En particular, la presencia de principios y valores de carácter general en el texto constitucional condiciona de forma manifiesta su interpretación.

En la medida en que esos valores tienden a configurarse como principios materiales que vinculan a todos los poderes públicos y se imponen en primer término al legislador, a la cuestión de la interpretación se ha de añadir el problema de los diversos intérpretes constitucionales, y en concreto, la cuestión del papel de los dos que se podrían considerar *intérpretes cualificados* de la Constitución, que son el legislador y el Tribunal Constitucional.

En el Estado constitucional, la posición de estos dos poderes tiende a aproximarse, ya que el legislador tiende a pasar de ser un poder absolutamente



discrecional, en cuanto representante de la soberanía popular; a aparecer como un órgano que en muchos casos debe *realizar* y desarrollar los preceptos constitucionales. Por su parte, la jurisdicción constitucional, cuya función esencial debe ser únicamente el establecimiento de los límites o el marco jurídico-constitucional de actuación de los poderes del Estado, tiende a realizar una labor creativa de derecho constitucional, ya que debe interpretar el contenido de preceptos constitucionales generales y ambiguos, adaptándolos a las cambiantes circunstancias sociales. Simplificando ampliamente, el legislador tiende a pasar de creador a aplicador del derecho, y el Tribunal Constitucional, de aplicador a creador. En este contexto, es preciso también plantearse la cuestión del valor de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes del derecho.

3.2. La interpretación constitucional

3.2.1 Concepto de interpretación

La Constitución es usualmente un texto escrito, como tal, está compuesta de un conjunto de oraciones formadas por palabras que expresan algo. Cualquier lector que se acerque al texto constitucional tratará de extraer el sentido o significado que se expresa a través de esas palabras. Por ello, como todo texto, la Constitución es susceptible de interpretación.



Se puede entender por interpretación, siguiendo a Zagrebelsky, “el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los significantes a los significados”⁵³. Si bien el término *interpretación* puede referirse, en realidad, tanto a este proceso como al resultado del mismo.

Pero la Constitución es un texto jurídico, y su interpretación participa por ello de las características propias de la interpretación jurídica. Desde luego, la interpretación jurídica comparte con cualquier proceso interpretativo la finalidad de tratar de descifrar el significado de textos lingüísticos, pero presenta como nota específica el que los textos jurídicos contienen normas, de forma que el *significado* que se trata de extraer del enunciado lingüístico es una norma jurídica, entendida esta como mandato o prohibición dirigido a poderes públicos o a ciudadanos, y cuyo incumplimiento es objeto de una respuesta mediante una sanción jurídica.

Como es natural, es posible encontrar en los textos legales o constitucionales preceptos aislados que en apariencia no responden a este esquema de mandato o prohibición con respuesta jurídica, pero normalmente esta respuesta viene dada por la pertenencia de los propios preceptos al ordenamiento jurídico. Por ello, el carácter jurídico de la norma deriva de la pertenencia a este ordenamiento considerado como sistema de reglas, normas e instituciones jurídicamente sancionadas.

⁵³ Zagrebelsky, Gustavo. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. En: López Pina, A. DIVISIÓN DE PODERES E INTERPRETACIÓN. Editorial Tecnos. Madrid. 1987. Pp. 161.



Esta especificidad de la interpretación jurídica no solo afecta al objeto de la misma, sino que también condiciona el propio proceso interpretativo. En la interpretación jurídica el *significante* es la disposición, y el *significado* es la norma.

De esta forma, resulta esencial la distinción, apuntada entre otros por Guastini, entre “*disposición*, entendida como cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, del discurso de las fuentes, y *norma*, que sería cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de ellas”⁵⁴.

Interpretar un texto jurídico es, por tanto, atribuirle un sentido o significado normativo, hallar o descifrar la norma que deriva del mismo. No hay norma sin previa actividad interpretativa, ni, técnicamente, cabe hablar de disposición para referirse al resultado del proceso interpretativo. Desde la perspectiva de este proceso, las disposiciones constituyen su objeto, y las normas su resultado.

Una cuestión muy relevante relativa al proceso de interpretación jurídica, señalada entre otros por Wroblewski, es la de “si este viene encaminado a *descubrir* la norma preexistente, derivada del enunciado normativo, o más bien ha de *atribuir* a dicho enunciado un significado normativo”⁵⁵.

⁵⁴ Guastini, Riccardo. LAS FUENTES DEL DERECHO. Ediciones Legales. Lima. 2017. Pp. 118.

⁵⁵ Wroblewski. J. CONSTITUCIÓN Y TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Cuadernos Civitas. Madrid. 1985. Pp. 17.



En definitiva, se trata de saber si el proceso interpretativo es o no creativo, lo que, en caso afirmativo, puede implicar el establecimiento de nuevo derecho en la medida en que el propio ordenamiento atribuya al intérprete la potestad de adoptar decisiones vinculantes para terceros. La cuestión reviste una gran complejidad, pero cabe apuntar que, salvo en los inusuales casos en los que el sentido del precepto jurídico aparece como único, evidente y claro, en todo proceso interpretativo hay una cierta labor creadora, que implicará creación de nuevo derecho en el caso de que dicha interpretación venga realizada por los tribunales, o al menos por aquellos que se sitúan en la cúspide del sistema judicial.

Incluso hay quien afirma que, en sentido estricto, solo existe interpretación cuando hay realmente duda en el sentido que ha de atribuírsele a un enunciado normativo, según el clásico aforismo *in claris non fit interpretatio*. Sin perjuicio de que estos casos *claros* son en la práctica una minoría, y de la evidente dificultad para distinguirlos de los que no lo son, lo importante es señalar que en la mayoría de las ocasiones la labor interpretativa conlleva en cierta medida creación, ya que del enunciado legal no se deduce siempre de forma indubitada un único contenido normativo o una única respuesta a un caso concreto. A partir de ahí, puede afirmarse que cabe utilizar el término *interpretación* en un sentido amplio (incluyendo también los casos *claros*), o en el sentido más estricto, referido solo a los supuestos dudosos.

Conviene también realizar la distinción entre interpretación jurídica y aplicación del derecho. Esta última sería la realización o ejecución del derecho a supuestos



concretos, de tal modo que cabría siempre una interpretación no aplicativa (por ejemplo, la que realiza la doctrina), si bien toda aplicación jurídica presupondría la previa interpretación del derecho a aplicar, al menos si se entiende este término en sentido amplio, que incluye también los llamados *supuestos claros*.

En todo caso, no hay que ignorar que la interpretación jurídica más relevante es la realizada por aquellos órganos u operadores a los que el propio ordenamiento otorga la potestad de decidir casos concretos con criterios jurídicos adoptando decisiones vinculantes. En particular, debe destacarse la enorme trascendencia que en cualquier sistema jurídico posee la interpretación judicial.

3.2.2 La interpretación de la Constitución

Al ser la Constitución una norma jurídica, resultan, en general, aplicables a su interpretación las consideraciones que acabamos de realizar. Pero no cabe desconocer que la Constitución es una norma peculiar desde varios puntos de vista (por su rango, contenido y finalidad), y, en palabras de Canosa Usera, “estas peculiaridades afectan al método de su interpretación que ha de plegarse a su objeto”⁵⁶.

⁵⁶ Canosa Usera, R. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y FÓRMULA POLÍTICA. Centro de estudios Constitucionales. Madrid. 1988. Pp. 75.



La cuestión de si estas especialidades vienen a configurar un proceso cualitativamente distinto, o más bien solo una diferencia de grado respecto al método de interpretación jurídica en general, es difícil de responder categóricamente. Conviene precisar, en todo caso, que los elementos y criterios propios de la interpretación jurídica son aplicables a la interpretación constitucional, si bien con algunos matices; pero resultan en sí mismos insuficientes y deben ser completados con otros criterios propios.

Por ello se estima que la interpretación constitucional presenta diferencias muy apreciables con el resto de la interpretación jurídica, aun partiendo de su misma base y participando de sus elementos. Se trata de un proceso con acusadas particularidades, pero en definitiva no de un proceso esencialmente distinto. Sin embargo, se considera más importante que la ubicación de este proceso en una u otra categoría es la precisión de cuáles son esas particularidades, que afectan al objeto de la interpretación, al método de la misma y a los sujetos que tienen encomendada esta labor.

3.2.2.1 Peculiaridades de la norma constitucional en relación con su interpretación

En primer lugar, hay que destacar las notas peculiares que caracterizan al texto constitucional, ya que en buena medida las especialidades de la interpretación constitucional derivan de su objeto. Como ha enfatizado por ejemplo Pérez Royo, “la



Constitución posee una estructura normativa diferente a la ley, ya que, a diferencia de esta, la Constitución es una norma única, que no es expresión de regularidad alguna en los comportamientos sociales, y cuya estructura no supone habitualmente la tipificación de una conducta para anudarle determinadas consecuencias jurídicas. En general, la Constitución es más bien el cauce, el marco, el límite a la actuación de particulares y poderes públicos, y en especial al legislador”⁵⁷.

Pero tampoco esta idea puede afirmarse de forma categórica o absoluta, ya que también la Constitución contiene mandatos de actuación positiva para los poderes públicos. De este modo, estos poderes públicos, y en primer término el Poder Legislativo, deben desarrollar su actuación con el límite de la Constitución, aunque también en ciertos casos han de *desarrollar* la misma.

La auténtica especialidad de la interpretación constitucional consiste en que “los mandatos constitucionales son susceptibles de desarrollo infinito, tanto por el juez como por el legislador; y ambos pueden llegar a soluciones divergentes”⁵⁸. Con todo, todavía es posible, y aun necesario, deslindar la posición de uno y otro en relación a la Constitución.

Es importante destacar algunos de los elementos esenciales en los que se traduce la especial estructura normativa de la Constitución, como objeto de la

⁵⁷ Pérez Royo, J. CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2000. Pp. 135.

⁵⁸ Alonso García, E. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984. Pp. 26.



interpretación constitucional. En primer lugar, puede destacarse el *carácter abierto* de muchos de sus preceptos, que suelen reflejar una cierta ambigüedad. En ocasiones la misma es buscada de forma intencionada, ya que a veces los preceptos constitucionales son “fórmulas de compromiso que son precisamente expresión de la falta de acuerdo y que postergan la decisión”⁵⁹.

Pero el empleo de cláusulas generales y declaraciones de principio es a veces consustancial a la naturaleza de los conceptos, ideas y valores que acoge la Constitución. Desde luego, el empleo de fórmulas abiertas no es una nota exclusiva del texto constitucional, ya que existen *conceptos jurídicos indeterminados* en todos los sectores del ordenamiento; pero es indudable que la frecuencia de estos conceptos en el texto de la Constitución es más acusada que en cualquier otra norma jurídica.

Otra nota relevante de la Constitución es la *politicidad*, entendida como la conexión con los diversos sujetos, grupos y órganos que manifiestan y expresan los poderes del Estado, y que están presentes tanto en la elaboración de la Constitución como en el desarrollo e interpretación de la misma. La realización de la norma fundamental llevada a cabo por el legislador o el gobierno posee un componente político incuestionable, de tal manera que la interpretación constitucional decide sobre problemas políticamente relevantes en mayor medida que la interpretación de otras normas jurídicas.

⁵⁹ Bockenforde, E. W. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. INVENTARIO Y CRÍTICA. En: Villaverde Menéndez, I. ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES. Revista Española de Derecho Constitucional. España. 1993. Pp. 17.



Desde luego, el intérprete judicial de la Constitución, y en particular los Tribunales Constitucionales, debe decidir las controversias constitucionales con criterios jurídicos, aunque también debe ser consciente de las consecuencias políticas de sus decisiones. Por tanto, este carácter político tiende a expandirse al método y al intérprete, aunque, como afirma Leibholz, el Tribunal Constitucional resuelve “conflictos jurídicos sobre materia política”⁶⁰, porque “el carácter político de un acto no impide el conocimiento jurídico del mismo”⁶¹.

Entre otras características propias de la Constitución está el *carácter axiológico* o *valorativo*, ya que su texto contiene un buen número de valores y principios generales, tales como libertad, igualdad, justicia, dignidad. Estado social y democrático de derecho, y que al tiempo suponen límites, mandatos y fines que el constituyente impone a los poderes públicos. Esta característica, que está vinculada con las dos anteriores y en alguna medida es causa de las mismas, condiciona el método de la interpretación constitucional, planteando dificultades interpretativas.

Hay que tener en cuenta que, en relación con la interpretación, estos contenidos axiológicos juegan un doble papel: por un lado, son ellos mismos objeto de la interpretación realizada por los diversos poderes públicos, que deben tener en

⁶⁰ Leibholz, G. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA RFA Y EL PROBLEMA DE APRECIACIÓN JUDICIAL POLÍTICA. En: PROBLEMA FUNDAMENTALES DE LA DEMOCRACIA MODERNA. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1971. Pp. 149.

⁶¹ Bahof, O. JUECES Y CONSTITUCIÓN. Editorial Civitas. Madrid. 1989. Pp. 61.



cuenta su carácter general y abierto, pero también su contenido o significado ineludible.

Por otro lado, estos valores y principios son también elementos o instrumentos para la interpretación del resto de la norma constitucional y del ordenamiento jurídico en su conjunto, y desde esta perspectiva presiden todo criterio o método interpretativo y dotan al sistema jurídico de unidad y coherencia.

Todas estas características del objeto condicionan el método de la interpretación, y la posición de los distintos intérpretes. En efecto, el legislador es el primer sujeto cualificado para precisar el contenido de estas cláusulas abiertas, desarrollarlas y completar su significado, mientras que los tribunales constitucionales deben señalar; en principio, cuándo el Poder Legislativo traspasa los límites del texto constitucional en su interpretación o desarrollo.

Esta circunstancia debe estar presente en el método de la interpretación constitucional. Pero tampoco la misma debe entenderse de forma absoluta, ya que la Constitución contiene también otros preceptos más precisos, así como mandatos de actuación que poseen un cierto grado de concreción.

Ciertamente, caben *diversas lecturas* de la Constitución, y es el legislador el primer sujeto legitimado para elegir una u otra; pero tampoco cabe *cualquier lectura*,

pues estas notas no implican ausencia de contenido normativo o de carácter vinculante de la misma.



3.2.2.2 El método de la interpretación constitucional

Las particularidades del objeto de la interpretación constitucional penetran de forma inevitable en el método de la misma. Pero ello no significa que no sean útiles en la interpretación constitucional, los elementos o argumentos tradicionalmente empleados en la interpretación jurídica. De hecho, todos ellos han sido utilizados por los tribunales constitucionales, si bien ha de advertirse que los mismos presentan sus propias peculiaridades cuando se utilizan para interpretar la norma fundamental, de manera que no actúan en este caso de idéntica forma a como lo hacen en general en la interpretación de normas infraconstitucionales.

Sin embargo, tales argumentos se muestran insuficientes en esta labor, de manera que han de ser completados con otros criterios o elementos propios de la interpretación constitucional. La conjunción de todos ellos configura lo que en sentido amplio puede denominarse *método de la interpretación constitucional*, aunque ya se ha apuntado que el mismo no configura un proceso esencialmente diferente al de la interpretación jurídica.



A continuación, se revisará brevemente cada uno de los criterios tradicionales, en su aplicación a la interpretación constitucional. Como es sabido, estos criterios o reglas fueron formulados por Savigny y, con alguna modificación, son básicamente los que hoy recogen la mayoría de intérpretes.

- a) **Criterio gramatical:** Se basa en el *sentido propio de las palabras*, esto es, en la dicción literal del texto, y es un imprescindible punto de partida en toda interpretación jurídica, por tanto, también en la interpretación constitucional. En aquellos supuestos en que la dicción literal es clara y terminante, la interpretación gramatical es el método más fiable, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que: “Una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto solo puede pensarse cuando existe ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales”⁶². Sin embargo, y teniendo en cuenta la frecuencia de términos generales y ambiguos en la redacción de la Constitución, hay que afirmar que el criterio literal o gramatical se muestra manifiestamente insuficiente en esta labor interpretativa.
- b) **Criterio sistemático:** Este elemento posee una gran importancia en la interpretación constitucional. En realidad, este criterio, entendido en sentido amplio, engloba tres argumentos: el *argumento a coherencia*, según el cual los enunciados legales han de interpretarse teniendo en cuenta que no pueden

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/1984, de 14 de junio de 1984.



expresar normas incompatibles; el argumento *sedes materiae*, por el que se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso teniendo en cuenta el lugar que ocupa el texto normativo del que forma parte; y el argumento *sistemático en sentido estricto*, que atribuye un significado normativo a un enunciado teniendo en cuenta otros preceptos o normas, esto es, al *contexto* jurídico.

Todos ellos presentan notable utilidad a la hora de interpretar la Constitución, y han sido utilizados reiteradamente por algunos Tribunales Constitucionales.

Por ejemplo, se ha utilizado el *argumento a coherencia* para interpretar la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria de forma coherente y no contradictoria con los valores de igualdad, justicia y el derecho a la tutela judicial y se ha afirmado reiteradamente que debe realizarse una interpretación sistemática de la Constitución, ya que la misma *es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en función del conjunto*.

De ahí la relación entre el argumento sistemático y el principio de unidad de la Constitución. Pero debe además destacarse la especial trascendencia que posee el argumento sistemático no ya en la interpretación del propio texto constitucional, sino también en la interpretación de la ley y del resto del ordenamiento, ya que este debe interpretarse, siempre que sea posible, de conformidad con la Constitución, que es la cúspide del ordenamiento y que impone así una interpretación coherente del mismo, dotando de cierta unidad a toda la interpretación jurídica. Varios tribunales



constitucionales han reiterado esta necesidad, en tanto sea posible, de interpretar el ordenamiento de conformidad a la Constitución.

c) **Los antecedentes históricos y legislativos:** En el caso de la Constitución, en referencia a los precedentes constitucionales y los debates parlamentarios que dieron origen a su aprobación. Este elemento también ha sido utilizado por algunos tribunales constitucionales, pero su importancia es relativa, hasta el punto de que más bien debe entenderse como un argumento de apoyo a otros, que rara vez resultará decisivo si se utiliza de forma aislada, y desde luego no parece pueda prevalecer sobre los restantes cuando estos apuntan a otra interpretación. El propio tribunal constitucional ha afirmado que los debates parlamentarios *son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen.*

d) **Interpretación teleológica:** Es la que busca el significado de un precepto de acuerdo con su finalidad, y posee también relevancia a la hora de interpretar el texto constitucional. Sin perjuicio de que cada precepto constitucional puede tener su finalidad, hay que destacar que hay un sistema constitucional de valores y principios que determinan los fines de la Constitución y del resto del ordenamiento.

Se ha afirmado que el sistema constitucional de valores impone una interpretación finalista de la Constitución. Y alguno de los criterios más utilizados en la



interpretación constitucional, como el de interpretación más favorable al ejercicio de derechos fundamentales, posee un fundamento teleológico, pues implica en definitiva la interpretación de las normas de forma acorde con la finalidad derivada de los preceptos constitucionales que recogen estos derechos fundamentales, que son valores y fines esenciales del sistema constitucional. En definitiva, este criterio influye o condiciona a casi todos los demás, en un sistema constitucional que sitúa a determinados valores como fines esenciales de todo el ordenamiento, y por ello se ha dicho que los métodos tradicionales poseen sus propias peculiaridades cuando se utilizan en la interpretación constitucional. En todo caso, ha de reconocerse que este criterio plantea también algunos problemas, ya que en ocasiones es preciso determinar previamente el significado de esos valores y principios que actúan como fines de la Constitución y del ordenamiento. Así, en cierto sentido, determinar el espíritu y finalidad de una norma es muchas veces un objetivo de la interpretación, más que un instrumento o criterio para la misma.

- e) **Interpretación evolutiva:** Aparte de estos criterios, argumentos o elementos tradicionales (y de otros que podrían señalarse, como la analogía), hay que referirse también a otro, que se refiere a la *realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*. En efecto, este elemento posee indudable utilidad en la interpretación constitucional, dado que la Constitución tiene una especial pretensión de permanencia y estabilidad, como norma fundamental y suprema de un sistema político y social, y esta permanencia no sería posible



si la interpretación de la misma no se realizase teniendo en cuenta la realidad social a la que ha de aplicarse.

Por ello se ha destacado la importancia de una *interpretación evolutiva* del texto normativo supremo, que lo vaya adecuando a las cambiantes circunstancias sociales, políticas, económicas, etc., si bien sin llegar a tergiversar o ignorar el significado literal de sus preceptos. De hecho, esa interpretación evolutiva, junto con otros factores, permite entender la larga pervivencia de algunos textos constitucionales, como el de los Estados Unidos de América.

Pero como ya se ha reiterado, aun reconociendo la utilidad -mayor o menor según cada concreto criterio- de los elementos analizados a la hora de interpretar la Constitución, los mismos no permiten, por sí mismos, realizar plenamente dicha labor interpretativa de todos los preceptos constitucionales. Se trata de elementos necesarios, pero no suficientes.

Por ello algunos autores han propuesto métodos específicos para la interpretación constitucional. Así, Hesse⁶³ propone un método basado en la *concretización*, que implica precomprensión de la norma y del problema, y un proceso consistente en una actuación tópica, orientada y limitada por la norma, mediante la que se encuentran, a través de la *inventio*, puntos de vista que se

⁶³ Hesse, Konrad. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: ESCRITOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992. 35-36.



someterán a opiniones a favor y en contra para fundamentar la decisión, en este proceso juegan un papel los métodos tradicionales, y los principios propios de la interpretación constitucional.

Bóckenförde⁶⁴, por su parte, tras realizar una crítica de otros métodos propuestos para la interpretación constitucional, señala que los mismos conducen a la degradación de la normatividad de la Constitución y su equiparación a la ley, afirmando que el método de interpretación de la Constitución ha de vincularse a la teoría de la Constitución que se defienda, pero en todo caso debe partir de la característica esencial de entender la Constitución como un *ordenamiento marco* que fija límites y determina directrices.

También puede destacarse el denominado *método tópico*, con origen en la doctrina alemana, y que ha defendido y explicado Pérez Royo: “Este método parte de la especial estructura normativa de la Constitución y las peculiaridades de su relación con la ley, que no es equiparable a la relación existente entre otras fuentes de distinto rango. Desde esta perspectiva, la Constitución no determina el contenido de la ley ni la actuación del legislador, sino que fija solo los límites de tal actuación; ello debe tener reflejo en el método de interpretación, que debe invertirse en relación con el método jurídico ordinario, partiendo del problema y de la respuesta que el mismo recibe del legislador, y a partir de ahí comprobando si dicha respuesta ha excedido o no los límites constitucionales. De alguna forma el método no empieza

⁶⁴ Bockenforde, E. W. *Op. cit.* Pp. 25.



por la Constitución, sino que concluye en ella. La interpretación constitucional es así una interpretación de límites, y el método se caracteriza por la imprecisión, que trata de paliarse con la ayuda de determinados criterios interpretativos específicos⁶⁵.

Todas estas propuestas tienen el acierto de poner de relieve la especificidad de la Constitución, y las consecuencias que la misma debe tener en su interpretación, que no puede realizarse sin más con los métodos de la interpretación jurídica en general. Y esta especialidad debe, en efecto, estar presente en la interpretación de la Constitución. Pero se estima que estas peculiaridades también deben ser matizadas o relativizadas.

En primer lugar, el carácter relativamente abierto es una característica que también puede encontrarse en algunos preceptos legales; en segundo lugar, la Constitución es un marco para la ley y el legislador, pero no solo un marco, pues también en ocasiones contiene mandatos generales, o incluso con cierta concreción, que necesariamente deben imponerse a la ley, y de alguna manera determinan parcialmente su contenido. En tercer lugar, la interpretación de la Constitución no siempre se realiza en el contexto de la valoración de la obra legislativa y su conformidad con la norma fundamental. En la cotidianidad los tribunales ordinarios deben interpretar la Constitución para resolver casos concretos, supuestos de hecho equiparables a los que son objeto de los asuntos *ordinarios* (en realidad, para aplicarla a los mismos supuestos *ordinarios*); e incluso

⁶⁵ Pérez Royo, J. *Op. cit.* Pp. 146.



los tribunales constitucionales en algunos procesos, y particularmente en el amparo, no se limitan a la valoración constitucional de la ley o de otras normas, sino que han de valorar actos de los poderes públicos y a veces de particulares.

Por ello se cree que, siendo relevantes las peculiaridades mencionadas, y reportando incuestionable utilidad algunas ideas presentes en los métodos específicos que sucintamente se han expuesto, todo no lleva a configurar, con carácter general, un método radicalmente diferente al propio de la interpretación jurídica en general.

En todo caso, sí resulta conveniente destacar algunos de los criterios o elementos específicos que se han apuntado como propios de la interpretación constitucional, y que deben estar presentes siempre en esta labor interpretativa.

En primer lugar, se destaca el *principio de unidad de la Constitución*, que supone considerar a esta como un todo que se sitúa en la cúspide del ordenamiento y debe presidir, a su vez, la interpretación de este.

En segundo lugar, *el principio de concordancia práctica*, según el cual los conflictos posibles entre preceptos constitucionales no deben resolverse con base en la supuesta superioridad de alguno de ellos y el sacrificio de otros, sino mediante la ponderación, en cada caso concreto, que permita una cierta realización de los principios en tensión.



En tercer lugar, el *principio de fuerza normativa de la Constitución*, que presupone el carácter jurídico y vinculante de cada uno de sus preceptos. En cuarto lugar, *el principio de corrección funcional*, que implica el respeto a la distribución de poderes y funciones que deriva de la propia Constitución.

De este modo, la suma de los criterios tradicionales y de los específicos de la Constitución (literal, sistemático, histórico, teleológico, interpretación evolutiva, concordancia práctica, unidad de la Constitución, corrección funcional, carácter abierto de sus preceptos) llevará a la utilización conjunta de todos o algunos de ellos según los casos. Esto permitirá resolver la mayoría de los problemas interpretativos, siempre teniendo en cuenta que, en caso de duda o ambigüedad, el primer sujeto legitimado para *interpretar* y desarrollar la constitución es el legislador.

3.2.2.3 Los intérpretes constitucionales

Cualquier sujeto, público o privado, puede interpretar la Constitución. Los autores que forman parte de la *doctrina jurídica* lo hacen habitualmente, aunque esta interpretación no tenga mayor valor jurídico. Y los poderes públicos también lo hacen de forma cotidiana, pues buena parte de sus actuaciones presuponen una determinada interpretación de los preceptos constitucionales, así como de los legales, y también en ocasiones han de proceder a la aplicación de la Constitución



a supuestos concretos, ya sea de manera directa o con la mediación de otras normas jurídicas.

Incluso, puede afirmarse que los particulares realizan una previa interpretación de la Constitución cuando realizan actuaciones con relevancia jurídica, y ello a pesar de que buena parte de los preceptos constitucionales no vayan dirigidos directamente a ellos. Por ejemplo, cuando dos ciudadanos firman un contrato, pueden partir del presupuesto de que el mismo no vulnera derechos fundamentales de ninguno de ellos, o cuando una persona se expresa a través de un medio de comunicación, puede entender que no está vulnerando el honor o la intimidad de otros, y en ambos casos esa actuación presupone una previa interpretación de la norma fundamental, aunque el criterio que los particulares mantengan sobre dicha interpretación no es decisivo ni definitivo.

Pero entre todos los sujetos que pueden interpretar la Constitución, hay que destacar la posición de algunos, ya que sus interpretaciones alcanzan una especial relevancia, dada la función que el propio texto constitucional les confiere. En esta línea hay que apuntar al legislador, a los tribunales constitucionales, y a los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial. Estos últimos juegan un papel decisivo en la interpretación de todo el derecho, y al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento, también deben interpretarla y aplicarla en la resolución de las concretas controversias que se les presentan, siendo sus decisiones vinculantes para las partes del proceso.



El legislador es el intérprete *primario* de la norma fundamental. Desde luego, la función esencial del legislador no es la interpretación de la Constitución, sino la aprobación, en representación de la voluntad popular, de normas jurídicas generales denominadas *leyes*, y que tienen el rango superior en el sistema de fuentes (con la excepción de la propia Constitución). Esta función legislativa no se ejerce para interpretar la Constitución, y en la mayoría de las ocasiones no se ejerce siquiera con la intención de desarrollarla, sino simplemente con la finalidad de dar respuesta normativa a distintas situaciones o problemas de la sociedad.

Pero el ejercicio de esta función sí presupone también una previa interpretación de la Constitución, dado que esta contiene los límites que debe respetar toda actuación legislativa, los principios que ha de acoger esta actuación, así como en ocasiones mandatos concretos dirigidos al legislador. De tal forma que no es posible esta actuación sin una previa interpretación de la Constitución, aunque a veces esta sea meramente implícita. Por ello puede decirse que el legislador es el intérprete *primario* y en cierto sentido *cotidiano* de la Constitución.

Sin embargo, el legislador no puede precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se



sitúa funcionalmente en su plano. Es decir, no puede aprobar leyes *meramente interpretativas*.

Por supuesto, esta jurisprudencia no afecta a la idea de que toda legislación presupone una previa interpretación, sino que simplemente impide que el precepto legal tenga como objetivo señalar como único sentido una entre las posibles interpretaciones alternativas de la Constitución.

Esto plantea no pocas dudas y dificultades, puesto que si un precepto legal realiza de forma expresa una interpretación de la Constitución, incluso descartando otras posibles, ello no supone que esa interpretación se *incorpore* en modo alguno a la Constitución ni adquiera su rango, ya que puede ser sustituida por cualquier otra ley posterior. Pues, en efecto, nadie hay más cualificado o mejor situado que el legislador para *elegir* entre las diversas posibilidades o alternativas del texto constitucional.

En cuanto a la vinculación de ese precepto legal *meramente interpretativo* a otros poderes y a los ciudadanos, la misma deriva del propio sometimiento a la ley; y, desde luego, dicha interpretación legislativa no vincula al Tribunal Constitucional que, en su caso, puede declarar su inconstitucionalidad. Porque, en efecto, otra cosa es que la interpretación realizada por el legislador sea contradictoria con el propio precepto constitucional, o no tenga cabida dentro de los límites de un concepto constitucional, aunque este sea parcialmente abierto.



Hay que referirse también a los tribunales constitucionales, que son otros de los intérpretes *destacados* de la Constitución. Por comparación con el legislador, sería un intérprete *secundario*, en la medida en que su interpretación solo se produce en caso de conflictos constitucionales, y a instancia de parte legitimada. Ello implica, en definitiva, que se ha puesto en cuestión una interpretación previa de la Constitución, ya sea (en los supuestos de control de constitucionalidad) la realizada por el legislador, ya sea la que han realizado otros poderes u órganos públicos, y en particular los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, a pesar de ese carácter *secundario*, se considera acertadamente que los tribunales constitucionales son los intérpretes *supremos* de la Constitución.

3.3. La jurisprudencia constitucional

3.3.1 Los tribunales constitucionales como intérpretes supremos de la Constitución

En la mayoría de ordenamientos, se considera que los tribunales constitucionales son los intérpretes por antonomasia, de la Constitución. Pues generalmente, en el ámbito de su competencia, que constituyen procedimientos de garantía de la supremacía constitucional, los tribunales constitucionales tienen *la última palabra*, sin que su decisión sea revisable por ninguna otra instancia u órgano.



Por eso, generalmente en las Constituciones o en las leyes orgánicas, se define acertadamente a estos órganos como *intérpretes supremos de la Constitución*. Su interpretación de la Constitución prevalece sobre la realizada por cualquier otro órgano o poder del Estado. Sobre la llevada a cabo por el gobierno y la administración, cuyos actos, disposiciones y resoluciones pueden ser considerados inconstitucionales y anulados; sobre la realizada por los órganos integrantes del Poder Judicial, cuyas decisiones pueden también ser revisadas por los tribunales constitucionales. Esto se da, en particular, en la vía del amparo si han vulnerado derechos fundamentales; y sobre la que realiza el legislador, ya que el Tribunal Constitucional puede incluso expulsar del ordenamiento normas con rango de ley.

De este modo, como intérpretes supremos de la Constitución, los tribunales constitucionales generalmente son tribunales de última instancia, pues ningún otro órgano puede corregir o rectificar sus decisiones. Al trasladar las célebres afirmaciones del juez Jackson referidas al Tribunal Supremo norteamericano: *We are not final because we are infallible, but only we are infallible because we are final* (No somos de última instancia porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque somos de última instancia). Puede parecer difícil de justificar este poder *infallible*, pero la experiencia histórica ha demostrado que solo un sistema que contemple el control jurisdiccional de la adecuación de los poderes del Estado a la Constitución. En definitiva, solo un modelo de justicia constitucional garantiza



eficazmente la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento y en suma el propio carácter jurídico de la Constitución.

Sin embargo, la actuación de los tribunales constitucionales no carece totalmente de límites: en primer lugar, al actuar en cierto modo como *comisionado del Poder Constituyente*, está sometido a este, que puede modificar la Constitución alterando su configuración y funciones, o incluso suprimiéndolo.

En segundo lugar, el Poder Legislativo posee, dentro del respeto a la Constitución, amplias facultades en relación al Tribunal Constitucional, al poder aprobar o modificar su ley orgánica o la ley que lo rija.

En tercer lugar, en el caso de Guatemala, el mismo Poder Legislativo y otros órganos del Estado, designan a los miembros de la Corte de Constitucionalidad. En cuarto lugar, en lo relativo al ámbito concreto de la garantía de los derechos, la Corte de Constitucionalidad se encuentra sometida al superior criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que en buena medida los derechos protegidos por la Constitución coinciden con los que recoge la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sirve de base a la actuación de este Tribunal. Con todo, ha de reconocerse que el correcto funcionamiento de la Corte de Constitucionalidad, y su actuación dentro de los límites constitucionales de sus funciones, pasan también por ciertas dosis de *self restraint*.



En cualquier caso, las anteriores premisas son imprescindibles para entender el significado y valor de la jurisprudencia constitucional.

3.3.2 Concepto de jurisprudencia constitucional

Si la interpretación llevada a cabo por los tribunales constitucionales como *intérpretes supremos* prevalece sobre la realizada por cualquier otro órgano o poder, las decisiones que contienen esa interpretación poseen un especial valor en el sistema jurídico. En un sentido amplio, estas decisiones configuran lo que suele denominarse *jurisprudencia constitucional*, pero el análisis de este concepto requiere alguna mayor precisión. Hay que tener en cuenta que la Constitución no se refiere expresamente a la jurisprudencia constitucional.

Es tan solo el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el que establece que la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta *doctrina legal*, pero impone el requisito de que deben existir tres fallos contestes de la misma Corte. No obstante ello, el mismo artículo también afirma que la Corte puede separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación.

Por ello, algunos autores han distinguido entre *jurisprudencia* y *doctrina* del Tribunal Constitucional, o prefieren utilizar únicamente este último término, frente a



la *jurisprudencia* procedente de los tribunales constitucionales. En todo caso, la expresión *jurisprudencia constitucional* está bastante asentada doctrinalmente y, más allá de la cuestión terminológica, no se ve motivo para no acogerla, ni para distinguirla de la *doctrina constitucional* de los tribunales constitucionales.

La *jurisprudencia constitucional* sería entonces la *jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad*, expresión que, en sentido amplio, haría referencia a la doctrina contenida en sus resoluciones. Sin embargo, aún son necesarias varias precisiones o distinciones. En efecto, la Corte de Constitucionalidad emite resoluciones, autos y sentencias, sin que pueda equipararse el valor de todas ellas; tampoco puede equipararse el valor de todas las partes de la resolución, siendo relevantes los fallos y su fundamentación; además, la Corte de Constitucionalidad no solo interpreta la Constitución, sino también la ley. Finalmente, entre todas las decisiones, los especiales efectos de las sentencias recaídas en la inconstitucionalidad de las leyes.

Aunque no es seguro que el término *doctrina* tenga idéntico sentido en los diferentes ámbitos en los que se la menciona, sí parece que de los mismos puede deducirse que la *doctrina constitucional* está contenida en la fundamentación de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad, y deriva de las sentencias y autos que resuelven procesos constitucionales. Por *fundamentación* debe entenderse la *ratio decidendi* del caso, contenida en los fundamentos jurídicos de la resolución, y que es la que técnicamente conforma la *jurisprudencia constitucional* en sentido estricto.



Aunque ello no implica ignorar los trascendentales efectos que poseen los fallos constitucionales, que poseen fuerza de cosa juzgada, eficacia vinculante (aunque su alcance varía según los casos), e incluso pueden desplegar efectos generales, y que, además, resultan imprescindibles para determinar cuál es la *ratio decidendi* que constituye jurisprudencia.

Por lo que se refiere a la concreción de las resoluciones que pueden constituir jurisprudencia, si bien el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se refiere solo a las sentencias, puede entenderse que la jurisprudencia constitucional se contiene en todas las sentencias, así como en los autos que deciden cualquier proceso constitucional.

Quedarían excluidos los autos que no deciden el proceso y las providencias, que están excluidas de la necesidad de motivación.

En todo caso, desde luego, cobran especial relevancia las sentencias de la Corte de Constitucionalidad como fuente fundamental de su jurisprudencia, en tanto en cuanto estas decisiones son las únicas que ponen fin al proceso, constituyendo las resoluciones en las que se contiene así la mayor y más relevante parte de la doctrina sustantiva. Por ello, es conveniente un análisis más detenido del valor que poseen estas sentencias, tanto en su parte dispositiva como en la *ratio decidendi*, de acuerdo con la Constitución y la ley.



3.3.3 El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional

Es escueta la regulación constitucional de los efectos predicables de todas las sentencias de la Corte de Constitucionalidad. Tan solo se encuentra el artículo 272 en su literal g), que establece: *“La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: ... Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencia”*.

Por su parte, tampoco la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad dedica muchos preceptos a los efectos de las sentencias constitucionales. Puede citarse el artículo 69 de dicha ley, que reitera el principio de irrecorribilidad de las sentencias, aunque matiza que: *“Contra las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad solo procede la aclaración y ampliación...”*.

Puede afirmarse, entonces, que las sentencias de la Corte de Constitucionalidad poseen efectos de cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos, y, en la medida en que declaran en su fallo la inconstitucionalidad de normas o las interpretan, poseen también efectos generales, aunque la vinculación a todos los poderes públicos se aproxima mucho, en la práctica, a esos efectos generales.



El efecto de la *cosa juzgada* de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad presenta dos dimensiones: formal y material. La cosa juzgada formal se traduce en la irrecorribilidad de las sentencias, e indudablemente es predicable de todas ellas. En cambio, la cosa juzgada material implica la imposibilidad del replanteamiento de la misma cuestión ante el mismo u otros tribunales, es decir, que no se puede plantear un nuevo proceso con el mismo objeto, entendiendo que este mismo objeto existe cuando hay identidad de partes, *petitum* y causa de pedir.

Sin embargo, en los procesos que se pronuncian sobre normas o tienen una cierta dimensión objetiva –y tal es el caso de la mayoría de los procesos constitucionales– hay una cierta extensión de la eficacia subjetiva de la cosa juzgada. Por lo demás, los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales hacia los tribunales ordinarios implican que estos no puedan volver a pronunciarse de forma diferente sobre lo ya decidido por la Corte de Constitucionalidad. De manera que la cuestión se centra en la posibilidad del replanteamiento de la misma cuestión ante la Corte de Constitucionalidad.

Ante este problema es difícil ofrecer una respuesta general. Por lo que se refiere a las sentencias de amparo, la eficacia de cosa juzgada respecto a las partes en el proceso es indudable, pero incluso puede producirse una cierta extensión subjetiva de esta eficacia en el caso de las desestimatorias, aunque se cree que



nada impide que La Corte de Constitucionalidad, si lo estima conveniente por las circunstancias del caso, vuelva a entrar en el fondo del asunto.

En los restantes procedimientos parece que debe distinguirse si la sentencia es estimatoria o desestimatoria; si es estimatoria y se declara la inconstitucionalidad de una ley, norma, disposición o acto, estos quedan en realidad expulsados del ordenamiento y anulados y, por lo tanto, un nuevo proceso carecería de objeto. Ahora bien, ello no excluye la aprobación futura de una nueva norma o disposición de idéntico contenido y, en tal caso, creo que debe admitirse el replanteamiento de un nuevo proceso, ya que la disposición o norma entrará en el ordenamiento y solo un nuevo pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad supondría su nulidad.

Por lo que se refiere a las sentencias desestimatorias en la acción de amparo, en la mayoría de los procesos el replanteamiento no cabrá por haber transcurrido ya el plazo para la iniciación del proceso, y el único proceso en el que puede impugnarse una norma con rango de ley y no está sometido a un plazo estricto es la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que siempre es posible el replanteamiento a través de esta vía. Si bien es cierto que en otra interpretación se impediría este replanteamiento cuando la desestimación se produjo por razones de fondo, al utilizarse este criterio interpretativo supondría petrificar la jurisprudencia constitucional e impedir su evolución y adaptación a nuevas circunstancias que puedan surgir.



En general, se ha admitido expresamente la posibilidad de un eventual replanteamiento de la misma cuestión e incluso en alguna ocasión, la Corte de Constitucionalidad se ha vuelto a pronunciar sobre los mismos preceptos ya considerados previamente constitucionales.

Sobre la vinculación a todos los poderes públicos, la Constitución no señala expresamente este efecto de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, y se entiende que se predica solo de las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general. Por lo demás, es difícil precisar su significado, y se refiere al cumplimiento y respeto a lo dispuesto en el fallo y, en su caso, a su ejecución.

Desde esta perspectiva, la misma puede presentarse como una consecuencia del carácter de *intérprete supremo* de la Constitución que posee la Corte de Constitucionalidad.

En cuanto a los efectos *erga omnes*, aunque la cuestión no es pacífica, suele entenderse que, técnicamente, los efectos *erga omnes* de una sentencia suponen su capacidad para modificar o transformar el ordenamiento jurídico, obligando así a ciudadanos y poderes públicos. Y, en este sentido, suelen predicarse de los fallos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de leyes, y en las cuales el Tribunal Constitucional actúa propiamente como *legislador negativo*. También puede entenderse que dichos efectos son producidos por los fallos de las sentencias



interpretativas, que declaran la conformidad (o disconformidad) con la Constitución de determinadas interpretaciones o normas derivadas de un precepto legal (y, en consecuencia, también de los fundamentos en los que se explicita tal interpretación).

La Constitución no aclara demasiado al respecto, ya que en el artículo 272, literal a) establece como función de la Corte de Constitucionalidad: *Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente, de inconstitucionalidad.*

Por ello se explica que la doctrina se divida entre quienes predicán estos efectos exclusivamente para las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad (o, en particular, del fallo de estas sentencias), y quienes afirman que poseen efectos *erga omnes* todas las sentencias, excepto las de amparo, con independencia de su carácter estimatorio o desestimatorio, existiendo también otras posiciones intermedias.

En el sentido técnico más estricto, y entendidos los efectos *erga omnes* como la capacidad de modificar o anular el ordenamiento, estos han de referirse solo a las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de normas y a las sentencias denominadas interpretativas (sean formalmente estimatorias o desestimatorias), pero no solamente a las recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad,

sino a todas las que se pronuncian en su fallo sobre la constitucionalidad de normas generales.



Lo decisivo es que el fallo de todas las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad de normas, modifica el ordenamiento de forma negativa, eliminando disposiciones del mismo, bien porque se produce su nulidad total, o bien mediante la supresión parcial, quedando el resto del texto sin embargo en vigor.

Pero los efectos generales han de predicarse no solo del fallo, sino de la fundamentación que conduce al mismo, lo que es especialmente necesario en todos los tipos de sentencias interpretativas, en las que el propio fallo se remite expresamente a ciertos fundamentos ya que *necesita* de los mismos para entenderse en su integridad. Y es que, en efecto, la interpretación considerada constitucional se *integra* en el precepto normativo, adquiriendo su mismo rango.

Algunos autores han propuesto que, en un sentido más amplio, los efectos generales podrían predicarse de todas las sentencias que proceden a la interpretación de preceptos constitucionales o infraconstitucionales, aunque dicha interpretación no se refleje en el fallo y, por lo tanto, a la práctica totalidad de las sentencias constitucionales, incluidas las que resuelven acciones o procesos de amparo. Ello porque todas estas contienen una interpretación de la Constitución o de otras normas que, debido a su carácter constitucional, pasa en la práctica a integrarse en el ordenamiento, con el rango de la respectiva fuente interpretada.



Podría objetarse que este entendimiento amplio de los efectos *erga omnes* prácticamente los hace coincidir con la vinculación a todos los poderes públicos, y en particular a jueces y tribunales. Y, ciertamente, ambas categorías de efectos se aproximan enormemente en la práctica, porque de la vinculación a jueces y tribunales deriva la vinculación de los demás poderes, e incluso de los ciudadanos, quienes están sometidos a las decisiones judiciales en caso de conflicto.

De hecho, el constituir material jurídico interpretativo para todos los jueces y tribunales es lo que convierte realmente a estas decisiones en fuente del derecho. Como ha apuntado Bocanegra, “en nada beneficia a un ciudadano no estar vinculado a ciertas decisiones del Tribunal Constitucional, si los demás tribunales y autoridades están obligados a acatarlas”⁶⁶.

3.3.4 La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho

De todo lo anterior se deduce con claridad que la jurisprudencia constitucional, entendida como la doctrina o interpretación de la Constitución y del resto del ordenamiento contenida en la fundamentación de todas las sentencias y autos que deciden procesos constitucionales, es fuente del derecho, en cuanto es una de las formas en las que se plasma el ordenamiento jurídico, procediendo a la

⁶⁶ Bocanegra Sierra, R. EL VALOR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid. 1982. Pp. 70-71.



modificación e innovación de las normas jurídicas preexistentes. La jurisprudencia constitucional constituye así *material jurídico* al que están vinculados todos los jueces y tribunales al resolver las concretas controversias que se les plantean y, en consecuencia, es susceptible de vincular a todos a su cumplimiento.

A partir de aquí, queda por resolver la cuestión de cuál es la posición que ocupa esta jurisprudencia en el sistema de fuentes. En primer lugar, conviene precisar que la jurisprudencia constitucional ocupa una posición superior a la de la Corte Suprema de Justicia. Si la jurisprudencia constitucional es *técnicamente* fuente del derecho es discutible, pues artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial no le confiere este carácter, aunque afirma que *complementará el ordenamiento jurídico*. Pero según los criterios analizados, puede afirmarse que *materialmente* sí actúa como fuente, en cuanto el resto de los tribunales suele aplicarla a la solución de casos concretos, estando en caso contrario sus decisiones sometidas a recurso y eventual anulación.

En todo caso, ahora interesa destacar que la jurisprudencia constitucional ocupa un nivel superior y posee la fuerza para *corregir* la jurisprudencia de los tribunales ordinarios e incluso de la Corte Suprema de Justicia.

Pero la afirmación puede realizarse respecto a toda la jurisprudencia constitucional, no solo porque la Corte de Constitucionalidad es el *intérprete supremo* de la Constitución, sino también porque, el artículo 204 de la Constitución

Política de la República obliga a todos los tribunales de justicia, a observar en toda resolución o sentencia, el principio de supremacía constitucional.



Sin embargo, para una mayor precisión de la posición de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes, es necesario distinguir según sea el rango de la norma interpretada o, en su caso, anulada. En efecto, si lo que da valor vinculante a la jurisprudencia constitucional es su capacidad para innovar o suprimir el ordenamiento, bien mediante la declaración de inconstitucionalidad de normas, bien mediante la interpretación de las mismas, ello implica que la jurisprudencia viene a *incorporarse* al ordenamiento con el rango de la norma interpretada o expulsada del mismo.

Así, cuando la jurisprudencia interpreta la propia Constitución (desde luego, el Tribunal no puede en modo alguno anular esta) adquiere prácticamente un rango constitucional, integrándose de alguna manera en la Constitución, aunque en todo caso se mantendría una subordinación de la jurisprudencia a la propia Constitución que la justifica y legitima, y a la que está sometida la propia Corte de Constitucionalidad. En cambio, cuando la jurisprudencia interpreta preceptos legales o los declara total o parcialmente inconstitucionales, adquiere valor de ley en tanto en cuanto esa jurisprudencia *completa* o suprime parcialmente la ley. En lo sucesivo, el legislador puede de nuevo modificar esa ley, si no fue declarada totalmente nula, o aprobar una nueva, lo que naturalmente afectaría a la

jurisprudencia constitucional recaída sobre ella, sin perjuicio de la posibilidad de
ulteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad.



En los supuestos en los que la Corte de Constitucionalidad interpreta o declara inconstitucionales reglamentos, su jurisprudencia tendrá el valor de estos, ya que esa jurisprudencia no afecta en modo alguno a la ley y, en definitiva, la interpretación llevada a cabo por la Corte de Constitucionalidad tendrá los mismos efectos jurídicos y vinculantes que tenía el propio reglamento.



Capítulo IV

La función del precedente en el sistema romano-germánico

4.1. El Estado constitucional

En las Constituciones europeas y latinoamericanas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se refleja la influencia del movimiento de pensamiento constitucional denominado neoconstitucionalismo. Esta corriente alude a un modelo de organización política que ha sido llamado *Estado constitucional*. La principal característica de construcción de este tipo de Estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Este reconocimiento es correlativo a la creación de una Corte Constitucional, es decir, un tribunal especializado para la interpretación y concreción de la Constitución. A su vez, esta creación implica una modificación en el sistema de fuentes del derecho y en el equilibrio de los poderes del Estado.

El sistema de fuentes del derecho se modifica porque se atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y se transforma el equilibrio de los poderes porque, por una parte, se acepta que la Corte Constitucional no puede concebirse únicamente como un



legislador negativo, tal como lo pensó Kelsen⁶⁷ en los años 20 del siglo pasado, sino “como un órgano activo, que colabora con el Legislativo y el Ejecutivo en la labor de producción de normas”⁶⁸. Por otra parte, se eleva a la Corte de Constitucional a la cúspide del poder jurisdiccional y se establece la sujeción de los jueces ordinarios, incluidas las altas cortes, a la jurisprudencia de dicha Corte.

Estos cambios suponen una innovación en el sistema de fuentes del derecho. Es bien sabido que el sistema jurídico de los países de Latinoamérica es esencialmente de tipo continental y que, por ello, la ley se perfila como la fuente de derecho por antonomasia. El reconocimiento de la fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional introduce en los sistemas iberoamericanos un elemento que tradicionalmente era propio del *common law*, pero que a partir de la segunda posguerra se generalizó en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental.

En estos sistemas continentales no se trasplantó de forma idéntica el principio del *stare decisis* de Estados Unidos, sino que se creó una particular manera de vinculación de la jurisprudencia. Cabe decir que, en Guatemala, el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que tres sentencias contestes de la Corte de Constitucionalidad, constituyen *una doctrina legal* que deberá respetarse por los tribunales.

⁶⁷ Kelsen, Hans. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN (LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL). En: ESCRITOS SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL SOCIALISMO. Editorial Debate. Madrid. 1988. Pp. 109.

⁶⁸ González Beilfuss, Markus. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y REPARACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN NORMATIVA. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000. Pp. 51.



Este antecedente, sin embargo, se ha modificado en la práctica judicial en el sentido de considerar hoy por muchos tribunales, que una sola sentencia de la Corte de Constitucionalidad constituye un precedente. Es decir, se tiene como *jurisprudencia* que vincula a la propia Corte (aunque el mismo artículo 43 ya citada la facultad para cambiar su doctrina) para la solución de casos posteriores –este es el llamado precedente horizontal–, a los jueces de otras jurisdicciones y a jueces inferiores – precedente vertical–, y a los demás operadores jurídicos.

Además de lo anterior, debe decirse *ab initio* que jurisprudencia no es toda la parte motivada de una sentencia de constitucionalidad. Lo que constituye jurisprudencia es solo la *ratio decidendi* contenida en dicha parte motivada. Únicamente dicha *ratio decidendi* –y no los *obiter dicta*– es lo que resulta vinculante para los jueces como precedente horizontal y vertical, y para la administración.

También es necesario aclarar que esta fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional es un fenómeno distinto de la cosa juzgada constitucional y de los efectos de la sentencia de constitucionalidad. La fuerza vinculante se refiere a la obligatoriedad horizontal y vertical que despliega la parte motivada de una sentencia de la Corte de Constitucionalidad.

A diferencia de ello, la cosa juzgada constitucional se refiere a la incompetencia de la Corte de Constitucionalidad para conocer de nuevo de un cargo de inconstitucionalidad contra una norma, ya decidido favorable o desfavorablemente por



ella. Por último, los efectos de las sentencias de constitucionalidad se refieren a la modificación del mundo jurídico y de las situaciones de los destinatarios por la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad.

El objetivo principal de este análisis es establecer hasta qué punto y de qué manera puede existir en un sistema continental una doctrina del precedente constitucional. Dicho de otro modo, la pregunta relevante es si en el sistema de derecho romano canónico o romano germánico la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad puede tener fuerza de precedente y en qué condiciones la tendría. Esta pregunta se refiere en lo esencial a dos problemas.

El primero de tales problemas es el referente a la fundamentación del carácter de precedente de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, y el segundo se refiere a las características de dicho precedente constitucional, es decir, a sus particularidades, a su concepto y a sus destinatarios.

En esta última parte, el principal interrogante consiste en establecer cuál es el lugar que se reserva a los precedentes constitucionales en el razonamiento judicial; y junto a ello, qué papel se atribuye en la justificación jurídica a los argumentos que se derivan de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.



4.2. La fundamentación del precedente constitucional en el orden jurídico continental, romano canónico o romano germánico

4.2.1 La inexistencia de un reconocimiento constitucional o legal

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

El precedente constitucional es entonces una parte de toda sentencia de la Corte de Constitucionalidad, en donde se concreta qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y lapidarias cláusulas.

Si lo anterior es cierto, el precedente constitucional es, por consiguiente, una parte de la jurisprudencia y, como consecuencia, su obligatoriedad depende de la obligatoriedad que se atribuya a la jurisprudencia en el sistema jurídico de que se trate. Ahora bien, sobre este aspecto es necesario hacer diversas precisiones.



Es bien cierto que en el derecho comparado la jurisprudencia no tiene siempre el mismo carácter. En el *common law* es una fuerte prioridad del derecho. En cambio, los países cuyo sistema jurídico tradicionalmente ha sido de corte romano-germánico no han sido categóricos al atribuir a la jurisprudencia este carácter.

Desde tiempos de la Ilustración, la mayoría de estos países ha tratado a la jurisprudencia con desdén, la ha tenido en teoría como un conjunto de principios deontológicos auxiliares de la interpretación judicial, o que en el mejor de los casos sirven para integrar el derecho en caso de lagunas. Lo que ocurre, empero, es que esta categorización teórica contrasta con la influencia acrecida que la jurisprudencia ha obtenido en la práctica. A tal punto llega este fenómeno que, incluso en un sistema jurídico tan aparentemente racionalista y legalista como el francés, la jurisprudencia ha sido el baluarte para la renovación del derecho civil y el sustrato para la construcción del derecho administrativo.

En el derecho comparado, sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha gozado siempre de un *status* particular. A raíz de las discusiones que se suscitaron en Europa, cuando apenas se fraguaba el modelo concentrado de control de constitucionalidad, la figura del Tribunal Constitucional surgió con rasgos peculiares, que lo diferenciaban del poder judicial ordinario y que, a pesar de su indubitable tamiz jurisdiccional, lo aproximaban en su carácter al legislador, como órgano creador –o, por lo menos, colaborador en la creación– de derecho.



Tal vez sea por ello que las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional de países como Alemania y España no vacilaron a la hora de atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia de este órgano y establecieron desde los primeros años de funcionamiento de la jurisdicción constitucional un sistema de precedentes constitucionales de obligatorio acatamiento para el poder judicial, la administración, el Parlamento y los particulares.

En Guatemala, sin embargo, la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional, es decir, el reconocimiento del precedente constitucional, y la correlativa sujeción a esta fuente de derecho por parte de todos los poderes del Estado y de los particulares, no ha tenido un reconocimiento claro y explícito en ningún texto constitucional ni legal. Antes bien, si se observa el texto de la Constitución, parecería que existiese una tensión entre, por una parte, la aceptación de la supremacía de la Constitución y la creación de una Corte Constitucional como guardián de la misma, y, por otra, el carácter de *criterio auxiliar* que el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial atribuye en general a la jurisprudencia –de la que formaría parte también la jurisprudencia constitucional–, y que sería correlativo al deber del juez de sujetarse en sus decisiones exclusivamente al *imperio de la ley*.

En otras palabras, el ordenamiento jurídico, por un lado, parece respaldar la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, pero, por otro, parece negarla, al otorgar a toda la jurisprudencia no un carácter obligatorio, sino solo de *criterio auxiliar*,



y al omitir establecer el deber del juez de sujetarse al precedente constitucional y restringirlo únicamente al *imperio de la ley*.

Esta tensión se acentúa si se tiene en cuenta lo prescrito por otros textos normativos. A favor de la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad juegan los artículos 43 y 190 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, así como los artículos 621 y 627 del Código Procesal Civil y Mercantil. Sin embargo, en general se ha considerado que estos artículos hacen referencia más bien a la obligatoriedad y la fuerza de cosa juzgada de la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional.

En cambio, de capital importancia para fundamentar la fuerza vinculante ya no solo para parte resolutive, sino de la parte motivada de tales sentencias, es decir, de la jurisprudencia o también llamada *doctrina constitucional*, ha sido la reiterada práctica judicial de citar la jurisprudencia constitucional para fundamentar las sentencias en tribunales de distinta competencia.

Con todo, estas situaciones descritas no esclarecen todas las dudas sobre el problema de la fundamentación del precedente constitucional en Guatemala. Tal como se interpretan las disposiciones jurídicas citadas, parece que la interpretación por vía de autoridad que la Corte de Constitucionalidad hace de la Constitución tiene carácter obligatorio general. No obstante, esto deja abiertos múltiples interrogantes sobre el fundamento de dicho carácter obligatorio, sobre su alcance, sobre la vinculación que

la jurisprudencia constitucional despliega sobre otros poderes públicos y sobre el concepto de cosa juzgada constitucional.



4.2.2 El reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional

Resulta imperioso señalar que “el reconocimiento del precedente constitucional ha sido una obra de la propia jurisprudencia constitucional”⁶⁹. Este hecho puede valorarse en dos sentidos. Por una parte, puede afirmarse que, sin lugar a dudas, la propia Corte de Constitucionalidad debería reconocer el carácter de precedente a sus sentencias, para llenar un vacío, ante el silencio del constituyente y del legislador. Se trata de un vacío, porque el precedente jurisprudencial es una técnica indispensable para el mantenimiento de la coherencia en los sistemas jurídicos. Dicha coherencia es aún más necesaria cuando se trata de la interpretación de la Constitución.

Dada la vaguedad, la apertura semántica y estructural de sus enunciados, y su conexión con la política y la ideología, la Constitución solo puede ser operativa si se concreta en una red estable de precedentes que determinen para un conjunto de casos específicos qué es lo que está constitucionalmente prescrito.

Esta red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución. Es un mecanismo sin el cual el texto de la Constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica.

⁶⁹ López Medina, Diego. EL DERECHO DE LOS JUECES. Editorial Legis. Bogotá. 1999. Pp. 79.



Por otra parte, empero, el reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional puede interpretarse como un objetable signo de activismo de la Corte de Constitucionalidad. En este sentido, este fenómeno puede concebirse como un ejercicio de activismo del máximo calibre, como una estrategia de la propia Corte para otorgar al producto del ejercicio de sus funciones el mayor rango jurídico posible dentro del sistema de fuentes.

Desde esta perspectiva, difícilmente puede imaginarse una autoatribución de poder mayor que la que un órgano jurisdiccional se hace a sí mismo cuando sostiene que sus actos son una fuente del derecho que se integra en la Constitución. Es decir, en la fuente de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico, y que, como tales, dichos actos deben ser obedecidos por todos los poderes públicos y privados y no pueden ser revisados sino por el propio órgano jurisdiccional.

Desde esta óptica, el legislador habría pagado caro la falta de una regulación específica del precedente constitucional, que reconociese la necesidad de esta figura en el sistema de fuentes. El precio habría sido el desplazamiento de la ley, por parte de la jurisprudencia constitucional, del lugar de fuente prioritaria del derecho.

Con todo, el reconocimiento jurisprudencial del precedente constitucional no tuvo lugar desde el comienzo del ejercicio de funciones por parte de la Corte de



Constitucionalidad. Como todo tribunal de estas características, la Corte Constitucional fue, poco a poco, definiendo el valor de sus propias sentencias.

Se ha tratado de una evolución sinuosa y zigzagueante, que se ha movido entre dos polos, dos posturas sobre el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional, a saber, la postura *tradicional* y la *reformadora*.

La postura tradicional se caracteriza por reconocer que la ley es la fuente principal del derecho, y que la jurisprudencia es una fuente supletoria, cuya eficacia está condicionada a la existencia de los siguientes problemas hermenéuticos: oscuridad de la disposición, falta de coherencia entre *disposiciones de igual jerarquía* o falta de *plenitud del orden normativo*.

La segunda *postura*, en cambio, es la *corriente reformadora*, que *ve en la jurisprudencia una fuente principal del derecho y aboga por su aplicación obligatoria a través de la creación de líneas de precedentes*.

Para tal fin se debe decir que el reconocimiento del precedente constitucional ha pasado por lo menos por dos fases: una primera fase de identificación de los fundamentos del precedente constitucional, y una segunda fase de consolidación del mismo.



4.3. Los obstáculos de la jurisprudencia como fuente de derecho en la tradición jurídica romano-germánica

Boca de la ley o creador de derecho es la cuestión fundamental relativa a la definición de la competencia del juez, es igualmente el objeto de los debates eternos e inagotables de todos los órdenes jurídicos nacionales o europeos como en el resto del mundo. Saber si la jurisprudencia puede ser la fuente creadora del derecho parece engendrar o introducir la difícil problemática de la relación concurrencial o complementaria entre el juez y el legislador; entre el derecho y la política en una sociedad democrática determinada.

La significación del término jurisprudencia puede definirse como “la virtud de la prudencia aplicada al derecho, la búsqueda de lo justo a realizar y de lo injusto a evitar”⁷⁰.

El análisis etimológico y conceptual del término permite distinguir dos sentidos: el prefijo *juris* significa el jurista, aquel que practica el derecho o que tiene conocimientos jurídicos; mientras que *prudencia* expresa una sabiduría, una virtud, una conducta razonable. De esta manera, la jurisprudencia designa la aplicación sabia y razonable del derecho. En el final de un proceso de evolución de su sentido, la jurisprudencia designa hoy el conjunto de reglas de derecho que emanan del juez o

⁷⁰ Allandz, Denis. DICCIONARIO DE LA CULTURA JURÍDICA. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007. Pp. 69.



de las decisiones jurisdiccionales de las más altas cortes. En un sentido más amplio, la jurisprudencia engloba las soluciones aportadas por el conjunto de tribunales en un ámbito jurídico determinado.

¿Es la jurisprudencia fuente de derecho o simple estatuto de autoridad? “En un sistema de derecho de la tradición jurídica romano-germánica o romano-canónica, no se puede aportar una respuesta definitiva, positiva o negativa a esta cuestión tan amplia y difícil”⁷¹.

En general, se pueden diferenciar dos sistemas o dos familias de derecho, la del *common law* o anglosajona y la romano-germánica o romano-canónica, que se aplica en el continente europeo y en Latinoamérica. Estos dos sistemas poseen distinta concepción de la jurisprudencia, mientras que los anglosajones utilizan el *common law* y consideran que la jurisprudencia puede ser observada como una verdadera fuente de derecho, en el sistema continental la jurisprudencia no puede ser considerada como fuente directa del derecho, en razón de su pertenencia a la familia romano-germánica y por otra parte, en razón de su tradición revolucionaria, la cual permite conceder la prioridad a la ley a través del principio de la separación de poderes.

⁷¹ Ardiles, Octavio. EL PODER CREADOR DEL JUEZ EN LA COMBINACIÓN O MEZCLA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES. Revista de Estudios Socio-jurídicos de la Universidad del Rosario. No. 1. Volumen 12. Argentina. 2010. Pp. 70.



Sin embargo, esto no impide que los jueces del sistema romano-germánico en su misión de concretización normativa puedan siempre interpretar la ley, complementarla, adaptarla a las circunstancias y crear derecho. Es entonces una creación indirecta o implícita a través de la jurisprudencia gracias a las técnicas y métodos de interpretación. “La obra pretoriana es antes que todo inspirada de realismo. Es necesario observar que lejos de oponerse en un conflicto de poderes estériles, el juez y el legislador tienen en realidad un rol complementario en la permanencia y la continuidad del derecho que deja democráticamente la última palabra a los representantes del pueblo”⁷².

Según el sistema romano-germánico, la ley es la fuente primaria del derecho porque ella es en los términos del artículo 6 de la Declaración de 1789, la expresión de la voluntad general. El poder de hacer y de abrogar la ley es, según Juan Bodino, la marca excelente de la soberanía. En virtud del artículo 3 de la misma Declaración, la soberanía reside en la nación. Esto implica que solo los elegidos de la nación pueden crear derecho. “De esta manera, respecto a la cuestión de saber si la jurisprudencia puede ser creadora de derecho, la respuesta puede ser variable de una familia a la otra; dicho de otra manera, si esta cuestión se sitúa en el sistema de derecho común, es necesario responder positivamente”⁷³.

⁷² Vijande, Santos. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SU EFICACIA RESPECTO DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS. Editorial Comares. Madrid. 1995. Pp. 193.

⁷³ Thi Hong, Ngullen. ¿LA JURISPRUDENCIA ES CREADORA DE DERECHO? Editorial Dykinson. SL. Madrid. 2012. Pp. 72.



Por el contrario, la respuesta será negativa en la tradición jurídica romano-germánica en la cual el juez no puede tener el poder creador de derecho en los mismos términos que el legislador. Es importante examinar los obstáculos y argumentos contra la pretensión según la cual la jurisprudencia puede ser una fuente directa.

4.4. Los obstáculos político-jurídicos

Las críticas son frecuentemente defensoras de la legitimidad política. En efecto, solo los diputados representantes del pueblo, elegidos democráticamente pueden aprobar la ley como expresión de la voluntad general, como lo expresó Rousseau: “La ley es la expresión de la voluntad general”⁷⁴.

“Todo Estado democrático donde existen preguntas sobre el poder creador de la jurisprudencia es conducido a tener en cuenta los méritos del principio de la separación de poderes y a examinar la fuente de la legitimidad del juez como poder creador o autoridad de aplicación del derecho”⁷⁵.

4.5. El argumento de la separación de poderes

En Francia prima el argumento constitucional de la separación de poderes. De esta manera, el artículo 16 de la *Declaración de los Derechos Hombre y del*

⁷⁴ Rousseau, Jean-Jacques. EL CONTRATO SOCIAL. Editorial Tecnos. Madrid. 2002. Pp. 64.

⁷⁵ Thi Hồng, Nguyen. Op. cit. Pp. 74.



Ciudadano de 1789 determina lo siguiente: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no sea asegurada ni la separación de poderes determinada no tiene Constitución”.

Resulta que el poder en un régimen político constitucional debe estar dividido en tres poderes distintos; el Poder Legislativo encargado de la elaboración del derecho, el Poder Ejecutivo para la ejecución de las leyes y finalmente el Poder Judicial, encargado de aplicar el derecho a los casos concretos. La separación de los poderes consiste en dividir el poder para evitar el riesgo de absolutismo que puede atentar contra los derechos y libertades individuales.

Esta separación es igualmente jerárquica porque los poderes ejecutivo y judicial se limitan en realidad a ejecutar y aplicar el derecho elaborado por el Parlamento, el órgano político elegido por sufragio universal. “Durante mucho tiempo el Parlamento francés ha sido considerado como el único detentador de la soberanía popular; de tal manera que la tradición política y jurídica francesa ha hecho nacer un fenómeno calificado como *legicentrismo* otorgando todo el poder y la preeminencia a la ley y a los representantes del pueblo”⁷⁶.

⁷⁶ Ardant, p. & Matthieu, I. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2009. Pp. 58.



Además, la concepción revolucionaria de la ley significa que esta es a la vez inmutable en el tiempo y completa en su aplicación. La ley es, en consecuencia, la fuente primaria del derecho, esta es soberana e irrefutable.

La ausencia del control de constitucionalidad hasta 1958 ha contribuido ampliamente al dogma de la ley infalible. De esta manera, tal concepción de la ley no dejaría ningún lugar al poder creador de la jurisprudencia.

La doctrina interrogándose sobre este tema permanece algo dividida; para algunos, si los jueces no pueden ser la fuente directa del derecho, ellos pueden de todas maneras contribuir en una cierta proporción a su elaboración; otros niegan de manera categórica esta facultad.

El profesor Duperoux emitía una opinión negativa sobre el rol creador de la jurisprudencia, rechazando un hipotético poder creador del juez el autor subrayaba que “la jurisprudencia no puede ser sino una fuente abusiva del derecho pues ella no goza de ninguna legitimidad democrática llegando hasta violar la separación de los poderes”⁷⁷.

Esta posición es igualmente compartida por el profesor Terré quien se interroga “¿a nombre de cuál poder los jueces, sin ser democráticamente elegidos,

⁷⁷ Depeyroux, Oliver. JURISPRUDENCIA, FUENTE ABUSIVA DEL DERECHO. UNAM. México. 1960. Pp. 339.



pueden imponer las reglas de derecho generales e impersonales al pueblo?⁷⁸. La legitimidad es, en efecto, un asunto de elección por medio de sufragio universal, pero los jueces no son investidos de la función electiva.

4.6. La cuestión de la legitimidad en las democracias electivas

“La lógica de la lógica de la democracia mayoritaria es fundada en el dogma de la soberanía del pueblo”⁷⁸. En efecto, la ley, fuente de todo derecho no puede ser más que la expresión de la voluntad general o más precisamente de la voluntad del pueblo formulada por sus representantes. En esta perspectiva, la ley de un país democrático debería en teoría expresar el interés general de todos.

El respeto de la democracia significa que pertenece exclusivamente al legislador determinar el interés general y ponerlo en práctica a través de leyes elaboradas por el Parlamento como normas generales e impersonales. El principio constitucional de la separación de poderes reconoce al menos al juez la misión de garantizar la aplicación y el respeto de las leyes. Es posible deducir la participación implícita del juez en la garantía del interés general lo cual podría asegurarle una parte de legitimidad.

⁷⁸ Bertrand, Mathieu. LOS ROLES DEL JUEZ Y DEL LEGISLADOR EN LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS GENERAL. En: ARCHIVOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2006. Pp. 41.



Si la legitimidad del legislador viene del sufragio universal, la legitimidad de los jueces viene de su independencia, de su imparcialidad y de la calidad de su trabajo. En lo relacionado a la legitimidad del Consejo Constitucional francés se tendría que citar el pensamiento de Georges Vedel, quien a lo largo de su vida defendió vigorosamente a la vez la imparcialidad y la legitimidad del juez constitucional. De esta forma él siempre insistió en la idea según la cual “la legitimidad del juez constitucional existe porque él no tiene la última palabra”⁷⁹. Esto significa que el obstáculo de la inconstitucionalidad opuesto a la ley por parte del Consejo constitucional no es definitivo y puede suprimirse a través del voto de una ley constitucional.

La jurisprudencia del Consejo orienta las reformas iniciales por el poder mayoritario hacia la vía normativa adecuada, en particular la vía constitucional. De este modo para asegurar y reafirmar la autoridad de sus decisiones, el juez constitucional no anula ni abroga la ley, la declara simplemente no conforme o contraria a la Constitución. El legislador es libre de solicitar el voto del constituyente y solo este puede retomar las disposiciones censuradas. Esta iniciativa del Consejo Constitucional es cada vez más respetuosa de la democracia, otorga en efecto la última palabra al pueblo que decide soberanamente apoyar o desaprobar a legislador por vía constitucional.

⁷⁹ Georges, Vedel. PODERES DE REVISIÓN. UNAM. México. 1991. Pp. 73.



Siempre en la cuestión de legitimidad democrática es necesario agregar también una oposición reiterada con frecuencia para desacreditar la parte creadora de derecho de la jurisprudencia. Es la oposición de carácter general e impersonal de las legislaciones al carácter frecuentemente empírico de las sentencias y decisiones de los jueces. Es posible citar a título de ilustración los testimonios de los magistrados eminentes tales como P. Mazeaud o B. Cardozo, que han considerado a menudo que el legislador era técnicamente mejor preparado que la magistratura para efectuar las grandes reformas.

4.7. Los obstáculos jurídico-judiciales contradictorios

El derecho francés se inscribe en la tradición romano-germánica. En otros términos, es una tradición de derecho escrito que concede a la ley el lugar dominante y deja muy poco espacio a la creación del derecho por parte de los jueces.

En este sistema dos obstáculos jurídicos antagónicos son codificados en el Código Civil denegando a la jurisprudencia la calidad de fuente directa de derecho y habilitando de manera algo paradójica al juez para realizar la labor legislativa. La jurisprudencia oscila en realidad entre el simple estatuto de autoridad, dada la interdicción de regular a través de los reglamentos y aquel de creación oficiosa de derecho a través de la interdicción o denegación de justicia.



4.8. La interdicción de proferir sentencias de reglamento

El artículo 5 del Código Civil francés prohíbe al juez proferir sentencias de reglamento. Este artículo es una disposición de orden constitucional destinado a evitar que los jueces intervengan en el Poder Legislativo. Este artículo 5 impone a los jueces franceses la prohibición de resolver por vía general y reglamentaria los asuntos y procesos que le son sometidos. Este texto destinado a limitar las competencias de los magistrados no ha sido cuestionado, a pesar de que a veces no es claro en función de las coyunturas políticas y sociales.

De igual manera, el artículo 1351 del Código Civil francés recuerda que las decisiones judiciales definitivamente proferidas son revestidas de la autoridad de la cosa juzgada relativa, lo cual significa que la solución de derecho proferida es circunscrita y limitada al caso concreto. La regla jurisdiccional cuya solución procede y que es expresada en los motivos necesarios para el apoyo de lo positivo se aplica solo a las partes del proceso. De esta manera, el juez no podría jamás extenderla a otros litigios. Es la ausencia o el defecto del carácter general e impersonal de la sentencia lo que separa el pretendido poder normativo del juez de la competencia normativa del legislador.

Además, la jurisprudencia francesa no vincula para el futuro ni los tribunales inferiores ni las cortes supremas. La regla enunciada por la jurisprudencia es precaria en cuanto a su validez. La regla del precedente obligatorio en la tradición



de *Common Law* es extraña a la jurisprudencia de la tradición jurídica romano-germánica. En el sistema de derecho continental, el juez conserva siempre la libertad de modificar su jurisprudencia, rechazando así el precedente obligatorio propio del derecho del *Common Law*, fundado en la idea según la cual, la primera decisión judicial proferida revela una regla preexistente ligando todo a los otros jueces. De esta manera, el derecho francés niega el poder normativo de la jurisprudencia.

Las causas de la desconfianza respecto al poder creador de la jurisprudencia provienen igualmente de la historia. El antiguo régimen había visto la relación de fuerza, de rivalidad entre el rey y los jueces. El rey, engañado por las cargas impuestas, debía asumir las irregularidades de los parlamentos, cortes soberanas que él había instituido para juzgar o resolver las apelaciones; estas cortes podían jugar ampliamente en equidad y rivalizar abiertamente con el soberano en cuanto a la función legislativa.

De esta manera, el mecanismo de transcripción u homologación de leyes por los parlamentos parisinos o provinciales permitía al menos frenar u obstaculizar las reglas reales. Esta política jurisprudencial desastrosa de los parlamentos era una manifestación de las hostilidades con respecto al poder creado del derecho por parte del juez. La Revolución francesa hizo del juez no solamente el simple autómatas del derecho, sino que le ha impuesto igualmente un deber de administrar justicia.



Es necesario hacer énfasis en que los jueces no tienen en principio el poder de juzgar según su sentimiento de equidad, sin embargo, lo hacen en detrimento de la ley (ordenanzas reales en la época del antiguo régimen), juzgar en equidad significa de alguna forma, juzgar sin regla preestablecida.

4.9. La prohibición de la negación de justicia

El artículo 4 del Código Civil francés constituye la prohibición de la negación de justicia, la precisión, como el rechazo del juez a administrar justicia bajo pretexto de silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley. Paradójicamente, esta disposición coacciona a los jueces sin inducirlos a crear derecho. De esta manera, para evitar la negación de justicia, el juez tiene la obligación de decir el derecho en toda circunstancia.

Después de determinar los hechos, el juez debe aplicar la ley. Nada es más fácil si la regla de derecho ha sido proclamada netamente por un texto de la ley, la intervención judicial será entonces mecánica; las cosas se complican cuando la ley no es clara, cuando el legislador se expresa mal o cuando ha omitido prever alguna situación. El juez será llevado necesariamente a elaborar las reglas de derecho aplicables con el fin de resolver los casos concretos.

En efecto, para suplir el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley, es necesario crear derecho. Además, la misión de unificación de la jurisprudencia



originada en la interpretación de la ley lleva al juez a elegir entre todos los sentidos y significaciones posibles, aquel o aquella que conlleve mayor adhesión y se impondrá a todos. Esta elección concede gran libertad al juez, quien determinará la significación o significaciones de las disposiciones legislativas. Según Kelsen, “el juez dispone siempre de un poder creador como intérprete auténtico de las reglas de derecho”⁸⁰.

En Francia, el arte jurisprudencial del juez o de los jueces, o más bien, el margen de libertad de interpretación se inserta en el espacio que autoriza la combinación de dos artículos: el 4 y el 5 del Código Civil. Es necesario anotar igualmente que dichas disposiciones imperativas se imponen a los jueces ordinarios y al juez constitucional en su misión de interpretación de reglas constitucionales. Es un reconocimiento implícito del rol creador de la jurisprudencia.

En efecto, la combinación de estos dos textos en un orden jurídico suministra argumentos determinantes que apoyan al poder de los jueces para contribuir a la creación del derecho, pero esta jurisprudencia creadora no tiene la fuerza ni la virtud jurídica de la ley, pues las soluciones que ella enuncia no se imponen en otras causas a las jurisdicciones y ellas son sobre todo proferidas para un caso concreto e individual. Sin embargo, los autores constatan cada vez más que la jurisprudencia tiene a menudo un nivel de generalidad muy importante y ellos se interrogan sobre

⁸⁰ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Editorial Trotta. España. 1999. Pp. 137.



los efectos de los cambios y evolución de la jurisprudencia en situaciones jurídicas anteriores a estas modificaciones jurisprudenciales.

En efecto, si se define la fuente de derecho en sentido material, la jurisprudencia es ciertamente creadora de derecho y el derecho administrativo francés suministra ilustraciones irrefutables. La doctrina atribuye a menudo a la sentencia del caso *Blanco* (emitida por el Tribunal de Conflictos en 1873) el rol fundador del derecho administrativo a comienzos del siglo XX, periodo en que los textos legislativos eran casi inexistentes.

Por el contrario, una concepción formal u orgánica de la fuente del derecho niega la función creadora de la jurisprudencia. De un lado, esta se asemeja a la ley o a la costumbre, sin embargo, aquella no es investida de competencia ni de función legal para crear derecho, de tal modo que el pensamiento jurídico francés coloca a la jurisprudencia en situación suficientemente ambigua.

La creación directa y explícita del derecho por parte del juez es prohibida normativamente y por las razones políticas expuestas. El deber de administrar justicia pide al juez crear derecho, la doctrina comprueba que a pesar de que el poder de creación no es idéntico al del legislador. Es necesario admitir que el juez crea derecho de manera indirecta u *oficiosa* gracias a las técnicas de interpretación.



4.10. La aceptación de la creación indirecta y moderada del derecho por parte del juez

Las prácticas jurisprudenciales enumeradas han permitido precisar la función creadora por parte de los jueces. En efecto, según Kelsen “el derecho es un marco al interior del cual existen muchas posibilidades de aplicaciones y de creación.”⁸¹. Esta posibilidad de creación, calificada a veces de activismo judicial, no significa que el juez dispone de un poder normativo idéntico a aquel del legislador. Así, la jurisprudencia creadora del derecho no debe ir muy lejos hasta el punto de estar en conflicto con los elegidos del pueblo. El poder normativo del juez variará considerablemente si el derecho a interpretar emerge de la ley, de la Constitución o de un tratado. En diversas controversias se acepta la creación implícita del derecho a través de las técnicas interpretativas del juez.

Permanecen al menos interrogantes acerca del rol del juez como suplemento del derecho. Es necesario subrayar igualmente que las técnicas interpretativas no permiten de la misma manera que fluya el poder creador de la jurisprudencia, pues esta última puede ser siempre reformada o combatida por la ley y el constituyente.

⁸¹ *Ibídem.* Pp. 137.



4.11. La creación implícita del derecho por parte de las técnicas de interpretación

“La interpretación es una operación por la cual se atribuye un sentido, una significación a alguna cosa”⁸². En ciencia jurídica, la interpretación tiene lugar respecto a las normas o leyes, es por lo general considerada como una actividad de descubrimiento de una significación oculta pero existente en el texto. La interpretación es ligada a la idea según la cual el juez intérprete no puede ejercer ningún poder normativo, solo se limita a enunciar un silogismo cuya premisa mayor es la ley y la premisa menor es el hecho. Cuando la ley es clara no hay lugar a interpretar y cuando esta es oculta, la interpretación consiste solamente en descubrir con ayuda de ciertas técnicas, significaciones ocultas, pero al menos presentes en la ley.

Ahora bien, sucede que situaciones y cuestiones de derecho se escapan de la sagacidad del legislador. El juez crea derecho de manera indirecta llenando vacíos o lagunas y corrigiendo las insuficiencias de la ley. De igual manera, el juez crea derecho recurriendo a principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República o a los principios generales de derecho y al imponerlos al legislador y a la autoridad administrativa.

⁸² Alland, Denis & Stéphane Rials. DICCIONARIOS DE CULTURA JURÍDICA. 2007.



4.12. La creación del juez cuando llena las lagunas legales

Portalis manifiesta: "Un código, por más completo que parezca, no es terminado. Miles de cuestiones inesperadas se presentan ante el magistrado. En efecto, las leyes una vez redactadas, permanecen tal y como han sido escritas, los hombres al contrario no descansan jamás. Simplificar todo es una operación en la cual es necesario ponerse de acuerdo. Prever todo es un propósito que es imposible de esperar"⁸³. Este discurso pone en evidencia o destaca un fenómeno conocido como *lagunas legales*; es decir, la ausencia o la insuficiencia del derecho para regir una cuestión política o social; estas lagunas forman el conjunto de situaciones en las cuales el poder creador de la jurisprudencia. Es el menos cuestionado.

En la integración de lagunas legales la jurisprudencia es igualmente reconocida de manera casi unánime como fuente de derecho. La laguna jurídica puede entonces resultar de un olvido original del legislador o una torpeza cometida con ocasión de una reforma legislativa. Esta podría igualmente ser el resultado de la evolución o cambio de la jurisprudencia, el juez omite precisar de qué forma es necesario reemplazar la antigua que está siendo abandonada.

De esta manera, en caso de conflicto de normas, sobre todo entre la ley y un tratado internacional, la exclusión de la ley nacional con el fin de que prevalezca

⁸³ Portalis, Jean-Etienne-Marie. DISCURSO PRELIMINAR SOBRE EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL. Citado por: Casella, Fabrizio. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE CREADORA DE DERECHO. Editorial Dykinson. Madrid. 2012. Pp. 83.



el derecho internacional, es igualmente la causa generadora de las lagunas que el tratado no llena.

En este caso, el poder de creación del juez es casi siempre solicitado. La jurisprudencia llena el vacío dejado por el constituyente o por el legislador, el poder creador de esta se presenta acá de la manera más asombrosa, a pesar de que el juez suple los vacíos aplicando el derecho existente. De esta manera, la separación de poderes no es cuestionada por la técnica que existe para suplir los vacíos de la ley.

La creación de derecho a través de esta técnica para suplir las lagunas legales no suscita mayor crítica. Por el contrario, el descubrimiento de principios generales de derecho por parte del juez administrativo o la identificación de principios reconocidos por las leyes de la República por parte del juez constitucional, tienen el riesgo de engendrar *un gobierno de los jueces*. “Estos principios generales de derecho son a veces constituidos de principios y reglas no escritas en derecho público. De esta forma, los partidarios del derecho positivo son muy hostiles a la idea de que se puede acordar un valor de derecho positivo a dichos principios, originados en la sola conciencia jurídica de los jueces”⁸⁴.

⁸⁴ Avril, Pierre & Verpeaux, Michel. NORMAS Y PRINCIPIOS NO ESCRITOS EN DERECHO PÚBLICO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 2000. Pp. 84.



4.13. El descubrimiento de principios generales de derecho por parte del juez

Al elaborar el fundamento jurídico de su sentencia, el juez desempeña un rol creador de derecho en el cual él es el intérprete; él decide el significado de un texto, forja los principios y crea las reglas.

Al lado de las leyes escritas supone el juez que existen grandes principios cuyo reconocimiento como regla de derecho es indispensable para completar el marco jurídico en el cual debe evolucionar la nación, dadas las instituciones políticas y económicas que son las suyas y su violación tiene las mismas consecuencias que el desconocimiento de la ley escrita.

“Los principios y las reglas determinadas por el juez conforman la jurisprudencia, estos principios son relativamente precarios, además, los principios generales de derecho son aplicables a pesar de la ausencia de texto”⁸⁵. Esta afirmación parece revolucionaria o subversiva en una tradición de derecho escrito con la supremacía de leyes escritas y codificadas. El juez administrativo descubre estos principios y los consagra como un cierto grado de generalidad comparable a aquel de la ley. Entre los principios descubiertos, se encuentran el derecho de defensa, el derecho al recurso jurisdiccional y la igualdad ante la ley.

⁸⁵ Moderne, Frank. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PÚBLICO. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2005. Pp. 72.



Los principios generales de derecho tienen por objetivo complementar el orden jurídico. Este complemento es un elemento de la racionalidad formal del derecho; los principios generales del derecho gozan de flexibilidad y generalidad, se utilizan para llenar las lagunas virtuales de un orden jurídico. El Consejo de Estado francés adopta en efecto una política creadora de derecho, de tal manera que se le acusa de ser un rival del legislador.

“Los principios generales de derecho tienen valor infra-legislativo y supra-decretal, lo cual significa que estos no se aplican a legislador, sino que se imponen a los derechos proferidos por las más altas autoridades políticas como el presidente de la República o el primer ministro”⁸⁶.

Ahora bien, la regla constitucional no ordena al Poder Ejecutivo someterse a los principios generales de derecho. De esta manera, esta categoría de principios permite que igualmente se indague acerca de su lugar en la jerarquía de normas.

En lo relacionado con el Consejo Constitucional francés, se prueba que este reconoce y utiliza los principios generales de derecho sin fundamento textual. Esta prudencia es justificada por el hecho de que el derecho constitucional francés es regido por principios de todo género y de todo nivel. En efecto, allí se encuentran los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, los principios de valor constitucional, los principios fundamentales del artículo 34 de la

⁸⁶ *Ibidem*. Pp. 73.



Constitución francesa y los principios particularmente necesarios en el momento de interpretar y aplicar la ley, el respeto de dichos principios se impone al legislador.

De esta manera, en una aceptación normativa de la Constitución, ciertos autores tienden a considerar que el juez constitucional es un actor *colegislador* o *coconstituyente*, en virtud de su poder pretoriano creador de reglas de valor constitucional. El espectro del *gobierno de los jueces* amerita, sin embargo, una cierta autolimitación del poder creador del juez constitucional. A pesar de esto, el juez constitucional puede imponer su creación empleando simplemente su poder de interpretación auténtica.

4.14. La consustancialidad entre la aplicación del derecho y la creación del derecho por parte del juez

Desde hace más de dos siglos, los jueces franceses tratan de limitarse a la aplicación de la ley, aprendieron a expresar reglas generales con ocasión de causas particulares y bajo una interpretación del derecho positivo verificando de manera concreta e individual las condiciones de aplicación del mismo en cada caso y teniendo cuidado de invocar su propia jurisprudencia o aquella de las más altas cortes del ordenamiento jurídico. Los jueces de fondo han luchado por no transgredir la prescripción del artículo 5 del Código Civil francés. Probablemente, ellos se han convencido de que "su legitimidad y su autoridad provienen de la ley como expresión



de la voluntad general"⁸⁷. Sin embargo, no se debe olvidar el pensamiento de Kelsen, "interpretar el derecho es crearlo"⁸⁸.

4.15. La interpretación de la norma es una misión necesariamente creadora

La solución conferida a un tal proceso es siempre el resultado de una interpretación en donde se ejerce de manera discreta el poder de los jueces al contribuir a la creación del derecho. Ahora bien, la aplicación necesita de manera casi absoluta, por una parte, la calificación de los hechos y, por otra parte, la interpretación del enunciado jurídico en el cual estos serán incluidos. Más allá de llenar las lagunas legales o de descubrir los principios generales de derecho, las técnicas y métodos de interpretación son diversas y variadas, permiten al juez contribuir a la creación implícita y explícita del derecho.

Conviene exponer en este caso las técnicas más utilizadas con el fin de demostrar su utilidad y su peso en la confección del derecho por parte del juez. De esta manera, el Consejo Constitucional francés utiliza frecuentemente la técnica de reserva de interpretación en lo concerniente a las leyes políticas, es decir, las leyes que no son nada más que la realización de promesas electorales de la mayoría generadas en el sufragio universal. Esta técnica de reserva le permite no entrar en conflicto con la voluntad general, por una parte y, por otra parte, proteger y

⁸⁷ Canivet, Guy. ACTIVISMO JUDICIAL Y PRUDENCIA INTERPRETATIVA. En: ARCHIVOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2006. Pp. 63.

⁸⁸ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. *Op. cit.* Pp. 129.



salvaguardar la Constitución de las violaciones cometidas por la nueva mayoría política, fuente de su victoria electoral.

A título de ilustración se pueden citar las decisiones más significativas del Consejo Constitucional francés relativas a la *Ley Pasqua*, cuyo objeto es la regulación de todo aquello que tiene relación con la inmigración, o, aún con la ley que crea el pacto civil de solidaridad. Esta ley número 93-1027 del 24 de agosto de 1993 se publicó en el Diario Oficial de la República Francesa el 24 de agosto de 1993 y regula, entre otros temas, las condiciones de acogida y estadía de los extranjeros en Francia.

Es necesario interrogarse sobre el lugar de los principios creados por la jurisprudencia constitucional en la jerarquía de normas. Georges Vedel proponía calificar las normas enunciadas por el juez constitucional, como normas infra-constitucionales y supra-legislativas. Infra-constitucionales porque, a diferencia de las reglas constitucionales, ellas no se imponen al Consejo Constitucional que puede modificarlas, pero son supra-legislativas porque se imponen a los poderes públicos y al legislador.

Esta distinción es un indicio del poder considerable del juez constitucional para crear normas, sobre todo la teoría realista de la interpretación reconoce de manera excesiva al juez la posibilidad creadora del derecho cuando se afirma que desde ahora basta que el juez constitucional reconozca una libertad o un derecho



contenido en las Declaraciones de 1789 o de 1946 para que este sea reconocido como constitucional y pertenezca al bloque de constitucionalidad.

Sin profundizar demasiado en las controversias relativas a esta teoría, es necesario subrayar que el poder creador de los jueces no tiene sentido ni utilidad a menos que desempeñe su rol de suplemento del derecho.

4.16. La jurisprudencia como suplemento del derecho

Sobre la jurisprudencia como el suplemento de la legislación, cierta doctrina manifiesta que el oficio de la ley es fijar las máximas generales del derecho, establecer principios fecundos en consecuencia y no descender en las cuestiones que pueden nacer sobre cada materia. Es al magistrado y al jurisconsulto, penetrados en el espíritu general de las leyes, a quienes les corresponde dirigir su aplicación. En todas las naciones se ven siempre al lado del santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, decisiones y doctrinas que se purifican a diario mediante la práctica y mediante la oposición de debates judiciales que se acrecienta constantemente, con todos los conocimientos adquiridos y qué es considerada con el verdadero suplemento de la legislación.

Los jueces deben crear derecho y detenerse en ciertos límites porque su legitimidad es a ese precio. La auto-limitación de la libertad para determinar las normas o el alcance que los jueces deben aplicar, puede en efecto, a la vez,



legitimar su poder creador de derecho y transformarlo en fuente suplementaria e indispensable de la legislación. De esta manera, el Consejo Constitucional francés se ha comportado con prudencia cuando a partir de los años 1980- 1981, el juez constitucional redujo considerablemente su referencia a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

A partir de 1989, el juez no reconoce más nuevos principios. El juez decide volver a los textos por razones de legitimidad y de seguridad jurídica. La auto-limitación racional del poder creador de derecho por parte del juez permite conciliar el respeto de la separación de poderes y el rol de la jurisprudencia como suplemento de derecho. De esta manera, la jurisprudencia creadora estará siempre bajo la vigilancia del legislador.

Portalis había predicho esta posibilidad: "Cuando la ley es clara, es necesario seguirla, cuando ella es oscura, es necesario profundizar las disposiciones (...). Obligar al magistrado a recurrir al legislador sería admitir el más funesto de los principios (...) porque cuando el legislador interviene para pronunciarse sobre los asuntos entre particulares, él está más expuesto al arbitrio de los tribunales. Se teme menos a aquel arbitrio regulado, tímido y misterioso de un magistrado que puede ser reformado y qué es o puede ser reducido, al árbitro que es absoluto de un poder independiente que no es nunca responsable"⁸⁹.

⁸⁹ Portalis, Jean-Etienne-Marie. *Op. cit.* Pp. 88.



El pasaje anterior es una parte del discurso de Portalis. Significa que el legislador debe dejar cierto margen de libertad al juez en la actividad de interpretación y no legislar detalladamente. Esto consiste en determinar si el legislador puede intervenir en un asunto difícil para proporcionar su propia interpretación.

Ahora bien, la intervención del legislador en el funcionamiento de la justicia sufre el riesgo de violar la independencia de la justicia y el principio de separación de los poderes. La intervención del legislador es cada vez más peligrosa y grave hasta el punto de ser irresponsable, mientras que las decisiones proferidas por los jueces son susceptibles de ser reformadas por la Corte Suprema (Corte de Casación o Consejo de Estado). El riesgo de arbitrio del legislador es en consecuencia, más grande que aquel de los jueces (tribunales y cortes).

Es importante subrayar que lejos de oponerse a un conflicto de poder estéril y dogmático, el legislador y el juez tienen en realidad un rol complementario en la permanencia y en la continuidad del derecho. En un Estado democrático y en caso de tensión entre el Poder Legislativo y el poder jurisdiccional, es el primero quién tendrá la última palabra.

A título de ilustración, basta citar algunos casos que indican la primacía del legislador: las tres sentencias *Rivière*, *Lewandowski* y *Tarwid*, integran la jurisprudencia de la corte de casación en materia de divorcio. La jurisprudencia



perdió su secuencia reiterada en 1975, por la simple reforma legislativa que introdujo el nuevo artículo 310 en el Código Civil francés. Tres décadas más tarde, la jurisprudencia fue muy controvertida. La sentencia *Nicolás Perruche*, proferida por la misma Corte, fue suprimida del derecho positivo francés por una nueva ley del 11 de febrero de 2005 que insertó en el Código de la acción social y de las familias un nuevo artículo L. 114-5.

En cuanto a las innovaciones más problemáticas de la jurisprudencia constitucional francesa, son mínimas. Esto es debido a dos razones: el Consejo Constitucional las ha abandonado mediante cambios de jurisprudencia o las prácticas políticas e institucionales las han neutralizado. Portalis, sitúa la jurisprudencia al lado del santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador.

No se debe olvidar que la oposición del *Common Law* al derecho romano-germánico no es absolutamente neta y resuelta, y que en los países del *Common Law*, como en los países de tradición continental, en las democracias como en los regímenes no democráticos, toda obra pretoriana, toda jurisprudencia tan importante y creadora pueden estar siempre a merced de la pluma del legislador o del constituyente.



Capítulo V

La sentencia constitucional en el sistema romano-germánico

Sobre la sentencia constitucional existen algunas elaboraciones teóricas y doctrinarias que han diseñado algunas formas de estructura y tipología, según el procedimiento constitucional particular dentro del que se resuelva y también según las circunstancias particulares del caso o conflicto a resolver. A continuación, se presenta una relación sobre los presupuestos de la decisión constitucional para su comunicación, la estructura de las sentencias constitucionales y su tipología básica.

5.1. Presupuestos de la decisión constitucional para su comunicación

A. Elaborar el plan de trabajo

Antes de comenzar a redactar la sentencia es importante establecer una metodología a fin de comunicar adecuadamente la decisión judicial, pues no se puede trabajar sin organización y mucho menos improvisar al momento de elaborar la sentencia.

León Pastor propone, al respecto, la siguiente metodología:

1. “Ordenar, depurar y sistematizar todo el material procesal en razón del fin: decisión del conflicto.



2. Señalar el problema o los nudos problemáticos contenidos en el juicio que se pretende resolver; separar y priorizar problemas de procedimiento y de fondo.
3. Analizar todas las posibles alternativas o soluciones, argumentando a favor y examinar las posibles objeciones.
4. Fijar y sintetizar la *Litis*; y las dificultades que el caso presente.
5. Seleccionar la información y clasificarla en imprescindible, útil e inútil⁹⁰.

B. Trabajar con hipótesis

Formular hipótesis es importante a fin de establecer cuál es la versión de los hechos (en su caso) que tiene mayor relación con el material probatorio disponible; por eso es importante establecer una hipótesis para cada solución al caso planteado, privilegiando las hipótesis que más provecho y respuesta aporten al problema.

Weston, recomienda las condiciones que deberían cumplir las hipótesis:

1. “Consistencia, debe estar bien formada, lógicamente consistente y significativa, es decir no vacía de contenido semántico.

⁹⁰ León Pastor, Ricardo. INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Academia de la Magistratura de Perú. Lima. 2005. Pp. 65.



2. Fundada, en conocimiento existente que pueden ser normas jurídicas, doctrina o jurisprudencia que respalde la solución.
3. Empíricamente contrastable con los datos que se tengan sobre los hechos.
4. Contrastabilidad inmediata, esto es que se produzca en un lapso temporal muy corto (en la fase del proceso) por razones prácticas.
5. Tener como objeto hechos jurídicamente relevantes a los que el derecho vincule consecuencias jurídicas o que permitan fundar inferencias sobre la ocurrencia de otros hechos a los que se atribuyan efectos jurídicos.
6. Coherencia narrativa, que consiste en que debe escogerse aquella hipótesis que explica los hechos de una forma más creíble de acuerdo a una máxima de experiencia fundada y acorde con el conocimiento del que disponemos.
7. Simplicidad, son las hipótesis que explican con el menor número de presuposiciones, esto es menos hechos desconocidos⁹¹. (p. 98).

5.2. Elementos de la comunicación judicial

A decir de Bernal Acevedo: “Los elementos que intervienen en la comunicación son de índole subjetiva y objetiva. En los primeros se encuentran los actores de la comunicación: *el quién y el a quién*. En los segundos, el mensaje en

⁹¹ Weston, Anthony. LAS CLAVES DE LA ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2002. Pp. 98



sí mismo: el contenido, la forma y el canal de comunicación. Todo con miras a obtener los efectos de ese mensaje, los resultados; en sede judicial es importante que el juez comunique adecuadamente la decisión judicial, pero sobre todo que convenza a las partes de su contenido por medio de argumentos sólidos y bien fundamentados, por lo que deberá tomar en cuenta esos elementos”⁹².

A. Destinatarios

Al momento de comunicar la sentencia, el tribunal debe prever que, si bien en un primer momento la sentencia es analizada por los abogados, y que comparten un mismo lenguaje con el tribunal, posteriormente le hacen llegar la sentencia a sus clientes, los cuales no están familiarizados con los términos jurídicos. Por lo tanto, el tribunal deberá pensar en ellos como destinatarios de la resolución y tratará de hacer accesible la comunicación.

También la sentencia se dirige a la opinión pública por lo que debe ser comprensible al común de la gente para que entienda, perciba y, sobre todo, se convenza de la postura asumida por el tribunal. Pero, además, tomando en cuenta que las sentencias se pueden utilizar con fines didácticos para la enseñanza del derecho, debemos pensar en las personas como destinatarias de la comunicación y para ello habrá que hacerles asequibles los medios utilizados en la resolución.

⁹² Bernal Acevedo, Gloria Lucía. MANUAL DE INICIACIÓN AL SISTEMA ACUSATORIO. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Universidad Santo Tomás. Bogotá. 2005. Pp. 170.



B. El lenguaje

El tribunal debe tomar en cuenta que, si bien las partes se comunican por medio de los abogados, los cuales utilizan el mismo lenguaje que el tribunal y por lo tanto entienden del significado de palabras muy técnicas en ocasiones utilizando latinismos, sucede que los destinatarios de la comunicación judicial son los particulares, que no cuentan ni están familiarizados con este tipo de lenguaje. A veces, incluso para comprender el texto de la sentencia necesitan de un abogado para que traduzca su significado, por lo tanto, el tribunal debe esforzarse por utilizar un lenguaje que sea comprensible tanto para juristas como para legos y, por lo tanto, evitar latinismos, frases muy elaboradas y rimbombantes que en ocasiones se emplean para tratar de evidenciar erudición. *“Sobre todo si tomamos en cuenta el aspecto argumentativo de la sentencia a fin de lograr la persuasión se debe utilizar un lenguaje claro y sencillo en la presentación de los argumentos”*⁹³.

C. El texto de la sentencia

1. Recomendaciones de forma

- a) *“El tribunal al momento de redactar la sentencia deberá usar un lenguaje claro, comprensible, asequible y específico”*⁹⁴.

⁹³ Weston, Anthony. *Op. cit.* Pp. 112.

⁹⁴ León Pastor, Ricardo. *Op. cit.* Pp. 65.



- b) Utilizar un formato amigable, elocuente y consistente. Usar rubros o títulos.
- c) *“Redactar párrafos claros, concisos y coherentes que contengan un argumento por cada párrafo”⁹⁵.*
- d) Usar adecuadamente los conectores o marcas argumentativas de cierre, de inicio, de refuerzo, de evidencia, de refutación, etc.
- e) *“Evitar el uso abusivo del gerundio porque constituye una forma no personal del verbo, que por lo tanto, no designa a su propio sujeto”⁹⁶.*

2. Recomendaciones de fondo

- a) Debido a que la sentencia es un texto como tal deberá contener: “i) el tema, que consiste en aquello sobre lo que se está afirmando en un texto, que en la sentencia será aquello sobre lo que tendrá que decidir el tribunal; ii) el tema del texto, viene a ser la información más relevante y que tiene la mayor carga semántica; y que en una sentencia viene a ser la postura asumida por el juez; iii) el nudo es la parte problemática del texto, que en las sentencias serán las posiciones encontradas de las partes sobre lo que hay controversia o las cuestiones que se habrán de

⁹⁵ Orduña Sosa, Héctor. REDACCIÓN JUDICIAL. Editorial Porrúa. México. 2007. Pp. 184.

⁹⁶ Andrés Ibáñez, Perfecto. Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos). En: Los hechos en la sentencia penal. Editorial Fontamara. México. 2005. Pp. 35.



resolver; iv) el desenlace consiste en la solución al caso planteado, es la explicación que hace el tribunal de su postura”⁹⁷.

- b) Desarrollar completamente los argumentos de uno en uno, cumpliendo con ello el requisito de saturación que consiste en que, “en el caso de argumentos incompletos derivados también de una completa interpretación, ya sea semántica, genética o sobre la voluntad del legislador, en tal supuesto es necesario completarlo con otros enunciados los que sirven para fundamentar la validez de dichos enunciados”⁹⁸. *“De tal manera que sea un argumento por cada párrafo y que permita identificar cada uno de los argumentos o los subargumentos que apoyan a los primeros”*⁹⁹.
- c) Construir premisas tanto fácticas como jurídicas, es decir aquellas que se refieren a los hechos y que están respaldadas con las pruebas, como aquellas que se refieren al derecho y están fundamentadas en normas, principios y jurisprudencia.
- d) “Utilizar líneas argumentativas entendidas como conjuntos parciales de argumentos dirigidos a defender o combatir una tesis o una conclusión (bien tenga carácter intermedio o final) y así un primer argumento forma una línea con varios argumentos dirigidos a probar una pretensión”¹⁰⁰.

⁹⁷ Pardo, María Laura. EL TEXTO JUDICIAL COMO TEXTO ARGUMENTATIVO. En: Carrazco Fernández, Felipe Miguel. (comp.). ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ESTUDIOS EN TORNO A... Tomo II. Ediciones Popocatepetl. México. 2006. Pp. 880.

⁹⁸ Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2007. Pp. 229.

⁹⁹ Orduña Sosa, Héctor. *Op. cit.* Pp. 268.

¹⁰⁰ Atienza, Manuel. BIOÉTICA, DERECHO Y ARGUMENTACIÓN. Editorial Palestra-Temis. Lima-Bogotá. 2004. Pp. 16.



- e) Usar argumentos respaldados en el derecho (normas, principios, doctrina, jurisprudencia, tratados internacionales), pero sobre todo persuasivos, para lo cual se tomará en cuenta a quién se dirijan, compartan los mismos valores y conceptos jurídicos.

5.3. Los elementos interpretativos de la sentencia constitucional

Los elementos interpretativos de la sentencia constitucional son:

- a) El *Decisum*;
- b) El *holding* o la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*;
- c) El *stare decisis*;
- d) Las subreglas constitucionales.

A continuación, se expondrá, de forma sucinta, una relación de cada elemento.

A. El *decisum*

Es la resolución concreta del caso. Según Moreno Ortiz, “el *decisum* es la respuesta que le da el juez a la más acuciante de las preguntas que se hacen las



partes del proceso cuyos intereses son netamente prácticos (...) lo decisivo, lo fallado (la decisión) corresponde a lo que se ha denominado *decisum*¹⁰¹.

B.1 La *ratio decidendi*

“Es la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica. Contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial y la interpretación constitucional adecuada para el caso concreto y los demás que se encuentren en las mismas circunstancias. La *ratio decidendi* es la norma adscrita o, la subregla, que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos”¹⁰².

B.2 *Obiter dicta*

Los *obiter dicta* (dichos de paso), se definen como la parte de la sentencia que no tiene poder vinculante, sino una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación. “Los *obiter dicta* son afirmaciones casi siempre teóricas de carácter muy general y abstracto que solo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver del caso. De este modo, es la *ratio decidendi* y no los *obiter dicta*, la parte de la

¹⁰¹ Moreno Ortiz, Luis Javier. ¿HACIA UN SISTEMA JURÍDICO DE PRECEDENTES? Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. No. 320. Bogotá. 2002. Pp. 133.

¹⁰² Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2005. Pp. 177.



motivación de la sentencia que genera efectos vinculantes. Ello es así porque solo esta parte tiene el carácter de norma adscrita, es decir, tiene tinte normativo”¹⁰³.

C. El *stare decisis*

El *stare decisis et quieta non moveré* (estar a lo decidido sin alterarlo), supone en esencia que un tribunal al fallar un caso, debe seguir obligatoriamente lo decidido en aquel en el cual se estableció la regla general de derecho aplicable, en la medida en que entre el caso a decidir y el precedente exista una identidad sustancial de los hechos.

Bianchi manifiesta que: “Para entender mejor esta doctrina que tiene como fundamento la predictibilidad de los tribunales, y tuvo aplicaciones en Europa continental antes de la Revolución francesa, es preciso distinguir –tal como se hace en el mundo anglosajón– entre las dos partes en que las sentencias puedan ser intelectualmente divididas: (i) el *holding*, o *ratio decidendi* y (ii) el *obiter dictum*. El primero es el conjunto de principios jurídicos en los que se funda el fallo, el segundo son los comentarios dichos “a mayor abundamiento”, y de los cuales podría prescindirse para la solución del mismo. De allí que lo que constituye precedente obligatorio es el *holding* de la sentencia. Una segunda distinción que debe tenerse presente es que hay sentencias cuyo *holding* es obligatorio (*binding*) y otras en

¹⁰³ *Ibidem*. Pp. 177.



donde este solo resulta persuasivo (*persuasive*) por su fuerza de convicción, y también por la autoridad del tribunal o del juez que emitió el fallo”¹⁰⁴.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad no está obligada a observar el principio del *stare decisis*, pues el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de la propia jurisprudencia, razonado la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido. No obstante ello, los precedentes son importantes en las decisiones constitucionales y pueden citarse en los *obiter dictum*.

En el caso de la separación de la jurisprudencia, es decir, de la modificación del precedente constitucional, Bernal Pulido distingue dos situaciones: “La carga que pesa sobre el juez posterior que se quiera apartar de la jurisprudencia, es la de fundamentar alguno de los dos supuestos siguientes: a) la doctrina de la inaplicación del precedente anterior (*distinguish*) y; b) el cambio de precedente (*overruling*)”¹⁰⁵.

El primero (*distinguish*) consiste en que, a pesar de que existen similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente, existen diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos. El segundo

¹⁰⁴ Bianchi, Alberto. DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA (UNA REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DEL STARE DECICIS). En: EL DERECHO CONSTITUCIONAL 2000-2001. Serie Especial. Editorial El derecho. Buenos Aires 2004. Pp. 340-341.

¹⁰⁵ Bernal Pulido, Carlos. *Op. cit.* Pp. 180.



(*overruling*) consiste en que es posible apartarse de la jurisprudencia cuando esta, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio social posterior.

Otros casos posibles en que un tribunal constitucional podría apartarse de la jurisprudencia lo constituyen, por ejemplo, el caso en que el tribunal puede considerar que la jurisprudencia sea contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico o bien; cuando se hayan realizado cambios en el ordenamiento jurídico positivo, debido a un cambio constitucional o legal relevante.

D. Las subreglas constitucionales

Manifiesta Olano García que:

“Las subreglas constitucionales son formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas prescriptivas, generales y abstractas. Por ejemplo, cuando un juez concede la tutela de un pensionado de la tercera edad y ordena el pago inmediato de las mesadas, el juez está aplicando una subregla, ya que está tomando el texto constitucional, que es muy general, y aplicándolo a una situación concreta (...) la función de las subreglas en la jurisdicción constitucional es permitir que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales de una manera uniforme, sin violar el



derecho a la igualdad. Así, para que cada pensionado que alega que la mora en el pago de las mesadas viola sus derechos fundamentales, recibe el mismo tratamiento de las cortes, estas deben aplicar la misma subregla. La subregla tiene valor de precedente y puede y debe ser aplicada en casos similares, tanto por la misma Corte Constitucional como por demás jueces de tutela”¹⁰⁶.

5.4. Tipologías de sentencias constitucionales

Sobre la tipología de sentencias constitucionales, se han escrito abundantes obras y se han manifestado diversas opiniones.

5.4.1 Clasificación de la tipología de sentencias constitucionales

Olano García¹⁰⁷ realiza una clasificación exhaustiva de la tipología de sentencias constitucionales de la siguiente forma:

- a. Modulaciones que afectan el contenido o sentencias manipulativas, que pueden dividirse en:

¹⁰⁶ Olano García, Hernán Alejandro. INTERPRETACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2006. Pp. 224-225.

¹⁰⁷ Olano García, Hernán Alejandro. TIPOLOGÍA DE NUESTRAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES. En: Universitas, núm. 108. Diciembre 2004. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia. 2004.



- i. Sentencias interpretativas o condicionales, con acogimiento o rechazo.
 - ii. Sentencias integradoras o aditivas.
 - iii. Sentencias sustitutivas.
 - iv. Sentencias apelativas o exhortativas.
- b. Modulaciones relativas al efecto temporal o prospectivas:
- i. Sentencias de inconstitucionalidad retroactiva o *ex tunc*.
 - ii. Sentencias con efecto pro futuro o *ex nunc*.
 - iii. Sentencias de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal.
- c. Modulaciones del derecho de los jueces:
- i. Sentencias fundadoras de línea.
 - ii. Sentencias hito.
 - iii. Sentencias confirmadoras de principio.
 - iv. Justicia “pop”.
- d. Otros modelos sin modulación:
- i. Sentencias de control concreto de constitucionalidad.
 - ii. Sentencias declarativas de inconstitucionalidad.
 - iii. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión.
 - iv. Sentencias con efectos en el ámbito temporal.



- v. Sentencias atípicas.
- vi. Sentencias sobre omisiones legislativas.

Por su parte, Gozaini¹⁰⁸ propone la siguiente tipología de sentencias constitucionales:

- a. La sentencia estimatoria.
- b. La sentencia interpretativa.
- c. Las sentencias normativas.
- d. Las sentencias aditivas.
- e. Las sentencias reductivas.
- f. Las sentencias sustitutivas.
- g. Las sentencias de inconstitucionalidad.
- h. La sentencia exhortativa.

Por razones de especificidad, se seguirá en este capítulo la tipología de sentencias constitucionales expuesta por Olano García.

¹⁰⁸ Gozaini, Osvaldo Alfredo. TEORÍA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2015.



5.4.2 La tipología de sentencias constitucionales en la exposición de

Olano García

A continuación, se expone la tipología de sentencias constitucionales enunciada por Olano García¹⁰⁹.

a. Modulaciones que afectan el contenido o sentencias manipulativas

Manifiesta Olano García que algunos tribunales constitucionales han emitido algunas sentencias a las que se ha denominado *manipulativas*, las cuales, fundamentadas en el principio de seguridad jurídica, pueden dividirse a su vez en interpretativas o condicionales, integradores o aditivas y sustitutivas.

i. Sentencias interpretativas o condicionales, con acogimiento o rechazo

En estas sentencias, el Tribunal Constitucional emite una decisión restrictiva de la disposición normativa, limitando su aplicación o limitando sus efectos. El efecto es que se rechaza una específica interpretación de la disposición normativa, pero esta conserva su eficacia. En otras palabras, si alguna de las interpretaciones de la

¹⁰⁹ Olano García, Hernán Alejandro. TIPOLOGÍA DE NUESTRAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES. *Op. cit.*



disposición normativa contraviene la Constitución y alguna otra pueda interpretarse conforme a ella, entonces el Tribunal Constitucional no declara inconstitucional la disposición normativa, sino solo aquella interpretación que se opone a ella. Se establece que es una sentencia manipulativa porque después de emitida la sentencia, la disposición normativa subsiste, con el criterio de interpretación conforme a la Constitución, sentido que posiblemente no fue aquel que el legislador quiso darle.

Olano García, citando a Nogueira Alcalá, divide estas sentencias en aquellas que son estimativas o de acogimiento y desestimativas o de rechazo. Las primeras consideran inconstitucionales algunas interpretaciones de la disposición normativa, aun cuando el enunciado normativo conserva su eficacia; las segundas surgen al establecer la interpretación del enunciado normativo conforme a la Constitución.

Las sentencias interpretativas o condicionales tienen por finalidad preservar la eficacia de las normas emanadas del Poder Legislativo, expulsando únicamente aquella o aquellas interpretaciones que pudieran ser violatorias de la Constitución.

Si la disposición normativa impugnada de ninguna manera interpretarse de conformidad con la Constitución entonces no habría más remedio que la declaración de su inconstitucionalidad.



ii. Sentencias integradoras o aditivas

Estas sentencias declaran la inconstitucionalidad de una previsión que se omitió y debió haber sido prevista en la ley para que esta coincidiera con la Constitución.

Aquí el tribunal constitucional no expulsa del ordenamiento jurídico la disposición normativa impugnada de inconstitucionalidad, pero le adiciona un contenido para convertirla en constitucionalidad. En palabras de Guastini, se realiza una interpretación extensiva de la norma impugnada, introduciéndole otros supuestos de hecho que no estaban contemplados explícitamente en el texto de la disposición normativa.

En opinión de Olano García, se constata una omisión legislativa debido a una regulación insuficiente. Citando a Gaspar Caballeros Sierra, Olano García manifiesta que se entiende que las decisiones aditivas, al igual que las sustitutivas conforman dos partes diferentes: una inexecutable (imposibilidad de aplicación) y otra reconstructiva con la que el Tribunal Constitucional procede agotar a la disposición normativa de un contenido distinto que la hace conforme a los principios constitucionales.

Lo mismo puede decirse para el caso de las leyes incompletas; por lo que algunos autores han denominado a estas sentencias como *actividad paralegislativa*.



Olano García, citando a Nogueira Alcalá dice que ese tipo de sentencias son una manifestación del activismo judicial de los tribunales constitucionales y que son sentencias constitutivas porque innovan el ordenamiento jurídico.

iii. Sentencias sustitutivas

Manifiesta Olano García, que las sentencias constitutivas son aquellas por medio de las cuales los tribunales constitucionales expulsan del ordenamiento jurídico alguna disposición normativa impugnada y la sustituyen por una regulación particular de contenido constitucional.

Manifiesta el autor citado que estas sentencias, en alguna forma, son una combinación de sentencias de inconstitucionalidad y de sentencias integradoras, porque expulsan del ordenamiento jurídico la disposición normativa impugnada y llenan el vacío jurídico dejado por esta por medio de una nueva norma que la sentencia adiciona o integra al ordenamiento jurídico.

iv. Sentencias apelativas o exhortativas

Olano García, citando a Nogueira Alcalá, manifiesta que las sentencias apelativas o exhortativas son aquellas que previniendo a futuro una situación normativa de inconstitucionalidad, establecen recomendaciones o directrices al Poder Legislativo, incitándolo a legislar sobre algunas materias, con algunos



principios y orientaciones para adecuarlos al contenido de la Constitución, ya que, de no obrar así el Poder Legislativo, el Tribunal Constitucional podría, a futuro, emitir una sentencia declarando la inconstitucionalidad de la disposición normativa señalada.

Las sentencias apelativas o exhortativas limitan la libertad del Poder Legislativo, detectando una situación que aún no es inconstitucional, pero podría convertirse en tal si el legislador no toma en cuenta la recomendación del Tribunal Constitucional.

Esto último puede deberse tanto a los cambios en el desarrollo de la sociedad, como a cambios científicos o técnicos que se estén dando y puedan tener en tal caso, incidencia en el contenido y aplicación de algunas normas, que pudiera ser inconstitucional.

Manifiesta Olano García, siguiendo a Nogueira Alcalá que, en algunos casos, las sentencias exhortativas pueden llevar anejo lo que en la doctrina se denomina *bloqueo de aplicación*, situación que consiste en que la norma impugnada es inaplicable en los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, dejando en estado de suspensión los procesos hasta que las nuevas normas entren en vigencia.



b. Modulaciones relativas al efecto temporal o prospectivas

Nogueira Alcalá, citado por Olano García, manifiesta que en relación con los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales, no existe una sola posición y algunos ordenamientos jurídicos, para darle mayor fuerza a la supremacía constitucional o la seguridad jurídica buscan un cierto equilibrio entre ambos efectos.

i. Sentencias de inconstitucionalidad retroactiva o *ex tunc*

Manifiesta Olano García que los tribunales constitucionales pueden modular los efectos temporales de su decisión, y en casos excepcionales pueden retrotraer los efectos de las sentencias a algunas situaciones que se han consolidado en el transcurso de la vigencia de la norma que se declara inconstitucionalidad. Estas sentencias, en opinión de Olano García, pueden producir algunos problemas de seguridad jurídica al afectar situaciones jurídicas y derechos adquiridos, además de efectos jurídicos ya producidos.

Algunas sentencias han determinado efectos *ex tunc*, ordenando la nulidad de actos anteriores basados en la ley impugnada; mientras que, en otros casos, algunas sentencias han declarado la inaplicación de la norma impugnada desde el momento en que tuvieron vigencia.



ii. Sentencias con efecto pro futuro o *ex nunc*

Manifiesta Olano García, que, en el modelo kelseniano o austríaco, las sentencias de inconstitucionalidad pueden tener efectos hacia el futuro, implicando esto que en el momento que la sentencia es notificada. La disposición normativa impugnada es expulsada del ordenamiento jurídico, pero no modifica ni anula las situaciones que se consolidaron durante su vigencia. Estas sentencias pueden ir más allá en sus efectos, y determinar un periodo de tiempo o de transición, para no desestabilizar la economía ni el sistema político del Estado.

Este tipo de sentencias fueron construidas por los tribunales constitucionales alemanes debido a razones de necesidad prácticas. La doctrina no es unánime en cuanto a su aceptación. La crítica más severa consiste en preguntar si es jurídicamente posible para las personas afectadas por normas inconstitucionales, cargar con los efectos de dicha disposición no obstante su inconstitucionalidad.

iii. Sentencias de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal

Expresa Olano García que, en algunos casos, los tribunales constitucionales han constatado la inconstitucionalidad de una disposición normativa, pero se han abstenido de declararla como tal por considerar que la laguna normativa que provocaría generaría una situación demasiado compleja. Por ello, se hace

necesario que el legislador modifique dicha situación emitiendo la regulación correspondiente.



La argumentación más general de este tipo de sentencias consiste en evitar que se genere una situación mucho más perjudicial para la estabilidad económica, política y social de un Estado, que la actual que produce la situación de la norma impugnada de inconstitucionalidad. Esto permite, dice Olano García, lo que en la jurisprudencia alemana se llama *una afable transición* de la declarada situación de inconstitucionalidad un Estado de normalidad.

c. Modulaciones del derecho de los jueces

i. Sentencias fundadoras de línea

Manifiesta Olano García que estas sentencias generalmente son fallos proferidos en los que la Corte Constitucional de Colombia aprovechó sus primeras sentencias de revisión para hacer bastante enérgicas y amplias interpretaciones de derechos constitucionales.

En opinión de Olano García, estas son sentencias eruditas y pretenciosas en el sentido doctrinario, redactadas en el estilo que Llewellyn llamaba *grand style*, y consagraban posiciones utópicas y hasta, a veces, contrasistemáticas. Tienen como característica estar plagadas de *obiter dicta* y sus contenidos no fueron

permanentes dentro de la jurisprudencia. Son documentos importantes, pero no reflejan en la actualidad los balances constitucionales vigentes.



ii. Sentencias hito

Estas sentencias, según Olano García, son aquellas en las que la Corte trató de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional. Originan usualmente cambios o giros dentro de la línea o marcan puntos de inflexión. Utilizan técnicas legítimas, pero son bastante debatidas en el interior de la Corte y pueden suscitar votos razonados o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes.

iii. Sentencias confirmadoras de principio

Estas son, en opinión de Olano García, aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones a un caso nuevo, de principios o *ratios* que están contenidos en sentencias anteriores. Constituyen una manifestación del deber de obediencia al precedente. Una gran parte de sentencias son de este tipo mientras que las sentencias hito y los fundadores de línea son una proporción relativamente pequeña del total de sentencias emitidas.



iv. Justicia “pop”

Así llama Olano García a aquellas tendencias contenidas en sentencias constitucionales, que buscan recrear la forma de ver la jurisprudencia como una arqueología y exigen la reivindicación de una teoría local o particular del derecho desde una concepción perspectivista y difusionista.

d. Otros modelos sin modulación

i. Sentencias de control concreto de constitucionalidad

Olano García, Citando a Nogueira Alcalá, manifiesta que los tribunales constitucionales que conocen del control concreto de constitucionalidad a través de cuestiones o de recursos específicos, así como los otros órganos del Estado, quedan vinculados por las sentencias de la Corte desde que tienen conocimiento de tal decisión y las partes desde que son notificadas del respectivo fallo.

En el caso de las sentencias sobre cuestiones de inconstitucionalidad, que tienen valor de cosa juzgada, manifiesta Nogueira Alcalá que vinculan a todos los poderes públicos y tienen efectos generales. Las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad en control concreto, no podrían replantearse ulteriormente alegando la infracción de la misma norma constitucional.



ii. Sentencias declarativas de inconstitucionalidad

Estas sentencias declaran inconstitucional a una disposición normativa o bien su incompatibilidad con la Constitución, sin determinar las razones de su anulación; lo que permite, en opinión de Olano García, la oportunidad al legislador de modificar dicha disposición, posibilitándole configurar la norma con adecuación a la Constitución.

iii. Sentencias de inconstitucionalidad por omisión

Aquí puede hacerse la clasificación entre omisión absoluta y omisión relativa. Olano García dice que la omisión absoluta se presenta cuando el legislador no ejecuta completamente un mandato de la Constitución. La omisión relativa, se da cuando el mandato se ejecuta parcialmente, de forma que solo el contenido faltante constituiría la omisión inconstitucional.

iv. Sentencias con efectos en el ámbito temporal

En cuanto toca a los efectos que las sentencias constitucionales provocan en cuanto a las personas, manifiesta Olano García que pueden tener efectos *inter partes*; afectando solo a las partes que han actuado en el respectivo proceso. Pero también pueden tener efecto *erga omnes*, si la decisión es vinculante respecto de todas las personas, situación que otorgaría a dicha sentencia una fuerza similar a

la que detenta el Poder Legislativo. Pero teniendo como consecuencia el carácter inverso, al eliminar el precepto normativo del ordenamiento jurídico.



v. Sentencias atípicas

Siguiendo a Nogueira Alcalá, manifiesta Olano García, que la justificación doctrinal de las sentencias atípicas tiene como fundamento el principio de conservación de las normas legislativas que fundamenta la posibilidad de una intervención positiva y no solo negativa del Tribunal Constitucional, posibilitando el salvar de la norma legislativa, otorgando además certeza jurídica y la aplicación uniforme del derecho, aplicando principios constitucionales y una interpretación sistemática y finalista.

vi. Sentencias sobre omisiones legislativas

Citando a Nogueira Alcalá, dice Olano García, que la constitucionalidad por omisión tiene dos variables básicas: la inconstitucionalidad por retar o moda y la inconstitucionalidad por negación o por omisión relativa.

La primera resultaría de la inercia de la autoridad para establecer la norma legal o general respectiva. El caso más frecuente es el retardo del legislador para dictar leyes que desarrollan la Constitución en el sentido de organizar y regular poderes públicos u órganos constitucionales o para desarrollar y regular cláusulas que no tienen carácter de autoaplicación.



La segunda resultaría de situaciones en que el órgano estatal no hace efectivo un mandato constitucional, por ejemplo, cuando el poder legislativo sanciona una ley, pero no regula algunas hipótesis o supuestos de hecho que debió haber regulado, dejando lagunas en la legislación o bien, excluyendo a algún grupo del ejercicio de un derecho y, por ende, negándole la protección de sus intereses.

Por último, respecto de las sentencias constitucionales, Gozaíni manifiesta:

“Las sentencias constitucionales no son legislativas, pero argumentan en forma completa la visión de quien tiene como deber dar eficacia y practicidad al dogma constitucional. El juicio de constitucionalidad justamente es eso: ceñir la norma al espacio de lo posible sin menoscabo a garantías y derechos fundamentales.

El discurso de la sentencia no equivale a exposición de motivos de una ley; pero hace las veces de lector que señala y critica el uso equivocado o el fraude constitucional que puede llevar a la aplicación de la ley observada.

Es verdad que en los tipos de sentencias constitucionales, las que desentrañan y provienen del último intérprete de la Constitución (cortes o Tribunal Constitucional) encuentran límites precisos entre sostener la validez de una cláusula o anular su aplicación; pero cuando esa decisión incide con generalidad y obligación a todos quienes deben utilizarla, la sentencia se convierte en *cuasi legislativa* y, así, la función de control se exagera al tomar



partido por una lectura particular que no tiene debate parlamentario, aunque sea producto de un acuerdo judicial que pueda hacer las veces de ello.

En un sistema difuso donde no se aplique la jurisprudencia con valor de enlace obligatorio, la decisión es moralmente admisible y contribuye con el legislador dando pautas; de su lado, el efecto *erga omnes* de la sentencia del tribunal constitucional es una función consustancial que está muy cerca de legislar cuando a la norma se la complementa con disposiciones o reglamentos que se amparan en la necesidad de integrar y armonizar la interpretación.

Introducir nueva legislación merced a extender el contenido normativo del precepto a supuestos no previstos por el legislador, solo parece admisible cuando se trate de sentencias a *rime obbligate*, según la expresión italiana, exigidas por el ordenamiento; es decir, cuando la atribución a un determinado grupo de las ventajas o beneficios previstos en el precepto presuntamente inconstitucional sea necesaria para protección de un bien o valor constitucional y, además, solo quepa un modo de realizarla.

En cambio, si la sentencia es solo una parte de la interpretación y es factible tener alternativas u opciones, no debiera ser ella quien justifique la elección, aun cuando se fundamente en la supremacía constitucional¹¹⁰.

¹¹⁰ Gozaíni, Osvaldo Alfredo. LAS SENTENCIAS QUE LEGISLAN. En: REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2011. Pp. 117.



Conclusión



En la actualidad, en el sistema de control constitucional iberoamericano, existe alguna doctrina, especialmente relacionada con el neoconstitucionalismo, que pretende otorgarle fuerza vinculante a toda la jurisprudencia constitucional, de manera similar a la que se le otorga al precedente en el sistema anglosajón, mejor conocido como sistema del *common law*. Sin embargo, los principios jurídicos y las corrientes filosóficas que inspiran a dicho sistema, difieren, por razones históricas, de los principios que inspiran al sistema iberoamericano (el sistema romano-germánico), especialmente en la concepción de la ley que estos sistemas poseen. Mientras que el precedente o *leading case* como suele llamársele en el sistema anglosajón a aquellos fallos que los tribunales utilizan para resolver casos similares, impone una fuerte vinculación en el referido sistema. En el sistema romano-germánico la vinculación del precedente o *jurisprudencia*, como se conoce a tal fenómeno, debe estar expresamente señalada en la ley, por ser esta la fuente directa del derecho. De manera que la vinculatoriedad en la doctrina constitucional del sistema romano-germánico únicamente puede imponerse como tal, en aquellos casos en que así sea establecido por el ordenamiento jurídico, pero no toda la jurisprudencia constitucional puede poseer carácter vinculante, porque en el sistema romano-germánico son de observancia obligatoria los principios del *imperio de la ley* y de *legalidad*, de tal forma que la jurisprudencia no obligatoria solo puede ser tenida como *precedente no vinculante*.



Como consecuencia, los precedentes constitucionales pueden considerarse como obligatorios para los tribunales cuando cumplan con los requisitos que impone el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Ahora bien, surge la pregunta de si los tribunales, cumpliéndose los requisitos que impone el artículo 43 de la ley citada, ¿pueden desobedecerla en su función de aplicar la ley? La doctrina ha elaborado algunos presupuestos que justifican la no aplicación de la jurisprudencia constitucional obligatoria siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que existan diferencias relevantes no consideradas en la jurisprudencia constitucional que impidan igualarlos; b) que habiendo sido adecuada en una situación social determinada, la jurisprudencia constitucional no responda adecuadamente a un cambio social posterior; c) el juez puede considerar que la doctrina constitucional es contraria a los valores, a los objetivos o a los principios y derechos en que se funda el ordenamiento jurídico y; d) por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante y el juez puede orientar su decisión por el *distinguish* o el *overruling*. Respecto de la hipótesis formulada en el diseño de la investigación, se afirma su verosimilitud después de realizada la misma, porque es lo que se infiere del contenido del informe final y de la argumentación contenida en este.



Bibliografía

1. Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2007.
2. Alonso García, E. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.
3. Andrés Ibáñez, Perfecto. Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos). En: Los hechos en la sentencia penal. Editorial Fontamara. México. 2005.
4. Atienza, Manuel. BIOÉTICA, DERECHO Y ARGUMENTACIÓN. Editorial Palestra-Temis. Lima-Bogotá. 2004.
5. Bahof, O. JUECES Y CONSTITUCIÓN. Editorial Civitas. Madrid. 1989.
6. Bernal Acevedo, Gloria Lucía. MANUAL DE INICIACIÓN AL SISTEMA ACUSATORIO. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Universidad Santo Tomás. Bogotá. 2005.
7. Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2005.
8. Bernal Pulido, Carlos. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2003.
9. Bernal Pulido, Carlos. LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDEN JURÍDICO COLOMBIANO. En: EL DERECHO DE LOS



DERECHOS. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012.

10. Bianchi, Alberto. DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA (UNA REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DEL *STARE DECICIS*). En: EL DERECHO CONSTITUCIONAL 2000-2001. Serie Especial. Editorial El derecho. Buenos Aires 2004.
11. Black, Henry Cambell. DICCIONARIO DE DERECHO DE BLACK. Sexta Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1990.
12. Bobbio, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Editorial Temis. Bogotá. 1994.
13. Bocanegra Sierra, R. EL VALOR DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid. 1982.
14. Bockenforde, E. W. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. INVENTARIO Y CRÍTICA. En: Villaverde Menéndez, I. ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES. Revista Española de Derecho Constitucional. España. 1993.
15. Canosa Usera, R. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y FÓRMULA POLÍTICA. Centro de estudios Constitucionales. Madrid. 1988.
16. Cardozo, N. Benjamín. LA NATURALEZA DE FUNCIÓN JUDICIAL. Editorial Comares. España. 2004.
17. Clark, David S. & otros autores. INTRODUCCIÓN A LA LEY DE ESTADOS UNIDOS. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1992.



18. Cuerto Rua, Julio. EL COMMON LAW. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1957.
19. Cuniberti, Gilles. GRAN SISTEMA DE DERECHO CONTEMPORÁNEO. Editorial Marcial Pons. Argentina. 2007.
20. Elliot, Catherine & Quinn, Frances. SISTEMA JURÍDICO INGLÉS. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 2002.
21. Faber, Daniel. LA REGLA DE LEY Y LA LEY DE PRECEDENTES. Revista de Derecho Público. Chile. 2005.
22. Fisch, Jill E. LA IMPLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA TRANSICIÓN PARA EL *STARE DECISIS*. UNAM. México. 2003.
23. Freund, Paul. LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1970.
24. Gerhardt, Michael J. SÚPER PRECEDENTE. UNAM. MÉXICO. 2006.
25. González Beilfuss, Markus. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y REPARACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN NORMATIVA. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000.
26. Gozaíni, Osvaldo Alfredo. LAS SENTENCIAS QUE LEGISLAN. En: REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2011.
27. Gozaíni, Osvaldo Alfredo. TEORÍA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2015.



28. Guastini, Riccardo. LAS FUENTES DEL DERECHO. Ediciones Legales. Lima. 2017.
29. Hesse, Konrad. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. En: ESCRITOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.
30. Jackson, Robert H. LEY DECISORIA Y *STARE DECISIS*. UNAM. México. 1944.
31. Kelsen, Hans. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN (LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL). En: ESCRITOS SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL SOCIALISMO. Editorial Debate. Madrid. 1988
32. Kozel, Randy J. *STARE DECISIS* COMO DOCTRINA JUDICIAL. Revista de Derecho Constitucional. España. 2010.
33. Landes, William M. & Posner, Richard. A. PRECEDENTE LEGAL: UN ANÁLISIS TEÓRICO Y EMPÍRICO. Siglo del Hombre Editores. Colombia. 1976.
34. Leibholz, G. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA RFA Y EL PROBLEMA DE APRECIACIÓN JUDICIAL POLÍTICA. En: PROBLEMA FUNDAMENTALES DE LA DEMOCRACIA MODERNA. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1971.
35. León Pastor, Ricardo. INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Academia de la Magistratura de Perú. Lima. 2005.
36. López Medina, Diego. EL DERECHO DE LOS JUECES. Editorial Legis. Bogotá. 1999.



37. Martin, Jacqueline. EL SISTEMA JURÍDICO INGLÉS. UNAM. México, 2000.
38. Moreno Ortiz, Luis Javier. ¿HACIA UN SISTEMA JURÍDICO DE PRECEDENTES? Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. No. 320. Bogotá. 2002.
39. Olano García, Hernán Alejandro. INTERPRETACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2006.
40. Olano García, Hernán Alejandro. TIPOLOGÍA DE NUESTRAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES. En: Universitas, núm. 108. Diciembre 2004. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia. 2004.
41. Orduña Sosa, Héctor. REDACCIÓN JUDICIAL. Editorial Porrúa. México. 2007
42. Pardo, Maria Laura. EL TEXTO JUDICIAL COMO TEXTO ARGUMENTATIVO. En: Carrasco Fernández, Felipe Miguel. (comp.). ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ESTUDIOS EN TORNO A... Tomo II. Ediciones Popocatepetl. México. 2006.
43. Pérez Royo, J. CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2000.
44. Sinclair, Michael. SUPER PRECEDENTE. 2007. Revista Española de Derecho Constitucional. España. 2007.
45. Tribe H., Laurence. LA CONSTITUCIÓN INVISIBLE. Palestra Editores. Lima. 2008.



46. Wendell Holmes, Oliver. EL CAMINO DE LA LEY. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1920.
47. Weston, Anthony. LAS CLAVES DE LA ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2002.
48. Wrobleski. J. CONSTITUCIÓN Y TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Cuadernos Civitas. Madrid. 1985.
49. Zagrebelsky, Gustavo. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. En: López Pina, A. DIVISIÓN DE PODERES E INTERPRETACIÓN. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.

JURISPRUDENCIA

1. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Arizona vs. Rumsey. Sentencia del 29 de mayo de 1984.
2. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co. Sentencia del 11 de abril de 1932.
3. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Ciudadanos Unidos vs. Comisión de Elecciones Federales. Sentencia del 21 de enero de 2010.
4. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Illinois Tool Works, Inc. vs. Independent Ink, Inc. Sentencia del 1 de marzo de 2006.
5. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Lawrence vs. Texas. Sentencia de 26 de junio del 2006.



6. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Padres Involucrados en Escuelas Comunitarias vs. Distrito Escolar Seattle No. 1. Sentencia del 28 de junio del 2007.
7. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Paternidad Planificada vs. Casey. Sentencia del 28 de junio de 1992.
8. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Paternidad Planificada vs. Casey. Sentencia del 28 de junio de 1992.
9. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Payne vs. Tennessee. Sentencia del 27 de junio de 1991.
10. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Ring vs. Arizona. Sentencia del 24 de junio de 2002.
11. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Vasquez vs. Hillery. Sentencia del 14 de junio de 1986.
12. Corte Suprema de los Estados Unidos. Montejo vs. Louisiana. Sentencia del 26 de mayo de 2009.
13. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 341/1993, de 18 de noviembre de 1993.
14. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/1984, de 14 de junio de 1984.
15. Sentencia del Tribunal Constitucional Español 76/1983, de 5 de agosto de 1983.