

El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución

Hermógenes Acosta de los Santos



UNIVERSIDAD APEC

El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución

Hermógenes Acosta de los Santos

Acosta de los Santos, Hermógenes

El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución /
Hermógenes Acosta de los Santos. – Santo Domingo : Universidad APEC, 2010,
394 p.

ISBN: 978-9945-423-20-4

1.Control de constitucionalidad-República Dominicana 2.Derecho constitucional-
República Dominicana I.Título

342

A185c

CE-UNAPEC



UNIVERSIDAD APEC

Título de la obra:

**El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía
de la Constitución**

Hermógenes Acosta de los Santos

Primera edición:

Octubre 2010

Composición, diagramación y diseño de cubierta:

Departamento de Comunicación y Mercadeo Institucional

Impresión: Editora Búho

ISBN: 978-9945-423-20-4

Impreso en República Dominicana

Printed in Dominican Republic

JUNTA DE DIRECTORES DE LA UNIVERSIDAD APEC

Ing. Francisco Hernández
Presidente

Ing. Antonio César Alma Iglesias
Vicepresidente

Ing. Pedro Pablo Cabral
Tesorero

Dra. Cristina Aguiar
Secretaría

Lic. Álvaro Sousa Sevilla
Miembro

Ing. Loraine Cruz
Miembro

Lic. Peter Croes
Miembro

Lic. Radhamés Mejía
Miembro

Lic. Isabel Morillo
Miembro

Dr. Rolando Guzmán
Miembro

Lic. Alejandro Fernández W.
Miembro

Lic. Juan Fco. Puello Herrera
Presidente de APEC

Dr. Luis Heredia Bonetti
Pasado Presidente

Ing. Héctor Fernández Fortuna
Director Ejecutivo de APEC

Dr. Franklyn Holguín Haché
Delegado Permanente del Consejo APEC
de Pasados Presidentes

Lic. Justo Pedro Castellanos Khouri
Rector

COMITÉ EDITORIAL

Andrés L. Mateo
Diógenes Céspedes
Carlos Sangiovanni
Manuel Núñez
Teresa Hidalgo
Giovanna Riggio
Reynaldo Paulino Chevalier

ASESOR

Mariano Lebrón Saviñón

ÍNDICE

Presentación por Justo Pedro Castellanos.....	13
Prólogo por César Pina Toribio.....	23
Palabras para este libro por Alejandro A. Moscoso Segarra.....	27
Introducción.....	33

Primera Parte: el control de constitucionalidad en el derecho comparado.....	35
---	-----------

Capítulo I

La Constitución: norma superior del ordenamiento jurídico.....	37
---	-----------

A. Reconocimiento del valor normativo y supremo de la Constitución.....	38
--	----

1. Las vicisitudes de la Constitución en Europa: tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo democrático...38
--

2. Asimilación inmediata del valor normativo de la Constitución en los Estados Unidos.....	43
---	----

a) El aporte de la doctrina norteamericana: el federalista.....	44
---	----

b) El aporte de la jurisprudencia: caso Marbury vs. Madison...45
--

B. Positivación del valor normativo y superior de la Constitución.....	48
---	----

3. Consagración expresa del valor normativo y supremo de la Constitución.....	49
--	----

4. Consagración implícita del valor normativo y supremo de la Constitución.....	50
--	----

Capítulo II

Cuestionamiento de la legitimidad del poder judicial para controlar la constitucionalidad de las leyes.....	53
--	-----------

A. Orígenes de la controversia.....	55
5. Separación de poderes y control de constitucionalidad.....	55
6. El debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen.....	58
B. El debate contemporáneo en torno a la legitimidad del poder judicial para controlar la constitucionalidad de la ley.....	71
7. Carácter supremo de la Constitución como elemento justificativo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes.....	72
8. Ausencia de legitimidad democrática del poder judicial....	74
9. Método de elección de los jueces.....	87

Capítulo III

El Control concentrado de constitucionalidad.....	93
A. Aspectos procesales del control concentrado.....	96
10. El Tribunal Constitucional.....	96
a) Composición del Tribunal Constitucional.....	97
b) Organización del Tribunal Constitucional.....	101
c) Competencia del Tribunal Constitucional.....	102
11. Control <i>a priori</i>	104
12. El control <i>a posteriori</i>	123
12.1 El control abstracto en el sistema español: el recurso de inconstitucionalidad.....	123
a) Cánones utilizados como parámetros en el examen de constitucionalidad.....	124
b) Objeto del control de constitucionalidad.....	125
c) Legitimación para interponer el recurso.....	126
d) El plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad.....	128
e) Tramitación del recurso de inconstitucionalidad.....	130
12.2 Control abstracto en el sistema alemán y en el costarricense.....	131
12.3 El control concreto en el sistema español: la cuestión y la autocuestión de inconstitucionalidad.....	147
12.3.1 La cuestión de inconstitucionalidad.....	147

a) Órgano competente y tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad.....	149
b) Objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.....	154
12.3.2 La autocuestión de inconstitucionalidad.....	154
12.4 El control concreto en los sistemas alemán y costarricense.....	155
B. Aspectos sustantivos: la sentencia.....	168
13. La sentencia constitucional.....	168
a) Contenido de la sentencia.....	169
b) Efectos <i>erga omnes</i> de la sentencia.....	172
c) Dimensionamiento de los efectos de la sentencia.....	173
d) La autoridad de cosa juzgada de la sentencia.....	175
e) Carácter vinculante de la sentencia.....	180
f) Publicidad de la sentencia.....	182

Capítulo IV. El control difuso..... 185

14. Características del control difuso.....	187
A. Aspectos adjetivos.....	191
15. La legitimación en el control difuso.....	191
16. Aplicación del principio <i>iura novit curia</i>	192
B. Aspectos sustantivos.....	194
17. Los límites: cuestiones políticas.....	194
18. El valor del precedente en el control difuso.....	202
C. Expansión del control difuso de constitucionalidad.....	203
19. Instauración del <i>judicial review</i> fuera de los Estados Unidos de América.....	204
20. Ventajas y desventajas del control difuso de constitucionalidad.....	208

Segunda Parte

El control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos en la República Dominicana.....	211
--	------------

Capítulo V

Orígenes y evolución del control de

constitucionalidad en la República Dominicana.....213

21. Período 1844 a 1924: vigencia del control difuso.....213

22. Período 1924 a 1927: vigencia del control concentrado.....

.....217

23. Período 1927 a 1994: resurgimiento del control difuso.....

.....225

24. Período 1994 a 2010: vigencia del modelo

iberoamericano o mixto.....226

Capítulo VI

El control concentrado vigente en la

República Dominicana.....229

25. Órgano competente: el Tribunal Constitucional.....233

26. Composición y organización del Tribunal Constitucional.....

.....234

27. Tramitación de la acción en inconstitucionalidad.....240

28. Momento en que debe interponerse la acción en

inconstitucionalidad.....243

29. La naturaleza del procedimiento.....254

30. Legitimación para interponer la acción.....257

a) Legitimación del Presidente de la República.....258

b) Legitimación de los legisladores.....258

c) Legitimación de los particulares.....260

31. Objeto de la acción en inconstitucionalidad.....270

32. Parámetro de constitucionalidad.....276

33. La sentencia constitucional.....276

a) La autoridad de cosas juzgadas de las sentencias.....277

b) Carácter vinculante de la sentencia.....279

c) Publicidad de la sentencia.....280

Capítulo VII

El control difuso de la constitucionalidad de la ley.....283

A) Aspectos adjetivos: el procedimiento en materia de control difuso.....	285
34. Carácter previo del control difuso.....	286
35. Carácter incidental.....	287
36. El tribunal competente.....	289
B) Aspectos sustantivos.....	292
37. Cuestiones no controlables.....	292
38. La sentencia en el control difuso.....	293

BIBLIOGRAFÍA.....297

ANEXOS.....305

Anexo 1:

Sentencia *Madbury vs. Madison*.....307

Anexo 2:

Sentencia No. 2771-03, dictada el 4 de abril del 2003, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.....323

Anexo 3:

Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el 19 de mayo del 2010.....349

Anexo 4:

Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el 18 de diciembre del 2008.....357

Anexo 5:

Debate en torno al objeto del control de constitucionalidad.....379

PRESENTACIÓN

El pasado veintiséis (26) de enero de 2010, día del nacimiento del patricio Juan Pablo Duarte, el Presidente de la República Dominicana, doctor Leonel Fernández, proclamó formalmente la vigencia de un nuevo texto constitucional.

Culminación de un amplio proceso de discusión, desarrollado sectorial y territorialmente a nivel nacional y, por supuesto, en el magno y democrático escenario de la Asamblea Nacional Revisora, el nuevo texto es para algunos, entre los cuales me cuento, superior al anterior y, todavía más, un hito en la historia constitucional dominicana; en todo caso, el mejor posible en el contexto de la sociedad actual, de la correlación de fuerzas sociales y políticas que prevalecen entre nosotros hoy, si bien no el ideal ciertamente.

Cargado de novedades fundamentales y cambios que el autor de este libro, Hermógenes Acosta, califica como “muy significativos”¹, una de las más relevantes la constituye el establecimiento de un tribunal constitucional en la estructura del Estado dominicano.

Viejo sueño nacional, el mismo, en efecto, ha quedado finalmente consagrado en el título VII, en los artículos del 184 al 189 del nuevo texto.

Es el 184 que establece tal existencia y precisa que dicho órgano está destinado a “garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de autonomía administrativa y presupuestaria”.

¹ Acosta, Hermógenes, *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, Santo Domingo: Editora Búho, 2010, p. 227.

Aunque el artículo 185 señala que el tribunal constitucional tendrá atribuciones para “Cualquier otra materia que disponga la ley”, el mismo especifica tres: (I) “Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido”; (II) “El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo”; y (III) “Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares”.

Se trata de la consagración constitucional del control concentrado de la constitucionalidad.

Por su parte, el control difuso de la constitucionalidad queda establecido en el artículo 188, según el cual “Los tribunales de la República conocerán de la excepción de inconstitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento”, y en relación con esto, Hermógenes Acosta destaca “que por primera vez se consagra de manera expresa el control difuso de constitucionalidad”, lo que resulta “contrario a lo que ocurría en las anteriores constituciones” y constituye “un avance doctrinal y un reconocimiento a una práctica desarrollada durante siglos”.

De la lectura del texto, específicamente del 184, se puede apreciar claramente la voluntad del asambleísta de crear un verdadero poder público que no sólo regule la constitucionalidad sino que lo haga con fuerza suficiente para imponer sus decisiones a toda la sociedad dominicana.

Según Juan Manuel Pellerano Gómez, el nuevo tribunal, en efecto, “es el garante de la vigencia de los principios que fundamentan el Estado. Su competencia (...) lo erige en guardián de los principios fundamentales que organizan el

Estado Social, Democrático y de Derecho que, por voluntad del constituyente, hoy es la República Dominicana”².

Objeto de extensas e intensas discusiones a nivel nacional y, por supuesto, en el seno de la Asamblea Nacional Revisora -tanto, que el tema “junto a la cuestión del aborto, fueron los temas que suscitaron mayor controversia”-, resultaba evidente y hasta indiscutible que, como plantea el doctor Acosta, “si la Constitución es superior y vincula a los demás poderes, el sistema debe contar con un órgano que se encargue de la defensa de su integridad”.

En este sentido, una bondad fundamental de la creación del tribunal constitucional se debe al hecho de que ella concretiza, convierte en “real y verdadero”³ el “principio de constitucionalidad de la Constitución”⁴, toda vez que, como bien dice Manuel Aragón Reyes, “No hay Derecho sin jurisdicción (...) ni derecho sin jueces”⁵.

Las intensas discusiones estuvieron centradas en lo relativo “a la necesidad de una Jurisdicción Constitucional para garantizar dicha defensa o si, por el contrario, tal función puede ser desempeñada por uno de los órganos estatales”.

Las posiciones contrapuestas aportaban argumentos jurídicos, pero eran sobre todo los políticos los que mayor peso evidenciaban.

Por una parte, se ha planteado que la creación del tribunal constitucional, con las características que finalmente tuvo, reducía los poderes del tribunal supremo y con ello se afectaba al poder judicial, sus facultades, su independencia,

2 Pellerano Gómez, Juan Manuel. “El binomio constitucional”, *Diario Libre*, sábado 7 de agosto de 2010, p.14.

3 Op. cit., p. 13.

4 Ibíd.

5 Citado por Juan Manuel Pellerano Gómez. Ibíd.

su fortaleza; y por otra parte que si la novedad implicaba, como en efecto, una reducción de los poderes a cargo del tribunal supremo dominicano, la medida resultaba razonable y, sobre todo, saludable para la sociedad dominicana, para el desarrollo democrático nacional.

Según Pellerano Gómez, el texto proclamado el pasado enero “crea un nuevo modelo de la justicia constitucional mediante la creación de dos jurisdicciones separadas, de igual categoría”⁶ -la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional-, lo cual califica como “un verdadero binomio”⁷, el que, además, constituye “una innovación dominicana única, y tiende a conjurar eventuales conflictos de criterio en decisiones contradictorias sobre casos similares, una vez que la decisión que tendrá la última palabra será la del Tribunal Constitucional”⁸.

Para Acosta, el nuevo órgano estatal resulta “vital para el adecuado funcionamiento del estado social y democrático de derecho”.

El tema de la creación de tribunales constitucionales es desarrollado de forma magistral, y no sólo desde el punto de vista jurídico sino también y sobre todo político, por el destacado jurista argentino y actual magistrado de la Corte Suprema de la República Argentina, doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, en su clásico *Estructuras Judiciales*.

Con sus características agudeza y claridad, se refiere a la creación de dichos tribunales en la Europa de posguerra a los fines de satisfacer la necesidad de crear un control de constitucionalidad, y explica que ella se produjo “en razón de criterios de sana política judicial”⁹ pues “era contrario a

6 Op. cit., p. 13.

7 Ibíd.

8 Ibíd.

9 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*, edición especial del Comisionado

cualquier racionalidad política que eso se hubiese consagrado como competencia de los tribunales supremos o de casación, y no sólo por la razón coyuntural de su entrenamiento bonapartista y burocratizado”¹⁰, sino también porque, de haberlo hecho así, “los políticos europeos (...) hubiesen hecho justamente lo contrario de los que eran sus objetivos del momento (...), pues hubiesen reforzado la verticalización que querían eliminar y, con ella, el perfil del juez que deseaban transformar”¹¹. A lo que agrega: “Reconocerle a un tribunal supremo esta función, más la de control constitucional y la de casación, además del gobierno judicial, hubiese implicado una concentración de poder de magnitud tal que sin duda habría colocado en peligro el equilibrio de poderes y la estabilidad de todo el sistema político”¹².

Para Zaffaroni, “los constituyentes europeos procedieron con singular perspicacia y lograron crear un sistema particularmente equilibrado, que hasta el presente¹³ ofrece la experiencia más interesante del derecho comparado”¹⁴; y al establecer que “frecuentemente en América Latina se siguió el camino inverso, es decir, que se concentró en las cúpulas la triple función judicial”¹⁵, el Doctor Honoris Causa de nuestra Universidad APEC concluye que: “En definitiva, dejando de lado los razonamientos teóricos abstractos que, en esta materia, no pasan de meros discursos de justificación, y también la pereza mental de otros, la opción que en el fondo se juega es la siguiente: o se desconcentra orgánicamente el poder para horizontalizar el judicial y evitar su copamiento partidista, garantizando de este modo su pluralismo, o bien, se concentra el poder para coparlo más fácilmente. La opción

de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, junio de 2007, p. 61.

10 Ibíd.

11 Op. cit., p. 62.

12 Op. cit., p. 62.

13 Se refiere al año 1994, cuando el libro fue publicado por primera vez.

14 Ibíd.

15 Ibíd.

política respecto del poder judicial es, pues, sencilla. La creación de los tribunales constitucionales y de los órganos de gobierno plurales de la magistratura obedece a la primera; la concentración cupular y el verticalismo a la segunda. No en vano la primera es la opción seguida por las democracias europeas de posguerra y la segunda es el modelo del cesarismo napoleónico¹⁶.

El maestro argentino analiza más adelante algunos de los efectos más importantes que tuvo la creación de los tribunales constitucionales y entre ellos resalta que “le restó poder a las cúpulas (particularmente en los países en que al mismo tiempo se impuso el consejo de la magistratura)”¹⁷, a partir de lo cual concluye en que ese proceso coadyuvó al avance “desde los estados de derecho ‘legales’ a los estados de derecho ‘constitucionales’, es decir, estados de derecho cuya jurisprudencia (constitucional y ordinaria) realiza un considerable esfuerzo para dar plena vigencia a los principios constitucionales”¹⁸.

En el caso dominicano, la creación del tribunal constitucional nos coloca en un nuevo escenario jurisdiccional y doctrinal.

Reconociendo esa nueva realidad y animado a enriquecerla buenamente, Hermógenes Acosta se ha adelantado a presentarnos este nuevo libro suyo, *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, uno de los primeros que se publica en torno a esta novedad.

Se trata, como él mismo dice, de un esfuerzo “netamente académico”, que tiene como finalidad la de “justificar y establecer la necesidad del control de constitucionalidad judicial de las normas para garantizar el carácter normativo

16 Op. cit., p. 63.

17 Op. cit., p. 66.

18 Op. cit., pp. 66-67.

y supremo de la Constitución” y de esa forma “intentar contribuir al enriquecimiento de la doctrina nacional”.

Así, actualidad y pertinencia son bondades fundamentales de este libro.

Dividido en dos partes, en la primera, dedicada al estudio del control de la constitucionalidad en el derecho comparado, su autor nos conduce por un largo viaje en torno al origen y desarrollo del control de la constitucionalidad y se detiene en aspectos fundamentales como el controvertido tema de la legitimidad del poder judicial para controlar la constitucionalidad de las leyes; así como en torno al control concentrado de la constitucionalidad, los asuntos relativos al tribunal constitucional a cargo de dicho control, como son su composición, su organización y su competencia; y al control difuso de la constitucionalidad, sus características, ventajas y desventajas; entre otros aspectos relevantes.

Y en la segunda, dedicada al estudio del control de la constitucionalidad en el sistema judicial dominicano “con la finalidad de analizar los elementos particulares que acusa el mismo”, su autor desarrolla una amplia agenda de trabajo que abarca el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos en la República Dominicana, en relación con lo cual aporta un análisis de lo que ha sido el origen y la evolución del control de la constitucionalidad en nuestro país desde el mismo nacimiento de la República en 1844 hasta nuestros días; y más específicamente a lo que han sido el control concentrado y el control difuso de la constitucionalidad en la República Dominicana.

Interesante y revelador resulta el aporte en torno a lo que ha sido la trayectoria histórica del control de la constitucionalidad entre nosotros, la que, según el autor, “puede dividirse en cuatro períodos: el primero comprende desde 1844 hasta 1924, el segundo de 1924 a 1927,

el tercero desde 1927 hasta 1994 y el cuarto del 1994 al 2010. En el primer período estuvo vigente el control difuso, en el segundo el control concentrado, en el tercero el control difuso de nuevo y en el cuarto el modelo mixto o iberoamericano”.

En este último, vigente en la actualidad, cohabitan el control concentrado y el control difuso de la constitucionalidad.

Hermógenes Acosta es abogado y juez -en la actualidad, Presidente de la Cámara de lo Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional-, y en ambas facetas es conocido y reconocido por tres valores fundamentales.

Uno, su honestidad profesional y personal; otro, su dedicación al estudio; y otro su laboriosidad.

Durante su carrera, ha realizado diversos cursos de posgrado, entre los que destacan algunos sobre derecho constitucional, como los que realizara en derecho constitucional y justicia constitucional hispanoamericana en las universidades de Castilla La Mancha y Estatal de Costa Rica.

En esta materia, ha sido, profesor de derecho constitucional en la Escuela Nacional de la Judicatura así como del seminario sobre el debido proceso en el marco de la maestría en derecho constitucional que imparte la Universidad Iberoamericana (UNIBE), ambas reconocidas instituciones académicas dominicanas.

También, ha dedicado esfuerzos intelectuales que han resultado en libros como *Constitucionalización del proceso civil*, publicado por la Escuela Nacional de la Judicatura, y del cual es coautor, *Apuntes sobre derechos fundamentales*, publicado en 2008 por el Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, así como su participación en la obra *La Constitución de la República Dominicana comentada*

por los jueces del Poder Judicial, publicada en 2006. Ha publicado, además, artículos en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, de México.

En fin, que Hermógenes Acosta -jurista, académico y juez; inteligente, trabajador y honesto-, impone su buena índole a la rampante mediocridad y anacrónica anemia ética que afectan al mundo jurídico dominicano y se constituye en uno de esos múltiples exponentes de la nuevas calidades que adornan felizmente a la judicatura nacional.

UNAPEC, que en estos días anda satisfecha, orgullosa y feliz celebrando su cuarenticinco aniversario de auténtico y fructífero compromiso con la educación y con la Nación dominicana, celebra también ocasiones como ésta en la que es partícipe y testigo del mejor y más noble talento dominicano.

Justo Pedro Castellanos Khouri

Rector

Santo Domingo,
agosto de 2010.

PRÓLOGO

La innovación más importante de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010, puede ser para muchos la creación de una jurisdicción constitucional autónoma, con perfiles y poderes propios. Por lo menos tengo para mí que esa y la recepción de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derechos son los aportes angulares del nuevo texto, responsables de cuanto podamos avanzar en el fortalecimiento de la sociedad democrática que marque, por fin, el cierre de la larga transición abierta con la muerte del tirano en el 1961.

Las disposiciones abarcadas bajo el Título VII de la nueva Carta Sustantiva sobre el tema del Control Constitucional constituyen ciertamente una revolución institucional en el país, que lo incorpora por vez primera a su estructura de poderes. La apuesta por la fórmula que ha estado prefiriendo el constitucionalismo latinoamericano moderno, concluye una larga polémica que se inició en la década de los 70 y que, con ocasión de las consultas y debates promovidos a propósito de la propuesta que dio lugar al texto del 2010, se acrecentó de manera significativa.

En efecto, al expresarse la iniciativa presidencial por una reforma de amplio alcance, el tema de la justicia constitucional captó el interés de poderes públicos así como de grupos y representantes sociales. Tres opciones dieron calor a un encendido intercambio de opiniones y propuestas: el mantenimiento del control concentrado a cargo de la Suprema Corte de Justicia, como la estableció la reforma del 1994; la creación de una Sala Constitucional, integrada a la misma Suprema Corte de Justicia y con las mismas características de sus demás salas; y, la creación de un Tribunal Constitucional absolutamente autónomo.

La medida de cuán polémico resultó el tema se expresa en la circunstancia de que la Comisión Redactora del Anteproyecto encargado por el Poder Ejecutivo optó, no sin discutirlo en forma sesuda, profunda y prolongada, por la propuesta que en su momento surgiera de la propia Suprema Corte de Justicia, es decir, la Sala Constitucional. No obstante, e igualmente como consecuencia de otro debate similar, ya en la Asamblea Revisora, ésta terminó aprobando, con la anuencia del Presidente de la República, autor del proyecto, la creación del Tribunal Constitucional.

Lo anterior lo digo para llamar la atención sobre el sentido de oportunidad y alto interés que domina este libro, *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, de Hermógenes Acosta de los Santos, un Juez con carácter de tal, metódico y disciplinado, lo que le permite manejar con cierta mesura su contenido, comunicado con lenguaje sencillo, sin perder rigor ni profundidad.

El Magistrado Acosta de los Santos, si bien no entra a la discusión de las diversas opciones planteadas en el debate dominicano previo a la aprobación de la Constitución del 2010, centra su trabajo en el planteamiento y sus consecuentes justificaciones, que ha dado lugar a la justicia constitucional: la supremacía de la Constitución, en tanto que norma superior del ordenamiento jurídico.

A partir de esa concepción, se dedica a hurgar en los antecedentes históricos de la cuestión, colocándolo, como se sabe, en los orígenes del constitucionalismo moderno, derivado de lo que él llama “las dos grandes revoluciones que se conocen en la humanidad: la americana de 1776 y la francesa de 1789; e igualmente... al fenómeno político y jurídico denominado constitucionalismo, que es un producto de las mismas.”

De ahí en adelante, el autor examina, en el propio origen de la discusión, el aporte de la doctrina norteamericana recogida en *El Federalista* y los alcances de la celeberrima decisión conocida como caso *Marbury vs. Madison*, para continuar en la explicación de los grandes nudos de discusión desde entonces hasta acá, incluyendo, a propósito de lo que él llama el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo democrático, como expresión de la experiencia europea con las deslumbrantes contraposiciones de Carl Schmitt y Hans Kelsen.

En clave de derecho comparado, en este libro se examinan las experiencias precedentes de España, Italia y Costa Rica. Parece que muy cercano, por su formación, a la experiencia del país centroamericano, el autor recoge una abundante referencia a decisiones de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Costa Rica; todo ello para construir un ardoroso discurso en torno al denominado Control concentrado de la constitucionalidad.

El núcleo importante de la obra está destinado, como se anuncia en su título, a escrutar y replantear todos los argumentos de la supremacía de la constitución en el orden normativo. Y es ahí donde estimo que están las contribuciones más importantes en lo que tiene que ver con el impacto que se espera tenga la creación en República Dominicana de un Tribunal Contencioso, a cuyo cargo queda esa modalidad de control, sin abandonar el poder atribuido a cada juez, en forma difusa, de examinar la correspondencia o no con la Constitución, de la ley aplicable a un caso concreto sometido a su juzgamiento.

El estudio de esos fundamentos resulta indispensable para comprender el concepto mismo de justicia constitucional y los alcances de la modalidad adoptada por el constituyente del 2010. Ello habrá de ser determinante para que la instauración de la jurisdicción comentada contribuya de

modo real al fortalecimiento del régimen jurídico. A ese propósito el libro de Hermógenes Acosta de los Santos, *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, sirve de modo magistral.

El resto corresponderá a la voluntad de todos los actores en fortalecer la noción de Estado social y democrático de derecho. Y en eso no debemos tener dudas ni vacilaciones.

César Pina Toribio

PALABRAS PARA ESTE LIBRO

En mi condición de Decano de la facultad de Derecho de la Universidad APEC, me ha tocado hacer la presentación de esta obra. Lo primero que queremos resaltar es que el control de constitucionalidad, tema que se desarrolla en la obra de la autoría del magistrado Hermógenes Acosta de los Santos, fue previsto por los primeros constituyentes dominicanos, es decir, por los redactores de la primera Constitución de la nación dominicana.

Ciertamente, desde hace más de siglo y medio los jueces dominicanos tienen la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas e inaplicarlas cuando sean contrarias a los principios y valores constitucionales. Efectivamente, en el artículo 125 de la primera Constitución dominicana, promulgada el 6 de noviembre de 1844, se consagró el principio de supremacía de la Carta Magna y el de legalidad. Según el indicado texto “Ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conformes a las leyes”.

La precisión de los primeros constituyentes dominicanos es insuperable. De manera clara se estableció el principio de supremacía constitucional y el de legalidad. Lo anterior, unido al hecho de que se prohibió a los jueces aplicar las leyes adjetivas que violaran el primero de los principios constitucionales y las normas infralegales que violaran el segundo de los principios, sentó la base constitucional del control difuso de constitucionalidad que ha estado vigente hasta el día de hoy, con una única y efímera interrupción, durante los años 1924 y 1927.

Desde el año 1994 hasta la fecha el sistema de justicia constitucional dominicano ha experimentado profundos

cambios, en el orden cuantitativo y en el cualitativo. En la reforma constitucional de 1994 se instauró el control concentrado de constitucionalidad, modelo que sólo había estado vigente en el período indicado en el párrafo anterior. Dicha modificación convirtió el sistema en mixto: cohabitación del sistema concentrado de control de constitucionalidad con el control difuso.

Al instaurarse el control concentrado, se abrió la posibilidad de controlar de manera abstracta las normas jurídicas, es decir, en ausencia de litigio. En efecto, según el artículo 67.1 de la anterior Constitución, la Suprema Corte de Justicia quedó facultada para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, a instancia del Presidente de la República, del Presidente de la Cámara de Senadores, del Presidente de la Cámara de Diputados y de cualquier parte interesada.

En torno a la noción de parte interesada la Suprema Corte de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia que no es uniforme. El análisis de la línea jurisprudencia sobre el aspecto indicado tiene una gran relevancia para el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional dominicano, sin embargo, este no es el espacio para realizar dicho análisis. De ahí que nos limitamos a indicar que originalmente la noción de “parte interesada” fue interpretada de manera restrictiva, luego de manera extensiva y finalmente la Suprema Corte de Justicia adoptó una interpretación intermedia: ni restrictiva ni extensiva.

En la última reforma constitucional: 26 de enero del 2010, el sistema de justicia constitucional siguió siendo mixto, pero experimentó profundos cambios en aspectos de igual o mayor importancia. Los cambios más relevantes de esta reforma están relacionados con el órgano competente para conocer del control de constitucionalidad por la vía directa o

de manera abstracta, la legitimación para accionar y en lo concerniente al objeto del control de constitucionalidad.

La competencia para conocer del control de constitucionalidad por la vía directa o abstracta fue transferida de la Suprema Corte de Justicia al Tribunal Constitucional. En efecto, conforme al artículo 184 de la Constitución vigente se crea un Tribunal Constitucional, integrado por trece miembros, elegidos por 9 años. Una tercera parte de los integrantes se renovará cada tres años. El mecanismo de renovación previsto por el Constituyente tiene como finalidad garantizar que entre los jueces del Tribunal Constitucional siempre haya una parte que cuente con experiencia... Trátase, en consecuencia, de un mecanismo positivo para la administración de la justicia constitucional.

El Tribunal Constitucional no sólo conocerá de las acciones en inconstitucionalidad, sino también de los conflictos entre poderes públicos, del control preventivo de los tratados internacionales y de cualquier otra materia que le sea atribuida mediante ley. En torno al control preventivo de los tratados internacionales hay que resaltar que el mismo tiene una gran importancia, en la medida que permite resolver, oportunamente y sin crear trastorno en las relaciones internacionales, cualquier dificultad de orden Constitucional que surja en la materia.

En lo concerniente a la legitimación se produjeron cambios sustanciales. La legitimación de los presidentes de las cámaras del congreso fue transferida a una tercera parte de los miembros de una cualquiera de dichas cámaras. Con esta innovación el constituyente dominicano siguió la corriente constitucionalista más avanzada y democrática. Cabe observar, sin embargo, que el requisito de una tercera parte convierte la legitimación en ilusoria. No puede perderse de vista que la finalidad del reconocimiento de legitimación a

grupos de legisladores es, esencialmente, crear un mecanismo que permita a las minorías representadas en el Congreso hacerles frente a los actos que sean aprobados por los grupos mayoritarios al margen de los principios y valores constitucionales. Actualmente, y talvez durante muchos años, sólo dos partidos políticos tienen una representación congresual igual o superior a una tercera parte de la matrícula de cada una de las cámaras.

No menos importante, aunque negativa y regresiva, es la innovación relativa a la legitimación de los ciudadanos. En la Constitución anterior podía accionar en inconstitucionalidad “cualquier parte interesada”, noción que fue concebida por el constituyente, según consta en las actas instrumentadas en ocasión de la reforma constitucional del año 1994, como un mecanismo para que los ciudadanos pudieran atacar de inconstitucional las normas jurídicas que lesionaran un derecho individual. En la actual Constitución la intención del constituyente de restringir la legitimación de los ciudadanos a los casos en que la norma jurídica sea violatoria de un derecho fundamental o de una libertad individual resulta más evidente, ya que sustituyó la noción de “parte interesada” por la de “cualquier persona que con interés legítimo y jurídicamente protegido.” Obviamente que corresponderá al Tribunal Constitucional, o a la Suprema Corte de Justicia hasta que entre en funcionamiento dicho tribunal, interpretar conforme a los valores y principios constitucionales la noción “cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido.”

El objeto del control de constitucionalidad experimentó cambios significativos, ya que el constituyente no sólo se refiere a la ley sino a los decretos, resoluciones y reglamentos. Lo anterior evitará la discusión que se generó durante la vigencia de la anterior Constitución, en torno a la noción ley,

que fue la única que se indicó como objeto del control de constitucionalidad.

Hechas las consideraciones generales que preceden, dedicaré los párrafos que siguen al autor y a la obra misma.

Conozco al magistrado Hermógenes Acosta de los Santos desde hace más de dos décadas y puedo dar testimonio de que ha consagrado su vida al derecho: desde el ejercicio privado de la profesión de abogado, desde la cátedra universitaria y desde la magistratura. La experiencia acumulada y la labor investigativa realizada durante años es lo que ha hecho posible la obra que nos ocupa.

Cabe resaltar que de la lectura de la obra se advierte que el autor realizó una investigación exhaustiva de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, lo que le ha permitido abordar con profundidad y objetividad los aspectos más controversiales e importantes vinculados al control de constitucionalidad.

El minucioso estudio del derecho comparado que se hace en la primera parte del libro, nos provee los elementos necesarios para entender el sistema de justicia constitucional dominicano. En torno a la justiticia constitucional dominicana el lector tendrá la oportunidad de conocer su evolución desde su origen en la Constitución de 1844 hasta la actual Constitución.

De manera que estamos en presencia de un aporte doctrinal valioso y necesario para poder comprender el nuevo modelo de justicia constitucional que se viene implementando desde el 26 de enero del año 2010.

Termino esta presentación felicitando al magistrado Hermógenes Acosta de los Santos por el importante aporte que hace a la comunidad jurídica y exhortando a los interesados en el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional a leer esta obra que se pone en circulación.

Alejandro A. Moscoso Segarra

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente las Constituciones sólo tenían relevancia en su parte orgánica; mientras que el catálogo de derechos fundamentales previstos en las mismas no era más que un conjunto de declaraciones, sin valor jurídico, carente de fuerza vinculante y que, en consecuencia, no podía exigirse ante los tribunales. De manera que la parte dogmática, la referida a los derechos fundamentales, careció por mucho tiempo de valor real. Por la razón anterior, la Constitución fue considerada como un documento político y no como una norma jurídica.

Dado el hecho de que la Constitución no era considerada como derecho auténtico, durante mucho tiempo se impuso la soberanía de la Ley. Dicha situación fue superada en Estados Unidos de América desde el año 1803, con la famosa sentencia *Marbury vs. Madison*, dictada por el juez Marshall y que es considerado el fallo más importante del constitucionalismo.

En síntesis, en dicha sentencia se consagra la tesis elaborada y defendida por los federalistas, cuando difundían en el pueblo el contenido de la primera Constitución. Dicha tesis se puede resumir de la manera siguiente: en caso de conflicto entre la Constitución y la ley el juez debe optar por la aplicación de la primera, ya que de lo contrario la Constitución no sería más que un intento del pueblo por limitar lo ilimitable. Es decir, si la Constitución no se coloca jerárquicamente por encima de la ley adjetiva, ella sería disponible para el poder legislativo y, en consecuencia, dicho poder constituido carecería de límites y nadie sobre la tierra podría cuestionar sus decisiones.

Distinta fue la situación en Europa continental, donde la soberanía parlamentaria se impuso frente a la soberanía

popular y la Constitución no fue vista como una norma jurídica y suprema, sino hasta la época de entreguerras y, de manera más concreta y definitiva, hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Tal situación tiene varias causas, destacándose entre ellas el peso y la incidencia política de la monarquía y del viejo régimen.

En este trabajo lo que se pretende es justificar y establecer la necesidad del control de constitucionalidad judicial de las normas para garantizar el carácter normativo y supremo de la Constitución. Una cuestión que, aunque parece tan obvia y evidente, no deja de ser polémica en la actualidad, a pesar de que la decisión del juez Marshall tiene más de 200 años de haber sido dictada.

En efecto, la vieja polémica de Carl Schmitt con Hans Kelsen, aunque con matices modernos, subyace en la actualidad. Y las fricciones y los choques entre los poderes políticos forma parte intrínseca del sistema democrático. La realidad anterior se manifiesta en el momento en que se pretende ejecutar una sentencia del Tribunal Constitucional o en la composición de los órganos encargados de elegir a los integrantes de dicho Tribunal.

Para el logro de los objetivos expuestos en los párrafos anteriores, hemos estructurado la investigación en dos partes. En la primera parte abordamos el tema de manera general y a partir de la óptica del derecho comparado; mientras que en la segunda parte, abordamos el objeto de la investigación de manera concreta y referida al sistema de justicia constitucional vigente en la República Dominicana.

PRIMERA PARTE
**El control de constitucionalidad en el derecho
comparado**

Capítulo I

La Constitución: norma superior del ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico está integrado por un conjunto de normas obligatorias, organizada jerárquicamente. En todo Estado de derecho la Constitución ocupa la más alta posición.

Históricamente se ha aceptado el carácter supremo de la Constitución, y generalmente la misma Constitución consagra dicho principio. Sin embargo, también es cierto que históricamente ha constituido un problema muy complejo lo concerniente al establecimiento de los mecanismos que garanticen la supremacía constitucional.

En lo que respecta al reconocimiento del valor normativo y vinculante de la Constitución, el mismo ha estado estrechamente relacionado con las dos grandes revoluciones que se conocen en la humanidad: la americana de 1776 y la francesa de 1789; e igualmente está relacionado al fenómeno político y jurídico denominado constitucionalismo, que es un producto de las mismas. Sin embargo, y no obstante lo anterior, el valor normativo de la Constitución se impone en la práctica, en el caso norteamericano, a partir de 1803, con el famoso fallo “Marbury vs. Madison” y en Europa continental, en los años de entre guerras, es decir, más de un siglo después de haberse consagrado teóricamente.

De lo anterior se desprende que durante todo el tiempo en que el valor normativo de la Constitución se mantuvo en el plano teórico, la misma no fue más que un proyecto político en el cual se organizaba la estructura estatal y se consagraba un catálogo de derechos sin valor ni eficacia real.

En los párrafos que siguen nos referiremos al valor normativo y supremo de la Constitución, como marco teórico de lo que constituye el tema central de este trabajo, que

es el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, mecanismo previsto para garantizar la supremacía de la Constitución.

A) Reconocimiento del valor normativo y supremo de la Constitución

El reconocimiento del valor normativo y supremo de la Constitución fue logrado en los Estados Unidos de Norteamérica sin mayores traumas y relativamente fácil, otra muy distinta fue la situación en los países de Europa Continental, donde se hizo realidad después de muchas vicisitudes y de agotar un proceso tortuoso y complicado.

1. Las vicisitudes de la Constitución en Europa: Tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo democrático

El reconocimiento del carácter normativo de la Constitución fue el resultado de un proceso histórico. En efecto, históricamente hemos conocido dos modalidades de constitucionalismo: el monárquico liberal del siglo XIX y el democrático del siglo XX.

El primero de los constitucionalismos surge con la Constitución revolucionaria de 1791 y la española de 1832. Estas Constituciones tuvieron una enorme importancia, porque aunque no fueron operativas y no consagraban un ordenamiento del Estado, significaron una ruptura con el viejo régimen y se proyectaron como un ideal de organización política durante mucho tiempo¹.

Sin embargo, las mencionadas constituciones no se aplicaron en la práctica, ya que, como nos dice PÉREZ

¹ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 10ma. edic., revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p.104.

ROYO², a lo largo del siglo XIX se impuso un modelo distinto: el de la reacción frente al modelo revolucionario, para lo cual se tomó como punto de partida la experiencia de una Constitución no escrita, la inglesa consuetudinaria. El denominado modelo constitucional inglés se distinguió por la supremacía o soberanía parlamentaria y, además, como consecuencia de lo anterior, por el imperio de la ley.

Esta situación tuvo como resultado, según GARCÍA DE ENTERRÍA³, la pérdida en Europa occidental, con algunas excepciones, del sentido genuino de la Constitución durante casi todo el siglo XIX. La teoría jurídica, según el mismo autor, reflejó tal hecho. Y finalmente sostiene que: “La Constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinado. En consecuencia directa, deja de ser también una norma invocable ante los tribunales y va a pasar a teorizarse, simplemente, como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento.”⁴

La situación expuesta anteriormente es lo que explica que durante todo el siglo XIX no fuera posible en Europa que la Constitución tuviera fuerza normativa. Se partía de la tesis de que si el Parlamento era soberano la Constitución no lo vinculaba, no tenía eficacia frente a él, lo cual dejaba abierta la posibilidad de que se dictaran normas adjetivas violatorias de la Constitución. En otras palabras, el Parlamento tenía la facultad de disponer de la Constitución

Pero no sólo el dogma de la soberanía parlamentaria impedía que la Constitución tuviera valor normativo, sino también que en los textos constitucionales neoliberales no se consagraba una verdadera igualdad. En este orden, PÉREZ ROYO⁵ sostiene que en la Constitución se establecía una

2 Ibíd.

3 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma*, p. 42.

4 Ibíd.

5 Javier Pérez Royo, ob. cit., p. 107.

igualdad en la teórica y una desigualdad en la práctica, en razón de que como consecuencia de la implementación de la institución del sufragio censitario la mayoría quedaba excluida de la participación política.

Ciertamente, la Constitución no puede tener fuerza normativa en una sociedad no igualitaria, porque la característica esencial de la norma jurídica es la generalidad. Como consecuencia de lo anterior, la regla social que sólo existe para una parte de la población no puede ser norma jurídica.

Por otra parte, para que la Constitución adquiriera fuerza normativa se requería una mutación del titular de la soberanía. En este orden, durante el período estudiado en los párrafos anteriores, la soberanía recaía en el Parlamento, lo que le permitía a este órgano disponer de la Constitución, modificándola cuando lo considerara conveniente y sin necesidad de agotar un procedimiento especial.

Cuando la titularidad de la soberanía se transfiere al pueblo, queda abierta la posibilidad de que la Constitución adquiera fuerza de norma y los poderes públicos quedan reducidos a simples mandatarios o representantes.

En Europa, aunque no así en los Estados Unidos de América⁶, el tema relativo a la titularidad de la soberanía se discutió desde el siglo XIX, debido a que tanto fuerzas de derecha como de izquierda se resistieron a aceptar el carácter normativo de la Constitución. Ante tal condición subjetiva no existía posibilidad de que la soberanía recayera sobre el pueblo.⁷

⁶ En los Estados Unidos de Norteamérica, el tema de la titularidad de la soberanía no fue objeto de discusión, porque desde la Constitución de 1787, tanto teóricamente como en la práctica se dio por supuesto que el Estado es soberano y que la soberanía reside en el pueblo, lo cual se explica en el hecho de que en dicho país se partió de cero, no hubo que superar la resistencia de una forma política de vigencia secular como ocurrió en Europa con la Monarquía absoluta. Véase en este sentido Javier Pérez Royo, ob. cit., p.184.

⁷ Tanto la derecha como la izquierda europea se resistieron a admitir el carácter

Con el cambio de titularidad de la soberanía desde el Parlamento hacia el pueblo, entra en escena el denominado constitucionalismo democrático, que supone la superación del constitucionalismo liberal del siglo XIX. Este fenómeno surge con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, momento a partir del cual prevalece la Constitución racional material. En efecto, en todas las Constituciones aprobadas a partir de 1917 el titular de la soberanía es el pueblo.⁸

Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, entre la Constitución Liberal y la Democrática existen importantes diferencias cualitativas. Dichas diferencias la sintetiza PÉREZ ROYO en los términos siguientes:

“La Constitución es norma jurídica y no simple documento político. El mundo del derecho empieza en la Constitución y no en la ley. Por eso, lo que caracteriza a la Constitución del siglo XX frente a la Constitución del siglo XIX, son las garantías constitucionales, es decir, las garantías de la soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria, la garantía de la Constitución frente a la Ley. Mientras que la Constitución del siglo XIX es una Constitución flexible, en la que no existen límites jurídicos para el legislador y en la que, en consecuencia, no se puede plantear el control de constitucionalidad de la ley, la Constitución del siglo XX va a ser una Constitución rígida, únicamente reformable a través de un procedimiento distinto del legislativo ordinario y considerablemente agravado con

normativo de la Constitución. En efecto, en lo que concierne a la derecha, los embates provienen de las Monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el Continente por los ejércitos de Napoleón. Dichas monarquías recogen de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, algunos de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a hacer simples retóricas. De parte de la izquierda sufre los embates del de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo en que esta desemboca. Se intenta reducir la Constitución a un simple enmascaramiento del poder real, tal corriente se inicia con el famoso discurso berlinés de 1862 de FERDINAND LASALLE, la Constitución escrita sería una “Mera hoja de papel” y lo que cuenta es la “Constitución real y efectiva”. Tanto Marx como los marxistas posteriores insistirán en esta posición. Véase a Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma.*, pp.41 - 42.

8 Véase Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, pp. 106-107.

respecto a éste, con base a lo que se va a ir afirmando progresivamente el control de la constitucionalidad de los actos del legislativo.”⁹

En igual sentido se pronuncia LÓPEZ GUERRA¹⁰, quien sostiene que: “... afirmar que la Constitución tiene naturaleza normativa, que es en suma norma jurídica, no significa otra cosa que considerarla una norma susceptible de aplicación por parte de los poderes públicos encargados de la aplicación del derecho y en particular por los tribunales. Significa, pues, que la Constitución es auténtico derecho integrado en el ordenamiento jurídico y que ha de ser aplicado como tal según su propio contenido y carácter de cada uno de sus preceptos, y no una serie de principios meramente programáticos que no vinculan a los sujetos y órganos encargados de velar por el cumplimiento del orden jurídico.”

Actualmente, el tema del carácter normativo de la Constitución es generalmente admitido, hasta el punto de que no forma parte del debate del constitucionalismo moderno. Sin embargo, oportuno es destacar que el reconocimiento de dicha característica fue la consecuencia de un proceso no lineal ni fácil, que según PEREZ ROYO¹¹, ha avanzado “...de manera imparable desde final de la Segunda Guerra Mundial, habiéndose alcanzado ya lo que se podría calificar de punto de no retorno.”

Ciertamente, en la actualidad nadie discute que la Constitución pueda ser invocada ante los tribunales ordinarios a propósito de situaciones concretas, en algunos casos para fundamentar la solución del conflicto en un texto específico de la Constitución y en otros casos para interpretar y aplicar el derecho común conforme a los principios y valores consagrados

9 Ob. cit., p. 107.

10 Luis López Guerra, [et al.], *Derecho Constitucional*, 6ta. edic., 2 tomos, Valencia: Tirant Lo Blanch, tomo I, 2003, p. 41.

11 Javier Pérez Royo, ob. cit., p. 107.

en ella. Igualmente, tampoco es motivo de discusión, salvo el caso particular de los denominados derechos de segunda generación, la exigibilidad de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, al margen de que exista o no una ley que lo desarrolle.¹² En definitiva, el carácter normativo de la Constitución es generalmente admitido.

2. Asimilación inmediata del valor normativo de la Constitución en los Estados Unidos

En los Estados Unidos de Norteamérica, contrario a lo que ocurrió en Europa -y en ocasión de la asimilación y puesta en práctica del carácter vinculante y supremo de la Constitución- no tuvieron que enfrentarse a lo que GARCÍA DE ENTERRÍA¹³ denomina como "...la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalencia del "principio monárquico" como fuente formal -exclusiva o participante- de la Constitución, que implica reducir a ésta a un simple Código formal de los poderes del Estado, sin otra trascendencia general."

Pero si bien es cierto que la realidad política que imperaba en los Estados Unidos favoreció enormemente la imposición del valor normativo y vinculante de la Constitución, no debemos menospreciar la labor realizada por la doctrina, en particular por los federalistas, quienes publicaron una serie de trabajos en el libro que lleva el mismo nombre. Igualmente, tampoco debe desdeñarse la creatividad y valentía de los tribunales de ese país y, en especial, el de la Corte Suprema.

12 A propósito de la exigibilidad de los derechos consagrados en la Constitución, actualmente existe un amplio debate en torno a los derechos de segunda generación, es decir, los derechos sociales y económicos los cuales aparecen en las Constituciones democráticas, y es la primera de ellas la de Querétaro de 1917. En el caso europeo, las normas en las cuales se consagran los indicados derechos, generalmente se consideran como programáticas. Otra es la situación en el continente americano, ya que en algunos casos, como el de Costa Rica, dichos derechos son exigibles ante los tribunales y específicamente vía el amparo, ante la Sala Constitucional. En el caso de los demás países de la región cada día son más los tribunales que admiten la exigibilidad de los mismos.

13 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma*, p. 55.

En los párrafos que siguen me referiré a los aportes hechos por ambos sectores: la doctrina y la justicia norteamericana.

a) El aporte de la doctrina norteamericana: El federalista

Con el nombre de “El Federalista”, se conoce el famoso libro de la autoría de A. HALMITON, J. MADISON Y JUAN JAY, en el que se recogen los artículos publicados en tres periódicos de la ciudad de Nueva York, mediante los cuales los indicados autores se propusieron dar a conocer las soluciones consagradas en la nueva Constitución y a popularizar la misma.

De todos los artículos publicados el más relevante para nuestros fines es el número LXXVIII, escrito por HALMITON y dedicado a analizar el “departamento judicial del gobierno propuesto”.

En dicho artículo HALMITON afirma de manera categórica que: “La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado así como de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia debe preferirse como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior, en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”.¹⁴

Del contenido del párrafo transcrito se desprende una evidente defensa tanto del valor normativo de la Constitución como del carácter supremo. En efecto, cuando el autor califica a la Constitución como una ley que debe ser interpretada por los jueces no hace otra cosa que reconocer el valor normativo

14 A. Halmiton [et al.], *El Federalista*, No. LXXVIII, p. 332.

de la Constitución, mientras que cuando invita a los jueces a que, ante una contradicción entre la Constitución y otra norma del sistema, apliquen la primera, está reconociendo el carácter supremo de la misma.

Cabe resaltar, además, aunque es un aspecto que no corresponde desarrollar en esta parte del trabajo, que HALMITON no sólo afirma que la Constitución es una norma jurídica superior, sino que, además, dejó claramente establecido que corresponde al poder judicial controlar la constitucionalidad de las leyes y con ello interpretar la Constitución y defender su supremacía. Tal aporte teórico es muy significativo, si tomamos en cuenta la época en que se hizo y que, además, como veremos más adelante, la indicada tesis fue defendida posteriormente por KELSEN frente a SCHMITT y aún en la actualidad no constituye un tema pacífico.

b) El aporte de la jurisprudencia: caso Marbury vs. Madison

En relación a esta sentencia, lo primero que debemos establecer es que no es la primera en la cual se impone el carácter normativo y supremo de la Constitución y se estrena el mecanismo del judicial review. En efecto, según lo afirma SCHWRTZ, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁵, entre la Revolución y la mencionada sentencia fueron declaradas inconstitucional al menos 20 leyes estatales. No obstante, la indicada decisión debe su fama, por una parte, al hecho de que en ella aparece un desarrollo más acabado y completo del valor supremo de la Constitución y de la facultad del poder judicial para controlar la constitucionalidad de las leyes y, por otra parte, al hecho de que fue la primera decisión mediante la cual se declara inconstitucional una ley federal.

15 Eduardo García de Enterría, ob. cit., p. 55.

Hecha la observación anterior procedemos a analizar la sentencia de referencia. Como sabemos, la misma fue dictada en 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en relación a la acción interpuesta por Marbury contra Madison y conforme a la cual el primero exigía al indicado tribunal que dictara un mandamus, tendiente a obligar a Madison, secretario de justicia para la época, a que hiciera efectivo su nombramiento como juez de paz, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 de la ley que organizaba el poder judicial para la época.

Luego de examinar la petición formulada por MARBURY, la Corte Suprema reconoció que el reclamante había adquirido el derecho a ser juez de paz desde el momento en que fue nombrado por el presidente de la república y que el secretario de justicia cuestionado tenía la obligación de proceder a la juramentación. Sin embargo, se abstuvo de dictar la orden requerida, porque la ley federal que servía de fundamento era inconstitucional.

La inconstitucionalidad consistía en que, mientras la ley de referencia facultaba a la Corte Suprema de Justicia a dictar mandamus en caso como el de la especie, actuando en única y última instancia, en la Constitución se establecía que dicho mandamus sólo podía ser dictado por la Corte Suprema en atribuciones de Corte de Apelación, lo cual implicaba que el caso debía ser conocido primero por un tribunal inferior, requisito que no fue satisfecho en la especie.

Como se observa, aunque la Corte Suprema reconoció que MARBURY tenía derecho a ser juramentado como juez, este no lo logró, por cuestiones procesales y particularmente de organización de la estructura judicial.

Sin embargo, lo anterior no ha impedido que la sentencia de referencia se haya constituido en un clásico del constitucionalismo norteamericano y que haya servido de referencia para otros sistemas, en particular para los

de los demás países del continente. Trascendencia que se explica en el valioso contenido de sus motivaciones, hasta tal punto que JORGE PRATS¹⁶ afirma que: "...el valor de la sentencia en *Marbury vs. Madison* reside en la motivación y no en el dispositivo...". Afirmación que compartimos, sin dejar de reconocer que entre la motivación y el dispositivo de la sentencia de referencia existe una correcta y adecuada coherencia y que para los fines pedagógicos y académicos lo relevante es siempre el razonamiento que hacen los jueces.

Ciertamente, los motivos dados por la Corte Suprema tienen una enorme relevancia, en la medida, particularmente, de que la pretensión de *MARBURY* no es acogida en aplicación, precisamente, del principio de supremacía de la Constitución, el cual hizo valer por primera vez en relación a una ley de carácter federal, como la que servía de fundamento al reclamante.

El aporte hecho por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana es de tanta trascendencia que GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁷ afirma que la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de ésta, valor superior judicialmente tutelado "es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió".

Sin embargo, el citado autor aclara que la afirmación anterior amerita dos importantes precisiones: la primera consiste en que la idea de superioridad de la Constitución estuvo presente en el sistema inglés, específicamente en la idea de un *fundamental law*, lo cual se desprende del estudio de algunas decisiones hechas por *GOUGH*, como las dictadas por el famoso juez *COKE* -así la famosa *BONHAM'S*

16 Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, 2da. edic., 2 tomos, Santo Domingo, República Dominicana, Gaceta Judicial, t. I, 2005, p. 286.

17 Eduardo García de Enterría, *ob. cit.*, pp. 50-51.

case de 1610-; igualmente de las ideas de LOCKE; aunque, finalmente se impuso en el siglo XVIII el principio de la supremacía o soberanía parlamentaria y su correlativo de la inmunidad judicial de las Leyes tal y como BLACKSTONE lo expuso con autoridad antes de la Revolución americana, “doctrina que ha durado en Inglaterra hasta hoy”.

La otra precisión es que el carácter supremo de la Constitución no lo inventa el constitucionalismo americano, sino que más bien el mérito está en que establecieron, vía el mecanismo del *judicial review* o facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes contrarias a la Constitución, una eficiente defensa de la Constitución, frente a las amenazas de los poderes públicos y, en particular, del poder legislativo.

Suscribimos en su totalidad las observaciones hechas por GARCÍA DE ENTERRÍA, en el entendido de que ni la doctrina ni la jurisprudencia norteamericana inventó el carácter supremo de la Constitución, más bien el mérito radica en crear el mecanismo del *judicial review*, mecanismo que el tiempo se ha encargado de legitimar como una vía idónea para impedir que los poderes constituidos y derivados puedan disponer de los valores, principios y derechos previstos en la Constitución por el depositario de la voluntad del pueblo. El constituyente original.

B) Positivación del valor normativo y superior de la Constitución

La mayoría de las Constituciones consagran tanto el valor normativo como el valor supremo de la Constitución. En algunos casos dicha consagración es expresa y en otros casos puede derivarse a partir de la interpretación de uno o de varios textos constitucionales. En los párrafos que siguen nos referiremos a algunas de las Constituciones que consagran los principios objeto de estudio.

3. Consagración expresa del valor normativo y supremo de la Constitución

Una de las Constituciones en que aparece de manera expresa el principio de la supremacía de la Constitución es la de los Estados Unidos de América. En efecto, en el artículo VI, Sección 2 de la Constitución de 1787, aparece la cláusula básica que proclama a esta Constitución como *the supreme law of the land*.¹⁸

Igualmente, en la primera de las enmiendas a la Constitución de 1787, realizada en el primer congreso celebrado en 1789, se establece un límite al poder legislativo: “El Congreso no podrá hacer ninguna Ley que tenga por objeto hacer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa o el derecho de reunirse pacíficamente y de presentar peticiones al Gobierno”.¹⁹

En esta enmienda el principio aparece de manera implícita, en la medida de que las prohibiciones impuestas al congreso tienen como finalidad garantizar los valores, principio y derechos previstos en la Constitución, prohibición que sólo puede basarse en la superioridad de ésta en relación a las demás normas del ordenamiento jurídico.

En el sistema jurídico dominicano también aparece de manera expresa el principio de supremacía de la Constitución. En el artículo 6 de la Constitución recientemente promulgada se consagra: “Todas las personas y los órganos están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución.”

18 Tomado de Eduardo García de Enterría, ob.cit., p. 54.

19 Tomado de Eduardo García de Enterría, ibíd.

Es importante destacar, que en el indicado artículo 6 se consagra de manera expresa que todos los órganos y las personas que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución. Ello implica que la validez jurídica de los actos emanados de las personas y órganos que ejercen funciones públicas está condicionada a su conformidad con los principios y los valores constitucionales. Las Constituciones anteriores no consagraban este aspecto, de manera que estamos en presencia de una novedad relevante. Otro caso de consagración expresa del valor normativo y supremo de la Constitución, aparece en el artículo 4 de la Carta Magna colombiana. En dicho texto se establece que: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Más claro no podía ser establecido. En efecto, desde que el constituyente indica que la Constitución es “norma de normas”, nadie puede dudar del carácter normativo de la misma y, de igual forma, el carácter supremo queda consagrado de manera expresa, cuando el constituyente colombiano ordena que se aplique la Constitución en caso de que una ley o cualquier norma jurídica le sea contraria.

4. Consagración implícita del valor normativo y supremo de la Constitución

En la Constitución política de Costa Rica el principio de supremacía de la Constitución se deriva, según lo establece HERNÁNDEZ VALLE²⁰, del artículo 10 de la misma, texto según el cual: “Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público...”

²⁰ Rubén Hernández Valle, *Constitución Política de la República de Costa Rica*, San José Costa Rica: Editorial Juriscentro, 1998, p. 39.

En efecto, si el referido texto faculta a un órgano a declarar inconstitucional una norma jurídica, lo que equivale a anularla y sacarla del sistema, por el hecho de no ser conforme con la Constitución es porque se considera que esta última ocupa la más alta posición jerárquica dentro del ordenamiento jurídico.

Pero no sólo es la doctrina la que llega a esta obvia conclusión, sino también la Sala Constitucional de ese país. En efecto, mediante la sentencia 139-94 dicho tribunal estableció que: “El objeto de la Jurisdicción Constitucional es la de garantizar la supremacía de las normas y principios de la Constitución, especialmente de la libertad y derechos humanos en ella consagrados y hacerla exigible en sí misma con rango preferente sobre todas las demás.”²¹

21 Rubén Hernández Valle, *ibid.*

CAPÍTULO II

Cuestionamiento de la legitimidad del poder judicial para controlar la constitucionalidad de las leyes

Capítulo II

Cuestionamiento de la legitimidad del poder judicial para controlar la constitucionalidad de las leyes

El control de constitucionalidad de los actos de los demás poderes siempre ha generado conflictos, porque, sin dudas, supone una evidente limitación del poder.

En los párrafos que siguen estudiaremos los orígenes de esta cuestión, así como el debate clásico y contemporáneo en torno a la misma.

A) Orígenes de la controversia

La posibilidad de controlar la constitucionalidad de los actos emanados del poder legislativo y del poder ejecutivo a través de la jurisdicción ha generado un debate trascendente que tiene muchos años y que actualmente mantiene vigencia. Cabe, no obstante, aclarar desde ahora que más que cuestionar la institución del control de constitucionalidad, más bien lo que se cuestiona es que sea el poder judicial quien cumpla con dicho rol.

En los párrafos que siguen nos referiremos al origen histórico de la cuestión e igualmente, analizaremos los argumentos que una parte de la doctrina invoca para descalificar a la jurisdicción como defensora de la supremacía de la Constitución.

5. Separación de poderes y control de constitucionalidad

El origen de la negativa a aceptar que los jueces controlen la constitucionalidad de las leyes se encuentra en la Revolución Francesa, que al surgir como una reacción frente a una monarquía absoluta que concentraba y controlaba todas las funciones estatales, entendió que la separación de poderes

era el mejor mecanismo para evitar los inconvenientes y trastornos propios del viejo régimen (ancién regimen). Principio que se mantiene en la actualidad, pero no con la rigidez de la época.²²

Basado en el principio de la separación de los poderes, dice ZAFFARONI, “los revolucionarios afirmaban que el judicial no podía declarar la inconstitucionalidad de las leyes, porque sería una intromisión del judicial en el legislativo.”²³ Vinculado a la idea anterior se encuentra la creación en la Constitución de 1791 de la Corte de Casación, (...) cuya función, cuasi-legislativa, era la “de quebrar las sentencias que se apartaban de la voluntad del legislador”.²⁴

Todo lo anterior partía del criterio, hoy superado, de que la función del juez no era intelectual sino mecánica, y que en esa medida debía limitarse a reproducir la clara voluntad del legislador. Esto que fue considerado como una verdad indiscutible, la realidad se ha encargado de desmentirla, en la medida de que aún en los casos de un texto legal claro y específico, no es posible prescindir de la labor creadora del juez. La interpretación judicial, labor principal y esencial del juez, no puede realizarse sin creatividad. Toda norma jurídica requiere, para ser aplicada, que el interprete le de contenido a partir del mandato del legislador y del caso particular a que se aplica.

Al amparo del principio de la rígida separación de poderes, hija de la Revolución Francesa, el poder judicial fue disminuido de manera muy significativa, tal disminución se desprende de las palabras de ZAFFARONI²⁵, quien entiende

22 En el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1791, se establece que ninguna sociedad tiene Constitución mientras no asegure la garantía de los derechos y la separación de los poderes.

23 Raúl Eugenio Zaffaroni, *Estructuras Judiciales*, Santo Domingo, República Dominicana: Comisionado para la Reforma y Modernización del Estado, Sector Justicia, 2007, p. 23.

24 Raúl Eugenio Saffaroni, *ibid.*

25 *Ibid.*

que no sólo se rechazaba el control judicial del legislativo, sino que también se creaba un control legislativo sobre el judicial.

Pero, qué es lo que explica la actitud de desconfianza de los principales actores de la Revolución Francesa frente al poder judicial y a los jueces; dicha actitud se explica en el surgimiento de una nueva clase de poder, la burguesía, quién, al mismo tiempo, tenía la necesidad de afianzarse y garantizar que el viejo régimen desplazado no tuviera la posibilidad de recomponerse, o como nos dice ZAFFARRONI²⁶ “...semillante radicalización respondía al establecimiento de una hegemonía de clase frente a la nobleza desplazada, pero que seguía constituyendo una amenaza y que podía recuperar el poder. La Constitución francesa de 1791 fue la carta de una clase que procuraba asegurar su recién obtenida hegemonía política frente a la amenaza de la clase desplazada, que conservaba cierto poder.”

La concepción imperante en los ideólogos de la Revolución francesa, en torno al control de constitucionalidad, actualmente no ha sido superada del todo, toda vez que prevalece la idea de que se trata de una función política y no judicial. Lo anterior es lo que explica que en Europa continental dicho control esté a cargo de un órgano colocado fuera del poder judicial. Dicho órgano se denomina Tribunal Constitucional, salvo en el caso de Francia, país en el cual se le denomina Consejo Constitucional.

Una situación muy distinta fue la que se presentó en los Estados Unidos de Norteamérica, país que surgió de lo que fueron las trece colonias de la Corona inglesa. En esta experiencia no existía el temor del surgimiento del viejo régimen, lo cual le permitió reconocerle al poder judicial, sin mayores inconvenientes, la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes.

26 Ibid.

En dicho país, la mejor doctrina entendió, desde el origen mismo del nuevo Estado, que el poder judicial era el garante de la eficacia de los límites y de los derechos consagrados en la Constitución. En efecto, según HAMILTON²⁷ “...los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad”.

Las ideas de HALMITON fueron asimiladas y llevada a la práctica por los jueces norteamericanos, en especial por los de la Corte Suprema, fruto de lo cual existe lo que conocemos hoy como el “judicial review”, modalidad de control de constitucionalidad de las leyes que ha sido adoptado por todos los países del continente con la única excepción de Costa Rica, donde en la actualidad rige un sistema de control concentrado. En otra parte de este trabajo volveremos sobre este tema.

6. El debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen

El primer debate relevante en torno a la legitimidad del poder judicial para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas, se desarrolló entre CARL SCHMITT y HANS KELSEN. El primero publicó en Berlín, 1931, el libro titulado “La Defensa de la Constitución,” en el que sostiene que es el Jefe del Estado y no los jueces, quien debe defender la Constitución. Mientras que el segundo respondió a dicha tesis, en el libro titulado “Quién debe ser el defensor de la Constitución”, obra publicada también en Berlín en el mismo año 1931.

Aún cuando es de conocimiento general que todo el esfuerzo intelectual desplegado por SCHMITT estuvo deliberadamente orientado a justificar la ideología social

27 A. Halmiton, ob. cit., p. 332.

nacionalista y fascista impulsada por ADOLFO HITLER, no deja de tener importancia el análisis de su doctrina, por varias razones, y, en particular, porque en la actualidad, aunque con otros argumentos, importantes autores niegan legitimidad al poder judicial para ejercer el control de constitucionalidad y, además, porque algunas de las fallas imputadas a la justicia constitucional son válidas y aún no han sido superadas.

La tesis de SCHMITT puede sintetizarse de la siguiente manera: a) el autor hace un extraordinario esfuerzo para resaltar, por una parte, la falta de aptitud del poder judicial para erigirse en defensor de la Constitución y, por otra parte, los inconvenientes que se derivan del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y b) el autor intenta justificar que el jefe del Estado es el órgano idóneo para defender la Constitución.

En lo que respecta al primer aspecto, SCHMITT desarrolla tres ideas básicas: a) la solución de un problema judicial es distinta a la solución de un problema constitucional, b) lo que garantiza la independencia del juez es la sujeción a la ley, c) el control judicial de la constitucionalidad sólo es posible en los estados judicialistas. Mientras que en lo concerniente al segundo de los aspectos, desarrolla dos ideas básicas: a) el peligro para la Constitución es el poder legislativo y no el gobierno, b) el jefe de Estado es independiente, neutro y garantiza la unidad del pueblo alemán.

Desde la concepción del autor, el control de la constitucionalidad de la ley plantea un problema muy distinto al que supone resolver un conflicto judicial, en otras palabras, lo que entiende el autor es que la decisión de un conflicto de naturaleza constitucional es eminentemente político. En efecto, SCHMITT²⁸, al valorar las propuestas que para la época se

28 Carls Schmitt, *La defensa de la Constitución*, p. 31.

hacían para garantizar la supremacía de la Constitución, razonaba en el sentido siguiente: “En su conjunto, la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho Constitucional inclina a encomendar simplemente la solución de todos los problemas a un procedimiento de tipo judicial, y desprecia en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterios acerca del contenido de un precepto constitucional”.

Vinculada a la idea anterior está la creencia de SCHMITT, concerniente a los problemas que se derivan del control judicial de la Constitución para el poder judicial, quien en lugar de influir en la política, resultaría influenciado por ésta. En este orden de ideas afirma que: “Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la justicia a una materia que acaso no es ya justiciable sólo perjuicio pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir tanto para el Derecho constitucional como para el Derecho de gentes, la consecuencia no sería una judicialización de la política sino una politiquización de la justicia.”²⁹

En torno a la limitación de la jurisdicción planteada por SCHMITT, sostiene KELSEN³⁰ que no es la naturaleza del conflicto lo que determina si es o no arbitrable, sino que ello depende de que una de las partes, o ambas, no quiera que lo decida una instancia. Lo anterior lo expone el autor a propósito de la no judicialidad de lo que hoy es denominado como una cuestión política. Sobre esta idea vuelve a insistir KELSEN, cuando afirma que no es como dice Schmitt, que las cuestiones políticas no son justiciables, sino que las sentencias de un tribunal constitucional tienen un mayor contenido

29 Carls Schmitt, ob. cit., p. 57.

30 Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 2da. edic. española, Trad. Roberto J. Brío, Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1999, p. 20.

político, y lo anterior no significa que no pueda realizar la tarea de control constitucional un tribunal independiente.

En lo relativo a la diferencia invocada por SCHMITT, entre la solución de un conflicto ordinario y un conflicto constitucional, KELSEN³¹ sostiene que se puede discutir si se encarga a un tribunal independiente la función de controlar la constitucionalidad de la ley o si se encarga al gobierno o al poder legislativo, pero que lo que no puede es negarse que la función de un tribunal constitucional no sea justicia. En este mismo orden y reconociendo, en cierta forma, el amplio margen de libertad que tiene el juez en su labor jurisdiccional y el peligro que ello puede generar, se muestra partidario de que sea reducida la discrecionalidad de los jueces y en especial la de los del tribunal constitucional, y con ello limitar su función política y evitar el desplazamiento de la potestad legislativa.³² En este mismo sentido, entiende que una solución puede ser la redacción de leyes claras y sin ambigüedad.³³

En lo que respecta a la independencia del juez, SCHMITT la vincula a la sujeción a la ley, en el sentido de que lo que garantiza su independencia y objetividad es que se mantenga sometido a ésta, limitándose a aplicarla. Descalifica al juez para resolver dudas y, en particular, cuando estas dudas sean de orden constitucional. Esta idea se reitera durante el desarrollo de toda la obra. Es así como más adelante sostiene que: “La posición especial del juez en Estado de Derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y comensurable, que se halla ya contenida en la ley”.³⁴

31 Hans Kelsen, ob. cit., p. 23.

32 Ibid.

33 Ibid.

34 Carls Schmitt, ob. cit., p. 79.

Igualmente, y en este mismo orden de ideas, SCHMITT insiste en que la independencia judicial no es más que el reverso de la sujeción del juez a la ley y que la Constitución no puede imponer en general semejante sujeción. Partiendo de la idea anterior, llega a la conclusión de que investir un tribunal con la competencia de controlar la constitucionalidad de la ley convierte a sus miembros en elementos políticos, aunque sean profesionales, estén provistos de garantías de independencia y sean inamovibles.³⁵

SCHMITT³⁶, luego de admitir el control judicial de la constitucionalidad de la ley sólo en lo que respecta “...a la independencia del poder judicial...”, retoma la idea anterior y afirma de manera categórica que el juez deja de ser independiente cuando: “...abandona el terreno en que es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley...”³⁷. Finalmente y en este mismo orden, entiende que de encomendarse a la justicia la solución de problemas políticos, los jueces serían controlados por los partidos políticos, quienes crearían los mecanismos para influir en su designación.³⁸

En torno a estos últimos planteamientos KELSEN³⁹ entiende que la competencia que la ley atribuye a los jueces para solucionar los conflictos supone el reconocimiento de una capacidad creadora de derecho y con ello un poder que da a la función judicial el carácter político que tiene la legislación, aunque en una medida inferior a la que deriva del ejercicio del control de constitucionalidad. Con la afirmación anterior, KELSEN responde la tesis de SCHMITT, conforme a la cual el juez es un esclavo de la ley y debe limitarse a aplicar la misma al caso concreto, para que pueda garantizar su

35 Carls Schmitt, ob. cit., p. 242.

36 Ob. cit., p. 50.

37 Ob. cit., p. 53.

38 Ob. cit., p. 80.

39 Hans Kelsen, ob. cit., p. 19.

independencia. En síntesis, de lo que se trata aquí, por una parte, es que mientras uno de los autores, SCHMITT, pretende reivindicar la tesis de MONTESQUIEU, sintetizada en la famosa frase “el juez boca de la ley”, KELSEN se aparta de la misma. Actualmente prevalece la posición defendida por el último autor, en la medida en que se admite que la creatividad es parte consustancial de la función del juez, creatividad que es en un grado mayor cuando de lo que se trata es de interpretar la Constitución, por el carácter vago y abierto de sus disposiciones.

En este mismo sentido sostiene KELSEN⁴⁰, que en la interpretación de una ley adjetiva como en una ley constitucional, el juez tiene que resolver dudas de derecho y que si la aplicación de las leyes no presentara dudas, no tendría sentido la existencia de la jurisdicción.

Para desarrollar la tesis relativa a la vinculación del control judicial de la constitucionalidad de las leyes al denominado “Estado judicialista” y la consecuente desvinculación respecto de los Estados en los cuales existe una jurisdicción administrativa, como ocurre en los Estados de la Europa continental, SCHMITT se apoya en la Corte Suprema de los Estados Unidos, en torno a la cual formula importantes observaciones y comentarios, a los cuales nos referimos a continuación.

El autor, luego de reconocer que se trata del tribunal más famoso del mundo, critica a los juristas alemanes a quienes acusó de considerar al mismo como un mixto.⁴¹

SCHMITT⁴², rechaza la posibilidad de que el referido tribunal pueda adaptarse pura y simplemente a situaciones políticas y sociales diferentes. Fundamenta su criterio en que:

40 Hans Kelsen, ob. cit., p. 23.

41 Carls Schmitt, *La defensa de la Constitución*, p. 44.

42 Ob. cit., pp. 44-45.

“La posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha desarrollado en el ámbito de un Estado Anglo-sajón que como Estado sin derecho administrativo, se halla en evidente oposición a los Estados del Continente Europeo, siendo indiferente en absoluto, a este respecto, que el Estado Europeo sea una República como Francia o un Estado monárquico y burocrático como la Prusia del siglo XIX. El Tribunal Supremo americano es algo muy distinto al de un Tribunal Político, y su Justicia es diametralmente opuesta a lo que en la actualidad suele denominarse en Alemania jurisdicción política o administrativa. Con una clara conciencia de su carácter como instancia procesal, limitase a fallar determinados litigios...”

“Como se comprenderá, no interesa a nuestro objeto hacer una apología ni una censura del Tribunal americano, sino evitar mediante una breve delimitación de conceptos, todo intento de adaptación y de divinización, que consideramos insensato. En términos fundamentales puede decirse que el derecho de control judicial, por sí sólo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública al control de los Tribunales ordinarios puede servir de base a un protector de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales cívico-político, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegido por los Tribunales ordinarios contra el Estado, es decir, contra la legislación, contra el gobierno y contra los organismos administrativos. La jurisprudencia del Tribunal norteamericano, sobre la base de las Amendments (enmiendas) 5 y 14, y desarrollando la tan discutida fórmula del *due process of law* (debido proceso legal) ha procurado defender y proteger contra el legislador los principios de la ordenación social y económica del pueblo norteamericano, que dicho tribunal considera como la ordenación suprema y como la verdadera Constitución”⁴³

43 Ob. cit., pp. 46-47.

Las limitaciones a las cuales se refiere SCHMITT, es a lo que la doctrina constitucionalista norteamericana denomina “judicial self-restraint”, que se traduce como la autorrestricción judicial, como consecuencia de la cual la Corte de Casación de los Estados Unidos se negó, hasta mediados de los años 60, a conocer de las denominadas cuestiones políticas.

Oportuno es resaltar que si bien es cierto que actualmente los países de Europa Continental cuentan con tribunales constitucionales, contrariando la tesis de SCHMITT, también es cierto que ninguno de dichos tribunales tiene las características propias de la Corte Suprema Americana. Este último elemento constituye, desde nuestro punto de vista, un reconocimiento parcial de la doctrina schmittiana, al menos en lo que respecta a las jurisdicciones constitucionales de los países europeos.

Expuestas las ideas relativas al primero de los aspectos desarrollados por SCHMITT, abordaremos las concernientes al segundo, en el que el autor, luego de descartar al poder judicial para desempeñar el papel de defensor de la Constitución, vía el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, hace esfuerzos para legitimar al jefe del Estado como defensor de la Constitución.

Dado el hecho de que el interés de SCHMITT⁴⁴ es legitimar al jefe del Estado como defensor de la Constitución, resulta lógico, por razones que explicaremos luego, que inicie su tesis con el argumento de que ya el gobierno, contrario a lo que ocurría en siglo XIX, no representa un peligro para la Constitución, peligro que según él se trasladó al Poder Legislativo.

Actualmente, según el autor, el anclaje constitucional tiende a proteger los intereses de la minoría contra la mayoría

44 Ob. cit., pp. 60-61.

de cada momento. En el siglo pasado se pensaba en una protección contra el Gobierno, actualmente se piensa en una protección contra la legislación impuesta por la mayoría parlamentaria.⁴⁵

A partir del razonamiento anterior SCHMITT descarta al poder legislativo como defensor de la Constitución y sostiene que lo que explica que en la Constitución de Wiemar se haya concebido al Tribunal Constitucional para la defensa de la Constitución y no al Poder Ejecutivo es el peso que tiene la tradicional pugna entre éste y la Constitución⁴⁶ y a la vigencia que tiene en Alemania la tradicional división de poderes, enlazada con la tradición cada vez más tenaz y robusta del Estado Judicial de la Edad Media.⁴⁷

Para responder la tesis de SCHMITT, KELSEN, desde la primera página de su obra, descalifica al jefe del Estado para defender la Constitución, tal descalificación aparece cuando define lo que entiende por violación constitucional. En efecto, según KELSEN⁴⁸, "...la 'violación' de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice la Constitución, sea por acción, sea por omisión; esto último sólo se da cuando se trata de incumplimiento de una obligación y no de la falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución. **Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla**", (negritas nuestras). No cabe dudas que cuando el autor indica que la Constitución sólo puede ser violada por quienes tienen la obligación de cumplirla, por una parte, se está refiriendo, principalmente, al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, y, por otra parte, es evidente que quiere descartar al jefe de Estado como defensor de la Constitución, ya que, como indicará más adelante no es posible que un órgano sea, al mismo tiempo, juez y parte.

45 Ob. cit., p. 62.

46 Ob. cit., p. 60.

47 Ob. cit., p. 62.

48 Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, p. 23.

A partir de esta definición se desploma el argumento de SCHMITT, de que el Gobierno no constituye un peligro para la Constitución, y se cae, sobre todo, en el tipo de Estado que se consagró en la Constitución de WEIMAR, que como sabemos es, después de la de Querétaro de 1917, la primera que concibe un Estado social y constitucional de derecho, en la que el Estado no sólo tiene obligaciones negativas sino también positivas o de hacer, las cuales constituyen una consecuencia del reconocimiento de los denominados derechos de segunda generación, es decir, los sociales y económicos. Estado que el propio SCHMITT⁴⁹ define como bienhechor y económico.

Partiendo de la referencia de la jurisprudencia del Tribunal austríaco, que conforme lo sostiene KELSEN⁵⁰, creó un conflicto con el Gobierno que casi ocasionó la desaparición del mismo, el autor llega a la conclusión, contrario a lo que piensa SCHMITT, que no sólo el Parlamento constituye un peligro para la Constitución, sino también el Gobierno.

Ciertamente, en la actualidad las violaciones constitucionales tienen su fuente no sólo en el legislativo sino también en el ejecutivo, quien no utiliza adecuada y racionalmente los recursos públicos, lo que trae como consecuencia la insatisfacción de las necesidades sociales, en particular la salud y la educación, sectores que a pesar de ser los más vinculados a la dignidad de la persona y al desarrollo material son los menos atendidos.

Insistiendo en la idea de descalificar al jefe de Estado como defensor de la Constitución, KELSEN argumenta que es posible discutir sobre cuál es la mejor organización para controlar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, pero que lo que no puede es plantearse la posibilidad de que el mismo que detenta el poder sea

49 Carls Schmitt, *La defensa de la Constitución*, pp. 141-142.

50 Hans Kelsen, ob. cit., p. 74.

la instancia adecuada para ejercer el control, situación que implicaría darle a un mismo órgano la doble calidad de juez y parte. En efecto, afirma KELSEN⁵¹ que: “La función política de la Constitución es la de poner límite al ejercicio del poder. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función que aquélla, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser juez de su propia causa.”

Según KELSEN⁵², lo que perseguía el autor de “La defensa de la Constitución”, era compensar la pérdida de poder experimentado por el Jefe del Estado en el tránsito de la monarquía absoluta a la constitucional. En definitiva, se perseguía hacer ineficaz la garantía de la Constitución frente al Gobierno, quien principalmente la ponía en peligro.

Para el logro de su objetivo SCHMITT retoma la doctrina del ideólogo de la monarquía constitucional, BENJAMIN CONSTANT, quien desarrolla la tesis del *pouvoir neutre* (poder neutral) del monarca, tal tesis la aplicó sin ninguna adaptación al jefe de Estado republicano.⁵³ Partiendo de dicha teoría trata de fundamentar la tesis de que el jefe del Estado es el defensor de la Constitución⁵⁴, lo cual no admite KELSEN⁵⁵, bajo el fundamento de que no puede existir tal neutralidad si se toman en cuenta los poderes que tiene el jefe del Estado.

51 Hans Kelsen, ob. cit., pp. 4 - 5.

52 Ob. cit., pp. 5 - 6.

53 Ob. cit., p. 9.

54 Ob. cit., p.11.

55 *Ibid.*

Luego de expuesta la teoría relativa a que el Gobierno no constituye un peligro para la Constitución, SCHMITT⁵⁶ procede a argumentar en lo concerniente a las cualidades que él considera que legitiman al jefe de Estado como defensor de la Constitución. Sostiene en este sentido, que en una democracia constitucional como la que se consagra en la Constitución de Weimar, la independencia del jefe del Estado se sustenta en los elementos siguientes: es elegido por el pueblo alemán entero, tiene un mandato de siete años y el proceso para su destitución es complejo.

Sostiene, igualmente, el autor que la condición de protector que él le atribuye al Presidente del Reich se corresponde, también, con el principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar, para lo cual se apoya en la idea indicada en el párrafo anterior, consistente en que su elección la hace el pueblo alemán entero.⁵⁷

Por otra parte, sostiene que las facultades políticas que tiene frente a los organismos legislativos, tales como la posibilidad de disolverlo y convocar a un plebiscito constituyen una apelación al pueblo. En definitiva, según SCHMITT, el Presidente del Reich constituye un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder y la garantía de la unidad del pueblo como conjunto político.

En lo que concierne a la idea reiterada por SCHMITT, sobre la legitimidad democrática del jefe de Estado, derivada de la forma en que es elegido, KELSEN⁵⁸ sostiene que dicha elección está determinada por la presión de los partidos políticos y que si bien es un método democrático no garantiza la independencia. Sostiene también que no es elegido por el pueblo entero, sino por una mayoría. Refuta también la garantía que pretende derivar SCHMITT, del hecho de que

56 Carls Schmitt, ob. cit., p. 240.

57 Ob. cit., p. 250.

58 Hans Kelsen, ob. cit., pp. 62 - 63.

el jefe del Estado dura siete años en el cargo, garantía que califica de relativa, en el entendido de que la Constitución de WEIMAR prevé la posibilidad de la celebración de elecciones anticipadas al vencimiento del mandato.⁵⁹

Finalmente y, en torno a la falta de legitimidad de los jueces invocada por SCHMITT, aunque no de una manera muy directa, entiende que la misma puede salvarse procediendo a elegir a los jueces del tribunal por el voto popular, aunque duda de la eficacia de este método dada la naturaleza de la función del tribunal.⁶⁰

Sobre este y otros aspectos volveremos más adelante cuando estudiemos los autores contemporáneos.

Luego de expuestas las ideas de SCHMITT y de KELSEN en torno al órgano idóneo para controlar la constitucionalidad de la ley y después de haber transcurrido casi ocho décadas, resulta oportuna la pregunta siguiente: ¿cuál de las doctrinas se ha impuesto en la práctica? No creemos que para dicha pregunta pueda haber una respuesta absoluta, porque si bien es cierto que en ningún país del mundo se reconoce al Jefe de Estado o al Presidente de la República como el defensor de la Constitución y en consecuencia el órgano idóneo para controlar la constitucionalidad de la ley, como proponía SCHMITT, también es cierto que en muchos ordenamientos jurídicos, el control de constitucionalidad lo ejerce un Tribunal Constitucional ubicado fuera del Poder Judicial y en aquellos sistemas en los cuales lo ejerce el poder judicial existen serias críticas.

En efecto, actualmente, en los ordenamientos jurídicos de Europa continental, el órgano facultado para controlar la constitucionalidad de las leyes está colocado fuera del

59 Ob. cit., p. 63.

60 Ob. cit., pp. 72-73.

Poder Judicial y al mismo tiempo se descarta la posibilidad de que un juez ordinario pueda inaplicar un acto del Poder Legislativo. Pero las ideas schmittianas no sólo tuvieron repercusión en el ámbito europeo, sino que se extendieron a otras latitudes, como, por ejemplo, a Centro América y más específicamente a Costa Rica, donde aunque el órgano encargado de controlar la constitucionalidad de la ley no tiene el nombre de Tribunal Constitucional, sino de Sala Constitucional, prevalece un sistema de justicia constitucional extremadamente concentrado, donde los tribunales ordinarios carecen de competencia para ejercer dicho control.

En realidad, SCHMITT, para bien o para mal, no perdió totalmente el debate y algunas de las cuestiones que planteó todavía hoy siguen teniendo vigencia, como lo veremos en las páginas que siguen.

B) El debate contemporáneo en torno a la legitimidad del poder judicial para controlar la constitucionalidad de la ley

Luego de analizar las ideas clásicas sobre el tema de la legitimidad del Poder Judicial para controlar la constitucionalidad de la ley, pasamos a abordar las cuestiones de aquel viejo debate que aún mantienen vigencia, así como aquellas que, aunque no están totalmente desvinculadas de las expuestas por SCHMITT Y KELSEN, pueden considerarse nuevas.

Uno de los autores que aborda el tema es SANTIAGO NINO⁶¹. Para desarrollar su tesis el citado autor analiza los argumentos positivos y negativos en torno a la legitimidad del Poder Judicial, considerando como positivo el carácter supremo de la Constitución y como negativo la dificultad contramayoritaria.

⁶¹ Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, 3ra. reimpresión de la 1ra. edic., Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, pp. 673 y siguientes.

7. Carácter supremo de la Constitución como elemento justificativo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes

En lo que concierne al carácter supremo de la Constitución como elemento justificativo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, el autor se basa en el hecho de que si la Constitución está colocada en una posición jerárquica superior a las demás normas del ordenamiento jurídico, el control de constitucionalidad deviene necesario.⁶²

Conforme a la lógica anteriormente expuesta, desarrollada, según el autor, por el Juez JOHN MARSHALL, “es lógicamente incompatible el reconocimiento de la Constitución como ley suprema con la negación del poder de los jueces de no aplicar una norma que contradice las exigencias de esa Constitución en cuanto al órgano que debe dictar la norma, el procedimiento por el que debe dictársela o el contenido de la norma que debe tener o no tener. Cuando ese poder se le niega a los jueces, como ocurre en Gran Bretaña y ocurría antes de la Primera Guerra Mundial -y aún ocurre respecto de los jueces ordinarios- en Europa continental se está rechazando la supremacía de la Constitución, se la está concibiendo como un mero documento declarativo de intenciones, sin fuerza jurídica vinculante, o a lo sumo como una ley ordinaria que puede ser derogada por el legislador.”⁶³

A juicio del autor de referencia, la lógica desarrollada por el Juez JOHN MARSHALL, no es tan lógica.⁶⁴ Varios indicios justifican la duda o el cuestionamiento: la sentencia tiene un efecto relativo en los países como Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica, que cuentan con el modelo difuso de control de constitucionalidad. El efecto relativo

62 Ob. cit., p. 674.

63 Ob. cit., p. 675.

64 Ibíd.

de la sentencia supone que otros jueces en casos distintos pueden seguir aplicando la misma ley. Por otra parte, la ley inconstitucional puede seguir aplicándose, sea porque la inconstitucionalidad no se plantee o cuando en el caso de planteada, el juez se equivoca o rechace la acción en inconstitucionalidad por razones procesales.

Desde nuestro punto de vista, los elementos que sirven de fundamento para cuestionar la lógica del control de constitucionalidad lo que revelan es que la existencia de dicho control no constituye una garantía para impedir que una ley inconstitucional permanezca en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sea aplicada por los jueces. Por otra parte, de los mencionados elementos, unos son corregibles y otros mejorables.

En efecto, para garantizar que las leyes inconstitucionales salgan del ordenamiento jurídico, bastaría con implementar el control concentrado de constitucionalidad, que puede convivir con el difuso, como lo confirman las experiencias iberoamericanas.

En cuanto a los demás elementos, existe la posibilidad de llevar la jurisdicción constitucional a niveles, si no de perfección, al menos casi perfectos, de tal suerte que se disminuyan considerablemente los errores judiciales.

Unido al carácter supremo de la Constitución como elemento justificativo de la existencia del control de constitucionalidad, se encuentra el reconocimiento de derechos, en la medida en que una de las funciones centrales de la Constitución es establecer derechos, y los derechos son -por definición- límites o barreras a las decisiones de la mayoría y protección de los intereses de los individuos.⁶⁵ De no existir la jurisdicción constitucional, bastaría asegurar una mayoría en el ámbito

65 Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 679.

legislativo para dejar sin efecto un derecho fundamental, el cual por definición no es disponible. Efectivamente, la existencia del control de constitucionalidad constituye una sólida barrera para evitar que la mayoría desconozca derechos fundamentales de la minoría, en la medida en que al amparo del principio de igualdad, puede declararse inconstitucional una ley aprobada por la mayoría exigida por la propia Constitución.

8. Ausencia de legitimidad democrática del poder judicial

El argumento negativo invocado por SANTIAGO NINO, consiste en lo que él denomina “la dificultad contramayoritaria”. Esta dificultad contramayoritaria, deriva del hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con los integrantes del Poder Legislativo y el titular del Poder Ejecutivo, los jueces no son elegidos mediante el voto popular. Por ello los jueces no representan a nadie.

En efecto, SANTIAGO NINO⁶⁶ sostiene que “Los jueces no están elegidos por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo. A lo sumo son designados por autoridades democráticas, pero su legitimidad es indirecta y con el tiempo se va diluyendo, ya que en un sistema como el argentino, duran en su cargo de por vida -salvo que se los destituyan a través del juicio político- y el consenso colectivo puede haber cambiado considerablemente desde el momento en que ese consenso tuvo alguna incidencia en su designación. Desde ya que el juicio nunca puede tener un carácter de censura política -o sea reflejar el hecho de que la mayoría disiente de las opiniones del juez-, sino que debe consistir en imputar una irregularidad en su proceder o la comisión de un delito.”

66 Ob. cit., pp. 682-683.

Por otra parte, y en este mismo orden, SANTIAGO NINO entiende que la falta de legitimidad democrática de los jueces actualmente es más relevante que en la época en que eran considerados como boca de ley. Cuando el juez era considerado como un sujeto que realizaba una labor puramente intelectual y no valorativa, es decir, como un técnico o un científico, el debate sobre la legitimidad democrática del juez, carecía de pertinencia, porque: "... es sabido que los científicos no son seleccionados por el voto mayoritario..."⁶⁷

Ciertamente, y tal y como lo sostiene el autor, luego de superada la concepción expuesta en el párrafo anterior y defendida por Montesquieu, la labor del juez es vista desde otra óptica, la ley ya no puede ser aplicada pura y simplemente, sino que existe el convencimiento, casi generalizado, de que el juez en su actividad interpretativa se ve en la necesidad de hacer una labor creativa y valorativa y, en muchos casos, tiene que adaptar la norma a la realidad concreta a la que se enfrenta.

En el proceso valorativo y creativo resulta inevitable que el juez se vea influenciado por sus creencias y valores, ello, según SANTIAGO NINO⁶⁸, hace resurgir: "...con más insistencia la pregunta de quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones."

El carácter antidemocrático de la acción en inconstitucionalidad es defendido por BICKEL, destacado constitucionalista norteamericano, quien según cita de SANTIAGO NINO⁶⁹ afirma que: "La dificultad radical es que el control de constitucionalidad es una fuerza

67 Ob. cit., p. 683.

68 Ibid.

69 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, pp. 16-17. Citado por Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 684.

contramayoritaria en nuestro sistema. Hay varias formas de pasar de largo esta realidad ineludible. Marshall intentó una de ellas cuando habló de ejecutar en nombre “del pueblo” los límites que él había ordenado para las instituciones de un gobierno limitado... Pero la palabra pueblo tal como es usada aquí es una abstracción. No necesariamente, de ningún modo es una abstracción sin sentido o una abstracción que oscurece el hecho de que cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Esto sin connotación mística, es lo que realmente sucede. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente que la democracia y esa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.”

Según SANTIAGO NINO, son numerosas las dificultades contramayoritarias que tiene que enfrentar la jurisdicción constitucional en el ejercicio de las competencias que le atribuye la Constitución y, particularmente, en lo concerniente al control de constitucionalidad de los actos emanados del poder estatal que cuenta con mayor legitimidad democrática: el legislativo.

Por considerarlo de suma relevancia para el debate constitucional y filosófico, exponemos a continuación lo que el autor denomina como la síntesis de las dificultades contramayoritarias.

El control de constitucionalidad parece reflejar un elitismo epistémico inaceptable: “...presupone que unos señores, por más ilustrados que sean pueden llegar a conclusiones valorativas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que esa decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública.”⁷⁰

70 Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 685.

Partiendo de la premisa de que nadie conoce mejor sus intereses que su titular, SANTIAGO NINO sostiene que: "...un proceso de decisión en el que no participen, directamente o a través de sus representantes, todos aquellos a quienes se aplica la norma que se toma como base de la decisión, tiene un muy bajo valor epistémico."⁷¹

Motivados por las dificultades contramayoritarias anteriormente expuestas y las que se expondrán más adelante, sostiene el autor que: "En verdad en un país como los Estados Unidos se está produciendo un fenómeno muy curioso con el hecho de que los filósofos políticos y constitucionalistas, que en general favorecían con gran activismo judicial cuando la Corte Suprema estaba orientada por jueces liberales en las épocas de Warren o aún de Burger, se enfrentan ahora con una Corte que puede llegar a ser todavía más conservadora que el proceso político democrático."⁷²

Entiende el autor que el método democrático es más confiable que cualquier otro método alternativo de decisión, incluyendo al judicial, para llegar, en general, a soluciones moralmente correctas, por lo que hay razones para observar sus resultados, aún en los casos en que la reflexión indica que la decisión democrática es incorrecta, ya que de lo contrario el método democrático se socavaría y perderíamos una vía de acceso a soluciones moralmente válidos que, por hipótesis, son más confiables que la reflexión individual.⁷³

En lo relativo a los intereses individuales, admite que constituyen, por definición, límites a los intereses mayoritarios pero no a las decisiones mayoritarias. Aunque entiende que "...siempre hay un riesgo grande de que las decisiones mayoritarias favorezcan a los intereses mayoritarios, pero ese riesgo no se remedia desplazando esa decisión a

71 Ibid.

72 Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 686.

73 Ibid.

una minoría, con lo que se corre el riesgo peor de que se favorezcan los intereses minoritarios.”⁷⁴

SANTIAGO NINO⁷⁵ entiende que la legitimidad democrática del poder judicial va a depender de que el poder político tenga o no legitimidad democrática. Para sustentar la idea anterior se apoya en la experiencia argentina expuesta por MILLER en los términos siguientes: “El poder judicial era el más democrático de los poderes del Estado”; tal situación se explica, según MILLER, en el hecho de que durante mucho tiempo el poder político no contaba con un mínimo de legitimidad democrática, pero que, sin embargo, una vez cambiada la referida situación el carácter democrático del poder judicial sería objeto de serias consideraciones.

La falta de legitimidad del poder judicial para ejercer el control de constitucionalidad no puede sustentarse en el hecho de que la Constitución, documento en el cual se consagra dicha facultad, es el resultado de un proceso democrático, porque, a juicio de SANTIAGO NINO⁷⁶, tanto la Constitución de Filadelfia de 1776, como la de Santa Fe, Argentina de 1853 y las mayorías que están vigentes, carecen de credenciales democráticas, por la exclusión de mujeres y de minorías y por la forma de elegir a los delegados. Sostiene el autor que, además, aún en la hipótesis de que la Constitución hubiera sido el resultado de un proceso impecablemente democrático, con el paso del tiempo pierde legitimidad en relación a la generación presente. En este sentido destaca que “...el valor epistémico de la democracia está en función de su confiabilidad para reflejar la consideración imparcial de los intereses involucrados y que, con el paso del tiempo, los intereses y sus titulares cambian.”

74 Ob. cit., p. 687.

75 Miller, Jonathan- Gelli María A.- Cayuso, Susana. *Constitución y poder político*, T.I. Citado por Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 687.

76 Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 688.

No obstante las reservas concretas y de fondo que tiene SANTIAGO NINO para reconocer legitimidad al poder judicial para controlar la constitucionalidad de los actos de los demás poderes del Estado, admite la viabilidad del ejercicio de dicho poder cuando se trate de inaplicar leyes orientadas a la búsqueda de la excelencia humana, con la finalidad de garantizar la autonomía personal.⁷⁷

Para la comprensión y valoración de la tesis propuesta por SANTIAGO NINO conviene tener muy en cuenta que dicho autor parte de la realidad argentina, país en el cual ejerce el control de constitucionalidad la Corte Suprema de Justicia, situación que no es ajena a otros países.⁷⁸

En el caso argentino, así como en el caso de los demás países que siguen el mismo sistema, enfrentar el cuestionamiento a la legitimidad democrática resulta más complicado. Otra es la situación cuando, como ocurre en Europa continental, quien ejerce dicha función es un tribunal constitucional, ubicado fuera del poder judicial e integrado por jueces elegidos para un período determinado y en cuya elección tiene una incidencia preponderante el Parlamento, en el entendido de que es el poder que tiene mayor representatividad democrática.

En este sentido, y si bien el citado autor no acepta de manera abierta el sistema de control de constitucionalidad vigente en Europa continental, al menos reconoce que “Debe ponderarse la posibilidad de que el máximo control de constitucionalidad lo ejerza un órgano -como los Tribunales constitucionales europeos- más involucrado en el proceso democrático, lo que puede estar determinado por un

⁷⁷ Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 700. A juicio del autor pueden considerarse leyes contrarias a la autonomía personal, las que prohíben el divorcio, la homosexualidad y el adulterio, porque dichas actividades se prohíben por su carácter vicioso y autodegradante.

⁷⁸ Salvo en Costa Rica, en los demás países del continente americano rige el control difuso de constitucionalidad de las leyes, con la particularidad de que en algunos de ellos coexiste con el control concentrado, como ocurre en la República Dominicana.

procedimiento de elección de sus miembros en el que la Cámara de Diputados juegue un papel relevante, y por la periodicidad de las funciones”.⁷⁹

La cuestión de la falta de legitimidad democrática de los jueces para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas, supone una crítica a la forma de elección de los jueces y, además, subyace en ella una sugerencia: que la elección de los jueces se haga mediante el voto popular. Modalidad que existe en algunos países, como por ejemplo en algunos Estados de los Estados Unidos. Sobre este aspecto volveremos más adelante.

En torno a la falta de legitimidad democrática GARCÍA DE ENTERRÍA⁸⁰ sostiene que se trata de un argumento que: “...es no sólo claramente sofisticado sino negador del concepto mismo de Constitución. Esta es la obra del poder constituyente y como tal superior al poder legislativo ordinario, que sólo puede organizarse como tal en virtud de la Constitución misma; sobre ello se ha edificado la doctrina de la rigidez constitucional, inmune al poder legislativo ordinario...”

La distinción entre poder constituyente y poder constituido, es lo que permite diferenciar la Constitución de las demás normas y más que eso colocarla en una posición jerárquica superior, en la medida que su contenido no puede ser alterado por el legislador ordinario ni por el procedimiento ordinario, sino siguiendo un procedimiento agravado, que es lo que convierte a la Constitución en rígida. Para garantizar que el legislador ordinario no usurpe las funciones del Poder Constituyente siguiendo un procedimiento ordinario, sino el previsto en la Constitución, se requiere de un órgano que se mantenga permanentemente vigilante y que tome las decisiones que demanden las circunstancias. Este papel quien

79 Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 705.

80 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma*, pp. 189-190.

lo juega es la justicia constitucional, de ahí que GARCÍA DE ENTERRÍA⁸¹ considere que: “El Tribunal Constitucional es justamente el guardián de esa rigidez ; la Asamblea podrá promover, en tanto la Constitución la habilite para ello, la revisión constitucional, pero deberá hacerlo como tal, con observancia de los procedimientos, quórum y eventuales referendos populares que la Constitución haya dispuesto, razón por la cual no será válida una ley ordinaria que intente alterar la Constitución (o que la contradiga, lo cual es lo mismo) fuera de esos cauces.”

Partiendo de la necesidad de que el Tribunal Constitucional asegure el respeto del carácter rígido de la Constitución, de que se garantice que la mayoría respete los derechos fundamentales de la minoría y la necesidad de que se resuelvan los conflictos entre entes u órganos constitucionales, tareas estas últimas que las cumple también el Tribunal Constitucional, GARCÍA DE ENTERRÍA⁸² llega a la conclusión, desde nuestro punto de vista muy correcta, de que: “...puede y debe hablarse del carácter estrictamente democrático de la jurisdicción constitucional ...”

No cabe dudas que para GARCÍA DE ENTERRÍA, el hecho de que los jueces no sean elegidos por el voto popular tiene poca relevancia y, por el contrario, valora considerablemente el carácter de la función que desempeña la jurisdicción constitucional, la cual califica, con sobrada razón, de democrática, porque, precisamente, la tarea que desempeña el Tribunal Constitucional es, desde una posición neutral, garantizar la realización del principio democrático que subyace o que se consagra en la Constitución.

Lo anterior no significa en modo alguno obviar o desconocer la realidad planteada por SANTIAGO NINO

81 Ob. cit., p. 190.

82 Ob. cit., p. 191.

(ver No. 8 p. 74) en el sentido de que muchas constituciones por su antigüedad no consagran un verdadero principio democrático y más bien son excluyentes, particularmente en relación a la mujer, lo que ocurre es que las situaciones de exclusión que puedan consagrarse en la Constitución en lugar de constituir un argumento en contra de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, constituyen un elemento a favor, ya que el Tribunal Constitucional no es un aplicador mecánico de la Constitución, sino que en su labor interpretativa debe tomar en cuenta la realidad imperante en el momento en que realiza su función, y en la medida en que lo demanden las circunstancias.

La idea de colocar el aspecto de la función de la justicia constitucional por encima del aspecto relativo a la forma en que son elegidos los jueces, es también defendida por ZAFFARRONI⁸³, quien sostiene que: "...la legitimidad democrática no se juzga únicamente por el origen, sino también y a veces fundamentalmente, por la función. Desde nuestro punto de vista, la prioridad en el judicial es su función democrática. Es verdad que no es indiferente la forma de selección, pero en este aspecto lo más importante es decidirse por el que sea más idóneo para el cumplimiento del cometido democrático, y ello no puede depender de un dato meramente formal."

En este mismo orden de ideas, SIMON⁸⁴, luego de entender como natural la reacción de los poderes que resultan controlados, mediante la implementación de los mecanismos previstos por la Constitución para garantizar su supremacía, sostiene que: "Un tribunal de la riqueza de competencia del Bundesverfassungsgericht⁸⁵ no se deja articular fácilmente

83 Raúl Eugenio Saffaroni, *Estructuras judiciales*, p. 29.

84 Helmut Simon, "La jurisdicción constitucional", p. 846. (Ensayo que constituye el capítulo XVI, del libro *Manual de Derecho Constitucional*, bajo la dirección de BENDA, MAIHOFER, VOGEL, Hiede Hesse, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid y Barcelona, 2001).

85 Bundesverfassungsgericht, equivale al Tribunal Constitucional Alemán.

(...) en el régimen tradicional de una democracia con división de poderes. Es característico de la misma que la médula de la formación estatal de voluntad reside en el Parlamento elegido por el pueblo y en su legislación, que el gobierno que aplica tal legislación y ejerce el gobierno sea elegido y controlado por el Parlamento y que tribunales independientes vinculados estrictamente a la ley vigilen la conformidad a derecho de la acción de los poderes públicos”.

La jurisdicción constitucional, al ejercer sus competencias, en particular el control de constitucionalidad, rompe con la estructura tradicional del Estado y más precisamente con la supremacía del Parlamento, rompimiento que, según SIMON⁸⁶, no puede resolverse con la mera idea de Estado de Derecho y del Estado Federal.

No obstante, SIMON⁸⁷ sostiene que se ha impuesto la idea “...de que la Jurisdicción Constitucional halla su auténtica legitimación en la primacía de la Constitución, que como consenso fundamental vincula a los poderes públicos. La Jurisdicción Constitucional sensibiliza en el espíritu constitucional a órganos y ciudadanos y desempeña mediante su interpretación y aplicación en los procesos pluralistas de composición de intereses, una función pacificadora, mantenedora y desarrolladora de consenso”.

Evidentemente que si la Constitución es superior y vincula a los demás poderes, el sistema debe contar con un órgano que se encargue de la defensa de su integridad; se trata, en consecuencia, de una cuestión indiscutible. La cuestión que puede plantearse es la relativa a la necesidad de una Jurisdicción Constitucional para garantizar dicha defensa o si, por el contrario, tal función puede ser desempeñada por uno de los órganos estatales. A juicio de SIMON⁸⁸ no

86 Helmut Simon, ob. cit., p. 846.

87 Ibíd.

88 Ob. cit., p. 847.

conviene que la referida función sea desempeñada por uno de los órganos estatales para evitar conflictos de intereses y, por el contrario, sostiene que la Jurisdicción Constitucional es la más adecuada. En efecto, el referido autor entiende que: “La imaginable apelación a otros órganos estatales no sería satisfactorio, ya que los mismos habrían de decidir sobre materias en las que tienen un interés propio. En un régimen con división de poderes no se alcanza mejor expediente que confiar en la jurisdicción -el más débil de los poderes, con sus amplias competencias asociadas a la imposición de la Ley Fundamental, un órgano que no dispone de capacidad de coerción ni de recursos financieros, que a cubierto de la política cotidiana y de los constreñimientos del éxito electoral puede pensar a medio plazo, que únicamente por vía de argumentación y de sabiduría puede ganar en autoridad y cuya existencia depende a largo plazo de su capacidad para consolidar y difundir el consenso constitucional.”

No cabe duda que, como lo sostiene SIMON, generalmente se rechaza la idea de que sea un órgano diferente a la jurisdicción constitucional la que vigile el respeto de la supremacía constitucional, sin embargo, TANIA GROPPI⁸⁹, quien también defiende la necesidad de que exista una jurisdicción constitucional para que ningún tipo de acto ni de comportamiento esté fuera de control, advierte que ello no significa que: “(...) haya sido archivada la clásica pregunta, presente desde el inicio de la experiencia estadounidense de la justicia constitucional, hace casi doscientos años: ¿cómo pueden, sobre la base de qué legitimidad, nueve jueces deshacer lo que los representantes del pueblo, democráticamente electos, han decidido?”

89 Tania Groppi, “Hacia una justicia constitucional ‘Dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Cortes Constitucionales y jueces comunes en la experiencia italiana”, p. 4078.

Según TANIA GROPPÍ⁹⁰, la tensión entre justicia constitucional y democracia es permanente, realidad que se evidencia, por ejemplo, cuando un exponente de la mayoría se revela ante la decisión de un Tribunal Constitucional, cuando el poder político intenta, de manera subrepticia, incidir en la composición de la Corte para controlarla, cuando se hace una propuesta de reforma del sistema de justicia constitucional o cuando se desaplica o intenta desaplicar las decisiones desagradables por parte de las mayorías políticas, a través, por ejemplo, de inercia al dar ejecución a las sentencias.

En este mismo orden, TANIA GROTTI⁹¹ sostiene que en los distintos ordenamientos jurídicos se ha intentado encontrar formas de convivencias entre las dos esferas: la justicia (constitucional) y la de la política. Evidencia de lo anterior es, según la autora: la especialidad, que existe en los sistemas de justicia constitucional concentrado en los cuales el control de constitucionalidad se le atribuye, de manera exclusiva, a un órgano externo al poder judicial, con la finalidad de lograr un compromiso entre la exigencia del derecho constitucional y la exigencia de la política; el reconocimiento de una competencia amplia al Tribunal Constitucional, de suerte que no sólo controle la constitucionalidad de la ley, sino la de cualquier acto, con la única condición de que se produzca una violación constitucional y con la finalidad de sustraer "...por completo la Constitución de las "garras" de los jueces comunes"; la existencia de sistemas de justicia constitucional, como los de raíz británica, en los cuales la ley ordinaria puede desatender los pronunciamientos de los tribunales constitucionales y las decisiones de éstos tienden a aparecer como mensajes al parlamento en forma jurídica; la posposición de los efectos de la sentencia para dejar espacio para que el legislador pueda intervenir, por ejemplo, casos de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad afirmada, pero no

90 Ob. cit., pp. 4078-4079.

91 Ob. cit., pp. 4079-4080.

declarada, propios de la experiencia alemana o austriaca; el auto control que se han impuesto los mismos tribunales: self restraint judicial y la doctrina de la political questions, con la finalidad de que sus decisiones sean más soportables e igualmente mediante la creación de tipos de sentencias que hagan más circunscrito (en el tiempo o en el espacio) el impacto de las decisiones de inconstitucionalidad.

En el sistema italiano, según TANIA GROPPI⁹², aunque generalmente se acepta y aprecia el funcionamiento del Tribunal Constitucional, con frecuencia las sentencias constitucionales son criticadas de manera muy áspera, ello es lo que explica los distintos proyectos de reforma constitucional orientados a influir en la composición y funcionamiento de la Corte; a modo de ejemplo: la ley constitucional No. 2 de 1967, redujo de 12 a 9 el número de magistrados de la Corte y prohibió la prorrogación de sus miembros, lo cual había reconocido la Corte, mediante reglamento interno.

Hubo otros proyectos que, aunque no se llegaron a aprobar, no dejan de reflejar la indicada tensión. En este orden, en el 2001 se intentó aumentar de 5 a 9 la cantidad de jueces del Tribunal Constitucional que podían ser elegidos por sujetos políticos (parlamentos y regiones); igualmente, en 1998, año en que el Tribunal Constitucional dictó en materia de prueba penal una sentencia aditiva, se presentó un proyecto de reforma constitucional que tenía como finalidad prohibir la posibilidad de que el tribunal pudiera dictar sentencias manipulativas.

Nosotros nos suscribimos en la tesis desarrollada por TANIA GROPPI y pensamos que la situación reinante en Italia no es particular de ese país, sino de todos aquellos en los cuales existe una jurisdicción constitucional, porque el poder político, antes y ahora, siempre se resistirá a ser controlado. Desde mi

92 Ob. cit., p. 4081.

punto de vista, se trata de una situación con la cual no cabe otra alternativa que convivir y que, hasta cierto punto, hay que verla como una consecuencia natural de los regímenes constitucionales y democráticos, y ajenas a aquellos donde el poder legislativo y el ejecutivo no tienen límites y pueden disponer de la Constitución.

9. Método de elección de los jueces

Desde sus orígenes, en el debate que nos ocupa se ha planteado como una solución a la alegada ilegitimidad democrática del Poder Judicial un cambio en la forma de elección de los jueces. Concretamente se ha sugerido que los jueces sean elegidos por el voto popular. Dicha tesis, tal y como lo expondremos a continuación, generalmente fue rechazada, tanto en la teoría como en la práctica, hasta tal punto que en la actualidad sólo en algunos Estados de los Estados Unidos de América se aplica el referido método.

En este orden, EVELYN HASS⁹³, luego de exponer la forma en que son elegidos los jueces del Tribunal Constitucional Federal Alemán, es del criterio de que a partir de la misma procede la formulación de la pregunta sobre la legitimidad democrática de los integrantes del Tribunal, y en torno a dicha interrogante afirma que: “En este contexto, primero debe hacerse una observación general. Los magistrados, así como los funcionarios, no requieren legitimación democrática directa. Su integración en el sistema democrático se efectúa, por ejemplo, con su nombramiento por personas que, por su parte, estén democráticamente legitimadas por elección o nombramiento -por ejemplo, con el nombramiento por el ministro de Justicia, quien por su parte está democráticamente legitimado-. Esta legitimación democrática conferida por

⁹³ Evelyn Hass, “La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad”, Revista Anuario de Derecho. Buenos Aires: KONRAD-ADENAUER -STIFTUNG A. C., CIEDLA, Edición 2004, Tomo I, p. 109.

terceros es equivalente a la legitimación directa, que se obtiene por elección directa. Sin embargo, la situación es otra si se trata de la elección de miembros de un órgano constitucional. Y, según su propia opinión y según la práctica que se ha establecido como tradición, la Corte Constitucional Federal sí es un órgano constitucional. En este contexto la elección concreta de los magistrados de la Corte puede resultar problemática. Porque, según las disposiciones en el derecho constitucional, el Bundestag, es decir, el Parlamento en su totalidad, ha de elegir al magistrado. Encomendada a un comité electoral que consta de sólo unas pocas personas, la elección puede resultar dudosa, y en la literatura del derecho político no faltan comentarios críticos a ese respecto. Sin embargo, según la opinión preponderante, las objeciones desde el punto de vista del derecho constitucional últimamente no son procedentes.”

En este mismo sentido FERRAJOLI, al reflexionar sobre el tipo de juez que se necesita en un sistema comprometido seriamente con la garantía de los derechos fundamentales, y, en particular, sobre la responsabilidad judicial del juez, aborda las distintas modalidades o métodos utilizados para elegir a los jueces. Dicho autor llega a la conclusión de que no conviene que los jueces sean elegidos por el voto popular y recomienda, por el contrario, el sistema de concurso.

En efecto, FERRAJOLI⁹⁴, al referirse al sistema de elección popular de los jueces, sostiene que: “El primer modelo -el del juez electivo, responsable políticamente ante el electorado- tiene hoy una ejemplificación en la elección directa por sufragio universal de los jueces “estatales” de los Estados Unidos. Es claro que esta forma de responsabilidad está virtualmente en contraste con las particulares fuentes de legitimación de la jurisdicción (...) El juez, a diferencia de

⁹⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Terradillo Bosoco y Rocío Cantarero Bandrés, 4ta. edic. española, Valladolid: Editorial Trotta, 2000, p. 585.

los órganos Legislativo y Ejecutivo no debe representar mayoría ni minoría. Y el consenso del electorado no sólo no es necesario sino que puede incluso ser peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones de averiguación de la verdad y de tutela de los derechos fundamentales de las personas juzgadas por él. La sanción de la no reelección por la pérdida de la confianza popular, en la que debería manifestarse la responsabilidad política, está, pues, en contraste con la sujeción del juez únicamente a la ley, que impone que él decida contra las orientaciones de la mayoría e incluso de la totalidad de sus electores, cuando estas entren en conflicto con las pruebas adquiridas y con los derechos de los justiciables confiados a su tutela. Por lo demás, la misma experiencia americana ha terminado por abandonar en muchos estados el clásico sistema de la “partisan election” entre varios candidatos concurrentes, sustituyéndola por el sistema non partisan dirigido a reducir la representatividad de los elegidos, para moderar la influencia ejercida sobre ellos por las fuerzas políticas y reforzar, por el contrario, sus dotes de independencia y de capacidad profesional.”

La primera objeción que pudieran hacer los defensores de la ausencia de legitimidad de los jueces para controlar al poder legislativo y al judicial, es el contexto en el cual FERRAJOLI hace las anteriores afirmaciones, que no es, precisamente, en el de la jurisdicción constitucional, sino en el de la ordinaria. No obstante, nos parece que la reflexión es útil, ya que si bien es cierto que las implicaciones políticas de la jurisdicción constitucional no son las mismas de la ordinaria, también es cierto que, en muchos de los conflictos de índole constitucional, el tribunal constitucional debe colocarse al margen de lo que pueda pensar la mayoría de la población y ponerse del lado de una minoría a la que no se le quiera reconocer sus derechos fundamentales, los cuales, como también ha sostenido el mismo autor, no son disponibles ni por los poderes públicos ni por la mayoría. Además de lo anterior, existe otro elemento de mayor relevancia vinculado

al tema de la elección popular de los jueces, y es que actualmente lo que existe en nuestros países es lo que se ha dado en llamar la “partidocracia”, término con el cual se hace referencia a que a lo interno de los partidos no existe una real democracia, porque las decisiones han sido secuestradas por las estructuras de los partidos y no sólo la población está excluida sino, inclusive, la mayoría de los militantes. Esta situación le quita legitimidad a un juez elegido “popularmente”, porque en realidad quien termina eligiéndolo es el partido político. Un juez elegido bajo ese método, además de que no tendría legitimidad, difícilmente podrá mantener la imparcialidad y la independencia frente al partido que lo eligió.

En igual sentido se pronuncia R. CARRIÓN⁹⁵, quién sostiene que el inconveniente de elegir los jueces mediante el voto popular consiste en que: “Lo que la comunidad ganaría con la adopción de un procedimiento democrático de nombramiento de sus magistrados judiciales lo perdería seguramente en materia de seriedad, equilibrio e imparcialidad de las decisiones de aquellos. Quizás su designación sería menos objetable pero no su desempeño”.⁹⁶

En todo caso, si bien es cierto que el método de elección popular de los jueces ha sido rechazado por la casi totalidad de los sistemas de justicia constitucional, no es menos cierto que la idea de reducir en todo lo posible el elemento antidemocrático de los jueces es generalmente defendida y en la práctica se han implementado algunos mecanismos en ese sentido. En efecto, por una parte, R. CARRIÓN⁹⁷, coincidiendo en este aspecto con SANTIAGO NINO, está de acuerdo con que la elección de los jueces se les dé mayor participación a los diputados.⁹⁸

95 Genaro R. Carrión, “Una defensa condicionada de la judicial review”, p.160, en *Fundamentos y alcance del Control Judicial de Constitucionalidad*.

96 Ob. cit., p. 160.

97 Ob. cit., p. 159.

98 En el caso de Costa Rica, la Asamblea Legislativa es quien elige a los jueces

Además de la intervención de los diputados en el proceso de selección de los jueces, R. CARRIÓ⁹⁹ entiende que la institución del *amicus curiae* constituye una alternativa para el mejoramiento del modelo de control de Constitucionalidad vigente en Argentina, en la medida de que la misma puede contribuir a que el debate judicial adquiera: “(...) una apertura y una amplitud de integración que no tiene hoy, en medida suficiente, nuestro procedimiento puramente contradictorio. Ese debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra.”

de la Sala Constitucional, según lo dispone el artículo 121.3 de la Constitución de ese país; en España, de los doce magistrados el Congreso de los diputados propone 4, según lo dispone el artículo 159.1 de la Constitución española; y en la República Dominicana quien nombra a los jueces de la Suprema Corte de Justicia, tribunal competente para conocer las acciones en inconstitucionalidad, es el Consejo de la Magistratura, integrado por siete miembros, de los cuales dos son diputados, según lo dispone el artículo 64.1 de la Constitución dominicana.

99 Genaro R. Carrió, ob. cit., p. 162.

CAPÍTULO III

El control concentrado de constitucionalidad

Capítulo III

El Control concentrado de constitucionalidad

El control concentrado de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, también conocido como austríaco o europeo, fue la obra indiscutible de Hans Kelsen. Este modelo tiene vigencia en toda Europa continental y, en el caso del continente americano, en Costa Rica.

Su característica fundamentalmente consiste en que el control de constitucionalidad se atribuye, de manera exclusiva, a un órgano específico. Este órgano se denomina Tribunal Constitucional, salvo en el sistema francés, que se llama Consejo Constitucional, y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Otro elemento que lo distingue es que, como regla general, los tribunales ordinarios están inhabilitados para inaplicar o anular una ley inconstitucional.

En relación a esta modalidad de control de constitucionalidad abordaremos los aspectos procesales y sustantivos de mayor relevancia, para lo cual tomaremos como modelo el sistema español, aunque también haremos referencia al sistema costarricense y en menor grado al sistema alemán.

Por otra parte, en este capítulo y en menor magnitud en el siguiente, en las medidas que lo consideremos pertinentes haremos referencias a las sentencias de la Sala Constitucional, auxiliándonos de la obra de la autoría HESS ARAYA Y BRENES ESQUIVEL¹⁰⁰, en la que aparecen organizadas por temas las decisiones del indicado Tribunal.

100 Cristián Hess Araya y Ana Lorena Brenes Esquivel. *Ley de la Jurisdicción Constitucional*. Anotada, concordada y con jurisprudencia.

A) Aspectos procesales del control concentrado

En este apartado estudiaremos los aspectos siguientes: el órgano competente para conocer las acciones de inconstitucionalidad, órganos e individuos legitimados para cuestionar la constitucionalidad de los actos y las normas, los mecanismos procesales contemplados por el legislador para viabilizar el control de constitucionalidad, el objeto del control de constitucionalidad y los procedimientos que deben agotarse ante el Tribunal Constitucional.

10. El Tribunal Constitucional

En Europa continental donde nace este modelo, el control de constitucionalidad es una competencia exclusiva del Tribunal Constitucional. En el análisis de este órgano, partimos de la premisa de que el mismo constituye un poder que se adiciona a los tres poderes clásicos, lo cual explica la rígida división de poderes que imperó en Europa durante siglos, situación que impidió que pudiera reconocerse al Poder Judicial la capacidad de controlar los demás poderes. Se trata de un poder con una enorme significación en un sistema democrático, en razón de que tiene como misión controlar a los demás poderes tradicionales y, además, porque sus decisiones son vinculantes erga omnes y definitivas.

Por otra parte, estamos en presencia de un Tribunal cuya existencia no responde a una causa normal, sino más bien a una anomalía histórica propia de determinados países de Europa continental. Dicha anomalía histórica consiste, según PÉREZ ROYO¹⁰¹, en las dificultades que tuvieron los países donde existe dicho órgano en transitar del Estado liberal del XIX al Estado Democrático del siglo XX. De manera que la existencia del Tribunal Constitucional, en sus orígenes, es propia de países en los cuales la instauración del Estado

101 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, p. 908.

Democrático y Constitucional tuvo significativas dificultades para establecerse y desarrollarse.

Finalmente, la función del Tribunal Constitucional está definitivamente marcada por las causas que le dieron origen, es decir, por los trastornos democráticos que afectaron a algunos países de Europa occidental. En este sentido la justicia constitucional viene a jugar un papel de control y a dar respuesta a los abusos que tradicionalmente cometían y cometen los poderes clásicos. Por las razones anteriores, PÉREZ ROYO¹⁰² entiende que su función está determinada por el carácter negativo de la experiencia histórica a la que debe su existencia. En síntesis, es un órgano negativo y si se quiere defensivo.

a) Composición del Tribunal Constitucional

La delicada y controvertida función que debe desempeñar el Tribunal Constitucional exige que la composición del mismo refleje el mayor consenso político posible. Resulta necesario la creación de un mecanismo que requiera de la participación de la minoría para la elección de quienes van a integrar dicho órgano. Pero no sólo es importante la composición del tribunal, sino que también es importante la forma en que el mismo ejerza sus funciones.

El constituyente español estuvo muy consciente de lo expuesto anteriormente, de ahí que diseñó un mecanismo que hace imprescindible la negociación y el consenso al momento de elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional. Dicho mecanismo está previsto en el artículo 159.1 de la Constitución.

En efecto, conforme a dicho texto, el Tribunal Constitucional está compuesto por 12 miembros, nombrados por el Rey: de ellos, 4 a propuesta del Congreso por mayoría de 3/5 de

102 Ob. cit., p. 910.

sus miembros, cuatro a propuesta del Senado por mayoría de 3/5 de sus miembros, dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

PÉREZ ROYO¹⁰³, al referirse a dicha composición resalta el hecho de que las 2/3 partes de los miembros del tribunal las propone el Parlamento y para que dicha propuesta sea posible hace falta un compromiso entre la mayoría y la minoría, sin la cual resulta imposible elegir a un magistrado. Pero, según el mismo autor, si lo anterior es considerado como una garantía de equilibrio político y social, se entiende que tiene mucho mayor relevancia e importancia el hecho de que: “Para que cualquiera de las Cámaras pueda designar un magistrado tiene que generar un consenso similar al que hace falta para reformar la Constitución, ya que los tres quintos que exige el artículo 159.1 es la misma mayoría que exige el artículo 167. Es la mejor de las garantías que se puede exigir y la que mejor ha funcionado hasta el momento en los países que conocen este órgano. Si tenemos en cuenta, además, que el Consejo General del Poder Judicial es elegido por las Cámaras por mayoría de tres quinto, es una mayoría muy calificada la que está detrás de 10 de los doce magistrados que componen el Tribunal Constitucional.”¹⁰⁴

Sin dudas que en la composición del tribunal constitucional español tienen incidencia los tres poderes clásicos, aunque necesario es resaltar que la del Parlamento es preponderante, lo que se explica en el hecho de que se trata del poder donde reside mayor representación democrática. Representación democrática que en el caso español y en el de los demás países de Europa, es tanto teórica como real.

Cabe, sin embargo, destacar que aunque indudablemente el constituyente español tuvo la intención de crear un mecanismo que hiciera necesario el concurso de la minoría

103 Ob. cit., p. 914.

104 Ob. cit., pp. 914-915.

parlamentaria, en la práctica no ha resultado así, toda vez que conforme a las estadísticas disponibles han sido los parlamentarios de los grandes partidos quienes han determinado la composición del Tribunal. En efecto, LOUIS FAVOREU¹⁰⁵, refiriéndose al sistema español, sostiene que la elección de los jueces ha tenido lugar como consecuencia de tratos políticos, generalmente entre las fuerzas mayoritarias, primero entre el PSOE Y UCD y en los últimos tiempos entre el PSOE y el PP.

En este aspecto, el sistema español se aparta del alemán, en la medida en que en este último la mitad de los jueces los elige el Bundestag, que es una institución similar al Congreso o Cámara de Diputados, mientras que la otra mitad la elige el Bundesrat, que es el equivalente a lo que conocemos como Cámara de Senadores.¹⁰⁶ De manera que en este sistema no tienen participación ni el Gobierno ni el Poder Judicial.

Sin embargo, el sistema alemán supera al español en un elemento no menos relevante que es el relativo a la composición del tribunal. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el sistema español, de los 16 jueces que integran el Tribunal Constitucional Federal alemán, seis deben ser jueces federales, lo que equivale a una proporción mayor de una tercera parte, contrario a lo que ocurre en el sistema español, donde la cuota para los jueces sólo equivale a dos sextas partes, es decir, 2 de 12, si partimos de la presunción de que tanto el Parlamento como el Gobierno, normalmente van a elegir a destacados juristas y políticos, es decir, gente que no pertenece al Poder Judicial.

La presencia de jueces de carreras en el Tribunal Constitucional tiene mucha importancia, porque aunque no se discute el carácter político de este órgano, las decisiones que se

105 Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, 1ra. edic. española, Trad. Vicente Villacampa de la 2da. edic. francesa 1992. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 64.

106 Ob. cit., p. 115.

toman son judiciales. La idea anterior queda respaldada por la catedrática universitaria y jueza del Tribunal Constitucional Federal Alemán, EVELYN HAAS¹⁰⁷, quien sostiene que: “Un factor constante, que está prescrito por la ley, es que tres magistrados de cada sala de la Corte Constitucional Federal son elegidos de los magistrados de carrera de los tribunales supremos de la Federación. Prescribiendo de tal forma la participación de magistrados de carrera, el legislador espera que quede asegurado el estilo judicial de redactar resoluciones y que se respeten las condiciones procesales, en cuanto las disposiciones sobre procedimiento de la Corte Federal prevean tales condiciones. Porque las resoluciones de la Corte Federal Constitucional se redactan en el mismo estilo que las sentencias de los tribunales, estilo basado en una larga tradición. Naturalmente, a los magistrados de carrera, que han redactado de tal manera sus resoluciones durante toda su vida profesional, les incumbe influir en las resoluciones de su sala de forma correspondiente.”

En los aspectos mencionados, también el sistema costarricense presenta particularidades. En efecto, la elección de los jueces la hace la Asamblea Legislativa¹⁰⁸, único órgano legislativo que existe en ese país, sin que existan cuotas especificadas para ninguno de los poderes constitucionales, de tal suerte que todos los elegidos pudieran resultar ser miembros del Poder Judicial, como también pudiera ocurrir que ninguno lo sea.

Otra particularidad que merece resaltarse es que en el sistema costarricense los jueces de la Sala Constitucional tienen suplentes, los cuales son elegidos de entre los abogados en ejercicio, situación que eventualmente puede dar lugar a conflictos de intereses.

107 Evelyn Hass, “La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad”, p. 107.

108 Artículo 121.3 de la Constitución costarricense.

Volviendo con las garantías que ofrece la modalidad de elección de los jueces en el sistema español, cabe hacer referencia a que sólo profesionales que cuenten con una preparación técnica y jurídica sólida y probada pueden optar por el puesto de magistrado del Tribunal Constitucional. En efecto, según el artículo 159.2, la designación debe hacerse de: “...entre los Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.”

b) Organización del Tribunal Constitucional

La composición del Tribunal Constitucional está regulada en el artículo 160 de la Constitución y en los artículos 7, 9.2, 9.3, 9.4, 10. k, 14 y 90 de la Ley Orgánica de dicho tribunal, (en lo adelante L.O.T.C.). Conforme a dichos textos la composición es la que explicamos a continuación.

El tribunal está compuesto por un presidente y un vicepresidente. El presidente es nombrado por el Rey por un período de tres años, previa elección por parte de sus compañeros, por mayoría absoluta en una primera votación y por mayoría simple en una segunda votación.

En caso de empate corresponde la Presidencia al magistrado de mayor antigüedad y en caso de igualdad al de mayor edad. Para la elección del Vicepresidente se sigue el mismo procedimiento. El Presidente puede reelegirse por un período más.

En sentido general, las funciones del Presidentes son administrativas, salvo que, como veremos luego, en caso de empate su voto es calificado. El Vicepresidente sustituye al Presidente en caso de vacante o ausencia.

Igualmente, el tribunal está compuesto por el Pleno, las Salas y las Secciones. El pleno conoce de todos los asuntos atribuidos al Tribunal, salvo los amparos, los cuales, sin embargo, puede terminar conociéndolos por iniciativa de la Sala o de él mismo. Las Salas, que son dos, una presidida por el Presidente y la otra por el Vicepresidente, conocen de los recursos de amparo. Las secciones son cuatro, cada una compuesta por tres magistrados, que conocen mediante auto sobre las inadmisibilidades de los recursos.

Para decidir es necesario que estén presentes dos tercios de los miembros, según el artículo 14 de la L.O.T.C. Las decisiones se toman por mayoría, contando al Presidente con voto de calidad en caso de empate. Los magistrados que no estén de acuerdo con la mayoría pueden hacer constar el voto particular.

c) Competencia del Tribunal Constitucional

Conforme al artículo 161.1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de: Recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; recurso de amparo por violación de los derechos y libertades consagrados en el artículo 53.2 de la Constitución y el conocimiento de los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, así como de los que surjan entre estas mismas o de los de éstas entre sí.

En relación a las competencias del Tribunal Constitucional, cabe destacar, por una parte, que las mismas son bastante amplias y, por otra parte, que las tres primeras coinciden con los tres problemas principales que se generaron durante los dos gobiernos dictatoriales sufridos por el pueblo español.

En efecto, según PÉREZ ROYO¹⁰⁹, durante la dictadura de Primo de Rivera como durante la del General Franco la

109 Javier Pérez Royo, ob. cit., p. 918.

construcción del Estado Democrático se enfrentó a los tres problemas siguientes: se consideró a la Constitución como un documento político y no como norma jurídica; se irrespetaron los derechos humanos y libertades fundamentales y se impidió de manera autoritaria la distribución territorial del poder y la consiguiente descentralización política del Estado.

La correspondencia entre la competencia del Tribunal Constitucional español y la realidad política de la cual surge es muy evidente, ya que para cada uno de los problemas relevantes de la época se creó un mecanismo específico. En efecto, para garantizar el carácter normativo y supremo de la constitución se creó el recurso de inconstitucionalidad, para que los derechos fundamentales fueran respetados se instituyó el recurso de amparo y para viabilizar el funcionamiento de la descentralización estatal se atribuyó competencia al tribunal para conocer los conflictos de competencia que pudieran surgir entre el Estado central y las comunidades autónomas, así como los que pudieran producirse entre estas últimas.

Finalmente y en lo que respecta a la competencia del Tribunal Constitucional español, cabe destacar que, según el artículo 161.1, el constituyente dejó abierta la posibilidad de que mediante reforma constitucional o mediante ley orgánica pudiera ser ampliado el ámbito competencial. Lo que hasta la fecha ha ocurrido una vez mediante reforma constitucional y tres veces mediante ley orgánica.¹¹⁰

110 El artículo 161 establece que: "El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: (...) d) De las demás materias que le atribuye la Constitución o las leyes orgánicas". Según Pérez Royo, mediante reforma constitucional sólo se le ha agregado a las competencias originales del Tribunal Constitucional una, el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, mediante el artículo 95.2. Mientras que a través de leyes orgánicas se han producido tres ampliaciones de competencias: el conocimiento de conflictos de atribuciones entre órganos del Estado, introducido a través de la propia L.O.T.C (CAPÍTULO III del TÍTULO IV); y dos tipos de recursos de amparo, uno introducido por la ley 3-1984, regulatoria de la iniciativa popular contra del acuerdo de la mesa del Congreso de no admisión de una iniciativa de esta naturaleza (artículo 6) y otro por el LOREG contra sentencias del Tribunal Supremo resolutorias de los recursos contra los acuerdos de las Juntas Electorales Provinciales de proclamación de candidatos electos (art. 14). Javier Pérez Royo, ob. cit., pp. 918-919.

Para no desviarnos del objeto de este trabajo, de las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional sólo abordaremos la concerniente al control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad puede ser, dependiendo del momento en que se pueda realizar *a priori*, cuando se hace antes de la entrada en vigencia de la ley, y *a posteriori*, si se hace después de la entrada en vigencia de la ley. Por otra parte, el control puede ser tanto abstracto como concreto. Es abstracto cuando se cuestiona la norma fuera de todo litigio y concreto cuando se plantea de manera incidental y en el curso de un proceso. El control *a priori* siempre será abstracto, mientras que el control *a posteriori* puede ser tanto abstracto como concreto.

Los mecanismos procesales para impulsar el control de constitucionalidad varían de un país a otro, si no en lo esencial, al menos en la denominación y en la forma de hacerlo valer. En los párrafos que siguen nos referiremos a dichos mecanismos.

11. Control *a priori*

Esta modalidad de control se ejerce antes de la entrada en vigencia de la ley y tiene como finalidad crear la posibilidad de anular la norma antes de que sea integrada al ordenamiento jurídico, y de esta forma evitar los trastornos que se producen cuando la inconstitucionalidad se declara después de haberse consolidado relaciones jurídicas y adquirido derechos al amparo de la normativa anulada.

El sistema francés constituye el paradigma de control preventivo de constitucionalidad. En efecto, hasta la modificación constitucional de 1998 sólo era posible el control *a posterioris* en caso de que el legislador incursionare en materia en relación a la cual no existiere reserva de ley,

por corresponder al ámbito de la reglamentación.¹¹¹ Por la razón indicada es de rigor que en este tema comencemos haciendo referencia a dicho modelo.

Al abordar el control *a priori* previsto en el sistema francés, lo primero que cabe destacar es que en dicho ordenamiento existen dos tipos de leyes, las orgánicas, mediante las cuales se organizan las instituciones más importantes y, como consecuencia de ello, para su aprobación se hace necesario agotar un procedimiento agravado; y las ordinarias, mediante las cuales se organizan instituciones menos relevantes y por ello su aprobación se hace siguiendo un procedimiento normal.¹¹²

111 Según los artículos 34 y 37 de la Constitución francesa el control *a posteriori* procede en aquellos casos en que el legislador incursiona en una materia que corresponda al ámbito reglamentario. En tal eventualidad el Consejo Constitucional francés puede intervenir para garantizar que se respeten los ámbitos competenciales y en caso de que se compruebe la violación constitucional, se produce lo que se conoce como el fenómeno de la deslegalización. En este orden, cuando la ley que invade el ámbito del reglamento es anterior a la Constitución de 1958, el Gobierno puede, previa opinión favorable del Consejo Constitucional, regular por decreto la materia previamente contemplada por la ley cuestionada y cuando es posterior la solución que precede solo es posible si previamente el Consejo Constitucional declara inconstitucional la ley de que se trate. Louis Favoreau, *Los Tribunales Constitucionales*, p. 109 y FAVOREU, Luis [et al.], *Droit Constitutionnel*, 3ra. edic. Paris: Dalloz, 2000, p. 321.

Mediante la reforma constitucional de 1998 se introdujo en el sistema de justicia constitucional francés el control constitucional *a posteriori* y concreto, de manera que actualmente en dicho sistema no sólo existe el control *a priori*. Conforme al artículo 61 de la Constitución reformada, el Consejo Constitucional puede declarar inconstitucional una ley que en ocasión de un litigio sea considerada violatoria a los derechos y libertades fundamentales consagradas en la Constitución.

Con la entrada en vigencia de la indicada reforma constitucional, cualquiera de las partes en un litigio puede invocar la excepción de inconstitucionalidad ante el juez apoderado del litigio y si este entiende pertinente el planteamiento sobre el asunto principal, y tramita el expediente ante el Consejo de Estado, si se tratare de materia administrativa, o ante la Corte de Casación si se tratare de un asunto ordinario. Cualquiera de estos dos Tribunales, según el caso, puede apoderar al Consejo Constitucional de la excepción de inconstitucionalidad, si lo considerare procedente. Véase al respecto: Hubert Alcaraz, "Las Mutaciones de la Justicia Constitucional en Francia durante la Quinta República", conferencia pronuncia el 10 de junio del 2010 en la Biblioteca Pedro Mir, auditorio Manuel del Cabral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo en el marco de la celebración del mes francés organizado por la Escuela Nacional de la Judicatura. Pierre Bon "La Cuestión Prejudicial en Francia. ¿Solución o Problema?" Artículo consultado el 9 de julio del 2010, en el sitio de internet www.e-espacio.uned.es/fez/escru.php

112 Conforme al artículo 61.1, de la Constitución francesa de 1958, las leyes orgánicas son las que regulan las instituciones fundamentales del Estado, razón por la cual el procedimiento para su elaboración y aprobación es distinto y reforzado en relación a las leyes ordinarias.

En Francia el control *a priori* es preceptivo en algunas materias y facultativo en otras. En el caso de las leyes orgánicas y los Reglamentos internos del Parlamento, el control previo de constitucionalidad es preceptivo. El primer ministro debe requerir al Consejo Constitucional que proceda a verificar la constitucionalidad de la norma antes de que sea promulgada. En el caso de las leyes ordinarias, el control no es obligatorio y están legitimados el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la asamblea nacional, el presidente del senado, sesenta diputados o sesenta senadores.¹¹³

En lo que respecta a la legitimación de una minoría de los legisladores, la misma es el fruto de la modificación constitucional de 1974, pues la Constitución de 1958 no la contemplaba. La referida reforma dinamizó en Francia la modalidad del control de constitucionalidad que nos ocupa. Esta es la opinión sustentada por LOUIS FAVOREU¹¹⁴, quien entiende que: “La atribución del derecho de impugnación a la minoría parlamentaria por la reforma de 1974 fue decisiva. El número de impugnaciones ha aumentado considerablemente: mientras que se emitieron 9 fallos de 1958 a 1974, de 1974 a 1992 se cuentan 179.” En igual sentido se pronuncia FRANCK MODERNE¹¹⁵, quien afirma que: “El mero hecho de que la ley pueda ser remitida al Consejo Constitucional a instancia de una minoría del parlamentario le ha permitido examinar casi todas las leyes importantes aprobadas por el Parlamento y particularmente las que afectan a los derechos o a la vida cotidiana de los ciudadanos.”

Entendemos, al igual que los mencionados autores, que tiene mucha relevancia reconocerle legitimación a la minoría

113 Artículo 61 de la Constitución francesa.

114 Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, p. 107.

115 Franck Moderne, “El control previo de constitucionalidad en Europa contemporánea”, p. 158, trabajo presentado en el Seminario sobre Justicia Constitucional, celebrado en San José Costa Rica, en el marco del III aniversario de la creación de la Sala Constitucional, celebrado durante los días 23, 24 y 25 de setiembre de 1992.

parlamentaria, porque la razón de ser del control preventivo de constitucionalidad radica, precisamente, en brindar a la minoría la posibilidad de poder recurrir a la justicia constitucional, cuando la mayoría, imperante en un momento determinado, apruebe una ley violando la Constitución o los reglamentos internos del órgano legislativo.

La posibilidad de que leyes inconstitucionales sean aprobadas son muchas, si tomamos en cuenta que, en aplicación del principio democrático, la minoría está obligada a acatar lo decidido por la mayoría, aunque estuviere convencida que la Constitución ha sido violada.

Otro elemento que contribuyó a que el sistema de justicia constitucional francés se dinamizara y alcanzara el desarrollo que tiene en la actualidad, fue la sentencia dictada por el mismo Consejo Constitucional el 16 de julio de 1971, mediante la cual estableció como parámetro de constitucionalidad, además de la Constitución, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, los Preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.¹¹⁶

A juicio de TOCORA¹¹⁷, la indicada sentencia subsanó la deficiencia de la Constitución francesa, consistente en que no consagra un catálogo de derechos fundamentales.

En España el control previo de constitucionalidad no fue consagrado en la Constitución de 1978, pero fue introducido mediante la L.O.T.C. Conforme a esta ley el control *a priori* procede contra un proyecto de ley orgánica y de Estatuto de Autonomía, así como contra un tratado internacional.¹¹⁸

116 Luis Fernando Tocora, *Control de constitucionalidad y derechos humanos*, citado por Fernando Castillo Víquez, en *Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica: Las cuestiones de constitucionalidad*, pp. 62-63.

117 Luis Fernando Tocora, ob. cit., citado por Fernando Castillo Víquez, ob. cit., p. 63.

118 Franck Moderne, *El control previo de constitucionalidad en Europa contemporánea*, pp.163-164.

Esta modalidad de control fue abolida en el año 1985, y en la actualidad, y luego de ser reformado el artículo 95 de la Constitución, sólo se admite el control preventivo de la constitucionalidad de los Tratados Internacionales.

Dicho control preventivo de constitucionalidad está establecido en el artículo 95.2 de la Constitución, texto según el cual el Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional la verificación de la constitucionalidad de un tratado internacional. Cabe destacar que, según LUIS FAVOREU¹¹⁹, el control de constitucionalidad a priori sólo procede en el sistema español, si uno de los órganos legitimados toma la iniciativa, órgano que no está obligado a hacerlo, por tratarse de una mera facultad.

En lo que concierne a las causas de la significativa restricción del ámbito del control previo de constitucionalidad en el sistema español, PÉREZ ROYO, citado por FRANK MODERNE¹²⁰, sostiene que la misma obedeció a que luego de haberse producido el control constitucional en relación a proyectos de leyes orgánicas muy polémicas, se entendió que a través del mismo se producía una injerencia del Tribunal Constitucional en el procedimiento legislativo y al interés de evitar el retraso que provocaba dicho recurso en relación a la entrada en vigencia de la ley impugnada.

En el sistema alemán el control preventivo de constitucionalidad sólo se realiza en relación a los tratados internacionales y a las leyes que regulan litigios entre órganos constitucionales.¹²¹

El primero de los casos se prevé en casi todas las legislaciones, dado lo complejo que es la formalización de

119 Louis Favoreu, ob. cit., pp. 120-121.

120 Javier Pérez Royo, *Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas*, citado por Franck Moderne, ob. cit., p. 164.

121 Louis Favoreu, ob. cit., pp. 71-72.

un tratado y en razón de que en el mismo interviene más de un Estado, lo cual a su vez genera implicaciones de alcance internacional. Debido a lo anterior, la declaratoria de inconstitucionalidad resulta más traumática que si se tratara de una ley, en particular porque desde el punto de vista del derecho internacional, el hecho de que se produzca una eventual declaratoria de inconstitucionalidad no incide en la validez del mismo y, además, porque si el Estado parte se niega a cumplirlo tendría que indemnizar a los demás Estados partes, sin perjuicio del deterioro de su imagen en el ámbito de las relaciones internacionales. Tal deterioro puede sintetizarse en el hecho de que los demás Estados no tendrían interés en negociar con quien no cumple sus obligaciones, independientemente de que invoque razones de orden constitucional.¹²²

Implementando el control a priori, es decir, antes de que se produzca la ratificación por el órgano correspondiente, se evitan las dificultades indicadas en el párrafo anterior, porque el Estado tiene, en caso de que el tratado resulte contrario a la Constitución, dos alternativas: modificar su Constitución o simplemente no ratificar el instrumento internacional.¹²³

En lo que concierne al segundo de los casos, es decir, el control preventivo de las leyes que regulan conflictos entre órganos constitucionales, el Tribunal Constitucional realiza dicho control en ocasión de una controversia entre poderes, ya que previo a decidir el conflicto tiene la obligación de revisar la constitucionalidad de la ley objeto del mismo. Pensamos que la existencia de esta modalidad de control preventivo tiene su explicación en el hecho de que siendo Alemania un Estado Federado, por una parte, el tema del reparto de competencia entre los Landers y entre estos y el Gobierno central es muy sensible, y, por otra parte, siendo el

122 Hermógenes Acosta de los Santos, "Implicaciones del control de constitucionalidad de los tratados internacionales", pp. 58-59, *Gaceta Judicial* No. 262, septiembre 2008.

123 *Ob. cit.*, pp. 58-59.

presidente de la República el símbolo de la unidad nacional del pueblo alemán, es obvio que su opinión en torno a una ley que trate sobre la referida materia tenga mucho valor.

El último caso de control previo se presenta cuando la ley es cuestionada después de aprobada y antes de que entre en vigencia. Lo que ocurre es que el Tribunal Constitucional Federal alemán, una vez es apoderado de la acción, procede a ordenar una suspensión para que la ley objeto de cuestionamiento no entre en vigencia hasta que haya una decisión. De suerte que si se rechaza el pedimento de inconstitucionalidad desaparece la suspensión y en caso de que se anule la ley, esta nunca entra en vigencia.

La hipótesis expuesta en el párrafo anterior parece muy anormal, sin embargo, según nos indica FAVOREU¹²⁴, en 1974 ocurrió en relación a una ley que regulaba la interrupción voluntaria del aborto; en 1977 en relación a una enmienda a la ley sobre servicio militar y civil y en 1990 en relación a una ley sobre las elecciones panalemanas.

En el caso de la justicia costarricense, el control preventivo se ejerce mediante dos mecanismos: la consulta legislativa y el veto presidencial.¹²⁵

Tanto la consulta legislativa como el veto presidencial constituyen dos mecanismos que permiten cuestionar la constitucionalidad de una ley antes de que la misma sea definitivamente aprobada, en el primer caso; y antes de que sea promulgada, en el segundo caso. En cualquiera de las dos eventualidades el cuestionamiento de inconstitucionalidad se produce antes de que la ley entre en vigencia.

La primera cuestión que nos planteamos en torno a la consulta legislativa, es la relativa a los casos en los cuales

124 Louis Favoreu, ob. cit., p. 72.

125 Artículos 96 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y artículo 128 de la Constitución Política.

esta procede. La respuesta a esta cuestión aparece la en el artículo 10.b de la Constitución y en el artículo 96 de la L. J. C. En efecto, conforme a dichos textos la consulta legislativa procede en relación a los proyectos de reforma constitucional, a los convenios internacionales y en relación a cualquier proyecto de ley.

Partiendo del contenido de los textos anteriormente indicados, CASTILLO VÍQUEZ sostiene que: "...existen tres modalidades de consulta constitucional: la preceptiva, la facultativa y la especial."¹²⁶

La primera procede cuando se trate de la reforma constitucional, reforma a la L. J. C. a los convenios internacionales. La segunda se refiere a cualquier tipo de proyecto y se requiere de la firma de por lo menos 10 diputados.¹²⁷ Y la tercera es la que interponen los órganos anteriormente indicados, cuando entiendan que se les ha vulnerado su competencia y, en el caso del Defensor de los Habitantes, cuando se violen derechos fundamentales.

Luego de analizar el contenido de los textos de referencia llegamos a la misma conclusión de CASTILLO VÍQUEZ¹²⁸, en el sentido de que "...el objeto de la consulta constitucional es amplio y variado, debiendo recaer necesariamente sobre reformas constitucionales, proyectos de aprobación de convenios internacionales y de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y, optativamente, sobre todos los proyectos de ley, actos y contratos administrativos, reformas al reglamento de la Asamblea Legislativa (acuerdo legislativo) y mociones."

126 Fernando Castillo Víquez, *Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica: las cuestiones de constitucionalidad*, p. 265.

127 *Ibíd.*

128 *Ob. cit.*, p. 271.

Según la Sala Constitucional¹²⁹, la consulta preceptiva se justifica en las materias indicadas porque, dada su relevancia para el ordenamiento jurídico, el control previo de constitucionalidad no puede ponerse a depender de la voluntad de los legisladores. A la justificación anterior debe agregársele, en relación a los tratados internacionales, que el control *a posteriori* de los mismos tendría graves consecuencias (en este aspecto nos remitimos a lo expuesto en el No. 11 p. 104).

Cabe resaltar, en relación a las materias cuya consulta es preceptiva, que conforme al criterio de la Sala Constitucional,¹³⁰ también es posible que un mínimo de 10 diputados puedan plantearla, aunque en principio es una obligación del Directorio de la Asamblea Legislativa.

La consulta legislativa debe promoverse, cuando se trate de la reforma a la Constitución, después de aprobada en primer debate y antes de la aprobación definitiva; mientras que en los demás casos debe iniciarse después de aprobada en primer debate y antes de serlo en tercer debate. Pero en la eventualidad en que la Asamblea Legislativa tuviere obligada, por mandato de la Constitución o de los Reglamentos, a votar el proyecto en un plazo determinado, la consulta deberá hacerse con la debida anticipación y el proyecto se votará aunque no se cuente con la consulta de la Sala.¹³¹

Conforme queda expuesto en el párrafo anterior, la regla general, según la cual la consulta legislativa debe ser sometida después de aprobado el proyecto de que se trate en primera lectura y antes de su sanción final, no se

129 Véase sentencia No. 1568-94 de las 15: 42 horas del 5 de abril de 1994.

130 *Ibid.*

131 Véase artículos 98 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Cabe aclarar que aunque el texto hace referencia a un tercer debate, actualmente, y desde el año 1993, año en que fue modificado el artículo 124 de la Constitución Políticfa realizada en el año 1993, sólo existen dos debates.

aplica cuando, por mandato constitucional o reglamentario, el proyecto deba ser votado en un plazo determinado.

Una hipótesis en la cual se aplica la excepción, según lo ha establecido la Sala Constitucional¹³², es cuando se trate del proyecto de presupuesto ordinario de la República, el cual debe ser aprobado, según el artículo 178 de la Constitución Política, a más tardar el 30 de noviembre de cada año.

Sin dudas que al consagrarse la excepción de referencia, el interés del legislador es evitar los trastornos y perjuicios que puedan derivarse para el funcionamiento de la estructura estatal si el Gobierno no cuenta con un nuevo presupuesto cada año y en la fecha programada, de suerte que eliminado el requisito mencionado existe la posibilidad de que en caso de consulta se pueda tener la oportunidad de realizar el examen de constitucionalidad y al mismo tiempo aprobar oportunamente el presupuesto. De lo que se trata, en definitiva, es de conciliar, a costa de sacrificar una formalidad, dos intereses: la necesidad de que se lleve a cabo el examen de constitucionalidad del proyecto, en la eventualidad de que haya consulta, y que el mismo sea aprobado dentro del plazo previsto por la Constitución o los reglamentos.

Sin embargo, cabe resaltar que, como ya se indicó, en la eventualidad de que en la especie que nos ocupa no haya sido posible realizar oportunamente el examen de

132 La Sala Constitucional, mediante sentencia No. 2000-10136 de las 9:00 horas del 17 noviembre, estableció lo siguiente: "La consulta se formula con fundamento en el inciso b) del artículo 10 de la Constitución Política, y artículos 96 a 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y antes de haberse sometido a consideración del plenario Legislativo en primer debate el proyecto en cuestión. La admisibilidad de la Consulta en esas circunstancias es procedente, a la luz de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 98 de la misma ley, que dispensa la obligación contenida en el párrafo primero, para los proyectos de ley que tengan un plazo constitucional o reglamentario específico, caso en el cual deberá ser formulada con la anticipación debida. El Proyecto de Presupuesto Nacional, según lo establece el artículo 178 de nuestra Constitución, deberá estar definitivamente aprobado antes del 30 de noviembre de cada año, circunstancia que justifica que la materia sometida a consulta sea analizada a la luz de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 98 citado, y sin el beneficio total del plazo otorgado en el artículo 101 de la misma ley."

constitucionalidad, los trámites legislativos se continuarán y el proyecto se aprobará, aunque no se cuente con la decisión de la Sala sobre la consulta. Lo anterior supone que el legislador, ante la imposibilidad de salvaguardar los dos intereses en conflicto, privilegia más el de la eficiencia y la funcionalidad en detrimento de la preservación de la supremacía de la Constitución, que es lo que se persigue con la implementación de la modalidad de control de constitucionalidad que nos ocupa, y de cualquier otra modalidad.

La fórmula adoptada por el legislado costarricense nos parece razonable, aunque el plazo de dos meses que según el artículo 178 de la Constitución Política debe mediar entre la presentación a discusión del Proyecto de Presupuesto Público y su aprobación, puede resultar insuficiente para que se presente la consulta y la Sala Constitucional se pronuncie en relación a la misma. De suerte que siendo precario el referido plazo puede presentarse la situación en que un proyecto de la naturaleza que nos ocupa sea aprobado sin el correspondiente examen de constitucionalidad, sin que pueda imputársele responsabilidad ni a la Asamblea Legislativa ni a la Sala Constitucional.

En lo que concierne a quienes están legitimados para formular las consultas, en el caso de la preceptiva, debe hacerlo el Directorio de la Asamblea y en los demás casos un mínimo de diez diputados. Igualmente, también están legitimados La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, cuando entiendan que con el proyecto de ley se afectan sus competencias constitucionales. Y, finalmente, el Defensor de los Habitantes, si considerare que el proyecto de ley infringe derechos y libertades fundamentales.¹³³

Conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, mediante el mecanismo de la consulta legislativa el sistema brinda

133 Artículos 96 y 97 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

la oportunidad de participar en el control preventivo de constitucionalidad, al Poder Legislativo, al Poder Judicial y a todo aquel que habite en territorio costarricense, en este último caso de manera indirecta a través del Defensor de los Habitantes. El Presidente de la República no está legitimado, exclusión que se justifica porque dispone del mecanismo del veto presidencial.

Los particulares no están legitimados en esta modalidad de control de constitucionalidad¹³⁴, en la medida de que la Sala Constitucional ha establecido el criterio de que la figura del coadyuvante es propia de la acción en inconstitucionalidad y extraña a la consulta legislativa.

Se trata de un sistema que es bastante abierto si se toma en cuenta que por la naturaleza de esta modalidad de control la legitimación debe ser restringida. En este sentido se pronuncia FRANCK MODERNE¹³⁵, quien sugiere que: "...para impedir la utilización frívola de ese control previo, la técnica más adecuada es la consistente en la restricción de la legitimación para acceder a esta vía de control. Esto no significa que la legitimación sea reservada a uno o dos órganos constitucionales. Parece procedente, por ejemplo, que una minoría parlamentaria sea legitimada para presentar el recurso contra una ley o contra un tratado internacional."

Con relación al número de 10 diputados, cabe la siguiente pregunta: ¿cuál sería la suerte de una consulta legislativa suscrita por un número menor de diputados, o la de una consulta que es suscrita por el número requerido pero que luego de introducida algunos de los legisladores pierden interés y se retiran?. En el primero de los casos, la

134 Mediante sentencia No. 2000-08746, de las 14:49 horas del 4 de octubre del 2000, la Sala Constitucional estableció que: "...Tampoco es procedente tener la gestión como coayuvancia, pues está prevista en la ley que rige la jurisdicción en la acción en inconstitucionalidad, pero no en la consulta de constitucionalidad".

135 Franck Moderne, "Control a priori y control a posteriori de constitucionalidad", p. 169.

Sala Constitucional estableció¹³⁶ que si con posterioridad y antes de que se haya decidido la consulta se agregan otros diputados y se completa el mínimo legal, el requisito se da por cumplido. En el segundo de los casos, HERNÁNDEZ VALLE¹³⁷ entiende que el requisito del número mínimo de los 10 diputados no sólo se exige al momento de incoar la consulta, sino durante todo el procedimiento.

Tanto la solución de la jurisprudencia como la de la doctrina me parecen válidas, porque no cabe duda que las materias en las cuales la consulta es facultativa, la intención del legislador de supeditar su impulsión a la voluntad de los diputados es muy evidente. De manera que si por desistimiento de algunos de los consultantes se quiebra el mínimo exigido por la ley, resulta incuestionable que ello equivale a desistimiento, eventualidad que impide que el tribunal continúe apoderado, so pena de violar la letra y el espíritu de la ley que rige la materia que nos ocupa.

En lo que respecta a la forma y al procedimiento establecido para conocer la consulta legislativa, en el caso de la preceptiva, el Directorio de la Asamblea se limita a tramitar el expediente relativo al proyecto, pero cuando se trate de la facultativa quien la promueva debe hacerlo mediante un escrito en el cual se indique los textos que coliden con la Constitución, así como los fundamentos de dicha colisión.¹³⁸

Un aspecto importante vinculado a la consulta legislativa facultativa es la concerniente a los aspectos del proyecto en cuestión que puede revisar la Sala Constitucional, se trata de una situación no resuelta por el legislador. Sin embargo, la Sala Constitucional sostiene que en aplicación de lo que

136 Véase sentencia No. 2000-02928 de las 9:00 horas del 7 de abril de 2000.

137 Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, p. 408.

138 Artículo 99 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

dispone¹³⁹, el artículo 99 de la L. J. C. sólo puede revisar "...los extremos cuestionados en forma concreta por los consultantes y no aspectos generales de constitucionalidad..."

El criterio sostenido por la Sala Constitucional no es compartido por HERNÁNDEZ VALLE¹⁴⁰, quien entiende que: "La Sala debe dictaminar sobre los aspectos o motivos consultados o sobre cualesquiera otros que considere relevantes desde el punto de vista constitucional". Nos parece que el punto de vista del autor es correcto, porque ni la ley ni los principios justifican la tesis restrictiva adoptada por la Sala. Por el contrario, entendemos que tratándose de un control a priori, la aplicación del principio *iura novit curia*, tiene igual o mayor fundamento, y en este orden lo procedente es que el tribunal resuelva la totalidad de los vicios advertidos. No dictaminar sobre vicios detectados por el Tribunal bajo el pretexto de que no fueron invocados por los consultantes, a lo único que conduce es, eventualmente, a posponer una declaratoria de constitucionalidad y a dejar pasar la oportunidad de señalarla de manera preventiva.

En lo que concierne al efecto que produce la consulta, resulta que desde que esta se interpone y la Sala Constitucional la comunica a la Asamblea Legislativa, el procedimiento legislativo se paraliza.¹⁴¹ En la eventualidad de que la Asamblea legislativa no suspenda, la Sala Constitucional¹⁴²

139 Véase sentencia No. 6215-93, de las 9:30 horas del 25 de noviembre de 1993.

140 Rubén Hernández Valle, ob. cit., p. 409.

141 Artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

142 Mediante la sentencia No. 7515-94, de las 15:27 horas del 21 de diciembre 1994, la Sala Constitucional estableció que "...el citado artículo 100 establece la improcedencia de votar en 'tercer debate', el definitivo, un proyecto de ley cuya consulta pende ante la Sala Constitucional. A partir de la reforma del artículo 124 de la Constitución Política, ha de entenderse improcedente votar en segundo debate, en el definitivo, un proyecto cuya consulta está pendiente ante la Sala, de forma que procede aquí aplicar el artículo 101, párrafo segundo, de la ley de la Jurisdicción Constitucional, y dictar de forma vinculante la existencia de un trámite inconstitucional: dar el debate definitivo de un proyecto antes de que la Sala evacuará la consulta legislativa pendiente.(...) La Comisión Legislativa Plena Tercera, entonces, debe votar en segundo debate el proyecto de ley de maras, una vez notificado el dictamen de la Sala, vinculante en cuanto al trámite omitido, no vinculante en cuanto al fondo." Véase en este mismo sentido la sentencia No. 2000-

ha establecido el criterio de que los trámites posteriores son inconstitucionales, en aplicación de lo que establece el artículo 101 de la L. J. C., y como consecuencia, la Asamblea Legislativa queda obligada, una vez se evacúa la consulta, a repetir los trámites irregularmente agotados.

La decisión sobre la consulta debe producirse dentro del mes de su recibo. Dicha decisión sólo es vinculante para la Asamblea Legislativa en lo que respecta a los vicios de forma.¹⁴³ Por la razón anterior la Sala Constitucional ha calificado la consulta legislativa como un mecanismo mediante el cual se orienta en el orden constitucional a la Asamblea Legislativa, antes de que convierta definitivamente en ley el proyecto.¹⁴⁴

Sin embargo, HERNÁNDEZ VALLE¹⁴⁵ sostiene que: “Cuando la Sala detecta violaciones procedimentales, en tales hipótesis emite verdaderas sentencias, dado que al ser vinculantes tales resoluciones no es posible conceptuarlas como dictámenes. En este caso: “(...) la Sala ejercita una auténtica potestad jurisdiccional, pues aplica el parámetro de constitucionalidad a las normas consultadas, declarando, en su caso, que existe un vicio de inconstitucionalidad que debe ser eliminado por la Asamblea Legislativa en el iter parlamentario correspondiente.”

02928 de las 9:00 horas del 17 de abril del 2000.

143 Artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

144 La Sala Constitucional, mediante sentencia No. 2000-08750 de las 14:53 horas del 4 de octubre del 2000, estableció: “ En la consulta facultativa de constitucionalidad –como ésta- lo que se persigue es que la Asamblea Legislativa, antes de decidir en forma definitiva sobre proyecto de ley, cuente con la opinión de la Sala Constitucional de la conformidad o no del texto del proyecto con la Constitución Política, así como si en su tramitación se han observado las disposiciones requeridas por la carta fundamental. En síntesis, puede decirse que sólo se trata de observaciones no vinculantes -con la excepción que hace la ley en caso de que se establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado- tendentes a orientar al legislador en una determinada dirección o, incluso, a impulsarle a que siga la orientación que se le indique -se se hizo alguna-. Es según la doctrina un caso típico de control preventivo de constitucionalidad.”

145 Rubén Hernández Valle, ob. cit., p. 408.

En torno a la limitación del carácter vinculante de la decisión de la Sala Constitucional dictada en ocasión de una consulta legislativa, CASTILLO VÍQUEZ¹⁴⁶ revela que cuando fue discutido el artículo 101 de la L. J. C., se enfrentaron dos posiciones, una que entendía que si el dictamen fuere vinculante la Asamblea Legislativa estaría cediendo la facultad de legislar a ese órgano; mientras que la otra sostenía que si la decisión no tenía carácter vinculante, la consulta legislativa carecía de sentido.

En lo que concierne a este aspecto, nos parece que la segunda de las posiciones defendidas es la más coherente con la naturaleza del mecanismo que estamos analizando, en la medida de que carece de sentido que se consulte a la Sala Constitucional y luego lo que esta indique pueda ser desacatado por la Asamblea Legislativa. Carece aún más de sentido si tomamos en cuenta que luego de que el proyecto sea convertido ley y ante la eventualidad de una acción en inconstitucionalidad, la Sala Constitucional puede volver a detectar los mismos vicios. Entonces, para qué correr el riesgo de un control *a posteriori* si se puede resolver *a priori*.

Por las razones anteriores es que compartimos la tesis sustentada por CASTILLO VÍQUEZ¹⁴⁷, quien en torno a esta cuestión sostiene que: “La norma que estamos glosando provoca inseguridades y contradicciones, las que no se subsanan con la no preclusión de la posibilidad de impugnar las normas cuestionadas a través de las técnicas del control *a posteriori* de constitucionalidad. A nuestro modo de ver, la opinión consultiva debería ser siempre vinculante para el Parlamento con lo que se garantiza, en primer lugar, el respeto al principio de supremacía constitucional, al cerrar el portillo de que el Parlamento apruebe normas que previamente han sido declaradas inconstitucionales. En segundo lugar y,

146 Fernando Castillo Víquez, *Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica: las cuestiones de constitucionalidad*, p. 278.

147 *Ibid.*

sobre todo, en el ámbito de las relaciones internacionales, se impide que se aprueben convenios internacionales contrarios a la Carta Fundamental, los cuales, una vez declarados inconstitucionales a través de los controles *a posteriori* de constitucionalidad, podrían acarrearle al Estado de Costa Rica enormes responsabilidades de naturaleza patrimonial, porque en este supuesto (donde se aprueba y se ratifica un convenio internacional a sabiendas de que es contrario a la Constitución y, posteriormente, se vuelve a fijar la misma postura con un efecto vinculante *erga omnes*), evidentemente sería vulnerando los principios de *pacta sum servanda* y de la *bona fides*.”

Luego de exponer los aspectos que consideramos relevantes sobre la consulta legislativa, procederemos a abordar la figura del veto presidencial.

El veto presidencial es un mecanismo mediante el cual se faculta al Presidente de la República a negarse a promulgar una ley y a devolverla a la Asamblea Legislativa con las observaciones que considere pertinentes, con la excepción de los proyectos relativos al presupuesto ordinario de la República.¹⁴⁸

Cuando la causa de la negativa de la promulgación sean alegados vicios de inconstitucionalidad, modalidad que es la que nos interesa, el proyecto también será devuelto a la Asamblea Legislativa y si esta no estuviere de acuerdo remitirá el expediente a la Sala Constitucional para que en un plazo de un mes, contado a partir del recibo del expediente, conozca de dichas observaciones.¹⁴⁹

En caso de que la Sala Constitucional llegue a la conclusión de que las disposiciones cuestionadas, o algunas de ellas, coliden con la Constitución, tales disposiciones se suprimirán del proyecto y la Asamblea legislativa continuará con los trámites.¹⁵⁰

148 Artículo 125 de la Constitución Política.

149 Artículo 128 de la Constitución Política.

150 *Ibid.*

Si partimos del hecho de que las disposiciones que la Sala Constitucional considera inconstitucionales quedan suprimidas del proyecto, debemos llegar a la conclusión de que, a diferencia de lo que ocurre en la otra modalidad de consulta, en esta la decisión de la Sala es vinculante tanto en caso de vicios de forma como en caso de vicios de fondo. Como consecuencia, puede decirse que la decisión que se toma más que una opinión es una verdadera sentencia.

Para finalizar este tema queremos destacar que en relación a la consulta legislativa facultativa ha habido un rechazo significativo por parte de la clase política o, como nos dice CASTILLO VÍQUEZ¹⁵¹ “...importantes sectores de la clase política se han pronunciado por elevar su requisito o por su eliminación”.

Quienes se muestran en contra de la consulta facultativa, alegan que la misma ha incrementado el trabajo de la Sala Constitucional, y que, además, la minoría parlamentaria abusaba de dicho mecanismo. CASTILLO VÍQUEZ¹⁵², en

151 Fernando Castillo Víquez, ob. cit., p. 266.

152 Ob. cit., pp. 266, 267 y 268. Por considerarlo un análisis de mucha importancia procedemos a copiar *in extenso* los argumentos expuestos por el autor en el seminario-taller sobre la jurisdicción constitucional y contencioso administrativa, celebrado en octubre de 1999: “En primer lugar, ha existido una tendencia, sobre todo de los miembros de la clase política de eliminar el control previo de constitucionalidad facultativo, es decir, aquel en el cual se requiere de diez firmas de Diputados para plantear la consulta de constitucionalidad a la Sala. Tanto el proyecto del Diputado Trejos Fonseca como en los proyectos del Diputado Trejos Salas y de don Luis Fishman, se elimina ese control previo facultativo, con la única diferencia de que en el proyecto de don Luis Fishman se pasa del control previo a un control posterior, es decir, se le da legitimación a diez diputados para que, una vez promulgada la ley, puedan tener acceso directo a la acción de inconstitucionalidad. Me he pronunciado en contra de estas iniciativas, tanto en los informes que me correspondió elaborar en calidad de asesor del Parlamento, como en algunos foros en que me ha tocado participar, por varias razones. En primer lugar, creo que el control previo de constitucionalidad facultativo no ha representado un exceso de trabajo para la Sala Constitucional como se menciona en los proyectos de ley. Revisando las estadísticas encontramos lo siguiente: en diez años se han presentado 273 consultas de constitucionalidad. De esas 273, 220 han sido consultas preceptivas, es decir, han sido consultas que se han debido presentar porque estaba de por medio una reforma constitucional o la aprobación de un convenio internacional. Entonces, lo que nos queda como resultado es que, aproximadamente, son 53 consultas facultativas las que se han presentado a lo largo de diez años. Así las cosas, el argumento de que existe un exceso de trabajo para la Sala Constitucional por este tipo de consulta no es válido. En segundo lugar, se ha dicho que el legislador abusa, porque lo que no gana en el debate parlamentario lo trata de ganar en la Sala Constitucional planteando la consulta al Tribunal. Esto no es del todo cierto. Muchas veces ocurre lo contrario, la mayoría parlamentaria, ante los argumentos de la oposición y la minoría, es la que presenta la

ocasión de un seminario celebrado en octubre de 1999, le salió al frente a quienes promovían la restricción o eliminación de la consulta legislativa. Cuatro razones fueron expuestas a favor del mantenimiento del mecanismo de control de constitucionalidad, las cuales sintetizamos a continuación: 1) que en los 10 años sólo se han presentado 53 consultas facultativas, de lo cual resulta que la implementación de esta modalidad de control de constitucionalidad no ha representado un exceso de trabajo; 2) porque, contrario a lo afirmado, la minoría parlamentaria no intenta ganar en la Sala Constitucional lo que pierde en el debate, ya que muchas veces es la mayoría la que consulta cuando se trata de proyectos trascendentales y la opinión de la minoría le crea dudas; 3) porque en materia presupuestaria, existe una importante jurisprudencia gracias a la existencia de la consulta, de no existir esta se introducirían materias no atinentes a la presupuestaria y se violaría principios como el de especialidad y el de anualidad; y, finalmente 4): porque constituye un mecanismo que permite a la minoría hacer frente a las ocasionales arbitrariedades de la mayoría.

consulta porque tiene dudas sobre si el proyecto de ley es o no constitucional. Entonces, para estar segura, sobre todo en proyectos de gran trascendencia para el país, le pide a la oposición que firme conjuntamente la consulta. Por otra parte, son casos muy aislados en los cuales se ha utilizado la consulta de constitucionalidad como un mecanismo para trasladar un conflicto de naturaleza política a la Sala Constitucional. Además, la Sala, en algunas sentencias, cuando ha visualizado esas intenciones ha resuelto adecuadamente el asunto, como sucedió recientemente en un caso donde trataron de utilizar una consulta previa para sostener una acción de constitucionalidad. La Sala muy atinadamente dijo que no se puede sustentar una acción de inconstitucionalidad en una consulta de constitucionalidad.

La otra razón para que se mantenga la consulta facultativa de constitucionalidad, es el hecho de que en materia presupuestaria la Sala Constitucional ha venido a sentar una importante jurisprudencia gracias a la existencia de esta consulta. Aquí, como es bien sabido, existe un agravante, y es que el presupuesto se liquida en un año, tiene que estar liquidado a más tardar el 31 de marzo del año siguiente (principio de anualidad). Lo cierto del caso es que, en materia presupuestaria, si no existiera la consulta facultativa de constitucionalidad, como decía algún tratadista español, se convertiría nuevamente la ley de presupuesto en una ley ómnibus, donde se empezaría a introducir materias no atinentes a la presupuestaria. Eso sería aún más grave, pues se comenzaría a violentar los principios en materia presupuestaria, concretamente, el principio de especialidad, el principio de la anualidad, etcétera. En un tema tan importante de control debe existir un mecanismo efectivo para que se respeten los principios constitucionales (...) Y la cuarta razón, es que la consulta facultativa de constitucionalidad le permite a la oposición tener un instrumento importante frente a las mayorías parlamentarias, mayorías que a veces son muy arbitrarias y a veces no tienen como objetivo, como lo he dicho muchas veces, el respeto de la Constitución..."

En relación a los argumentos invocados por el autor, lo primero que debemos reconocer es que son muy sólidos y, segundo, que la consulta legislativa es un mecanismo que fortalece el principio democrático, pero que, lamentablemente, muchas veces se desnaturaliza y en lugar de ayudar a la estabilidad y buen funcionamiento del sistema democrático, se constituye en un obstáculo. Yo me inclino por la corriente que propugna por la eliminación de toda suerte de control preventivo, salvo y exclusivamente en lo que respecta a los tratados internacionales. Ello no significa que no pueda existir una comunicación fluida entre los distintos poderes del Estado y que antes de aprobarse un proyecto de relevancia se acuda a las vistas públicas para que los órganos políticos interesados, los diferentes sectores que inciden en la sociedad y los ciudadanos puedan opinar sobre la materia que se pretende regular.

12. El control *a posteriori*

El control de constitucionalidad que se ejerce después de la entrada en vigencia de la norma, puede ser abstracto, cuando se enjuicia la norma al margen de un litigio; y concreto, cuando se realiza de manera incidental y en ocasión de un proceso donde la norma objeto del control es pertinente. En los párrafos que siguen analizaremos estas modalidades de control *a posteriori*, siempre utilizando como modelos los sistemas de justicia constitucional español, alemán y costarricense.

12.1 El control abstracto en el sistema español: el recurso de inconstitucionalidad

Este control se hace de manera abstracta, o sea, con independencia de la aplicación de la norma a un caso concreto. Y lo que se le solicita al Tribunal Constitucional: "...es una desautorización inmediata y directa de la manifestación de voluntad del órgano legislativo".¹⁵³

153 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 922.

Mediante este recurso el Tribunal Constitucional puede anular y expulsar del ordenamiento jurídico una norma que ha sido creada por el poder del Estado que tiene mayor legitimidad democrática y arraigo popular, de ahí que la decisión estimativa de un recurso de inconstitucionalidad tiene una carga política muy relevante. Consciente de lo anterior el constituyente español y en general el constituyente de los sistemas de justicia constitucional europea fueron muy cuidadosos al momento de reglamentar dicha función, en especial, en lo que concierne a la legitimación para ejercer el recurso.

En relación con el recurso de inconstitucionalidad abordaremos los siguientes aspectos: a) cánones utilizados como parámetro en el examen de constitucionalidad; b) objeto del control de constitucionalidad; c) legitimación para interponer el recurso; d) plazo para interponer el recurso; e) tramitación del recurso.¹⁵⁴

a) Cánones utilizados como parámetro en el examen de constitucionalidad

En el examen de constitucionalidad de la ley y disposiciones normativas con fuerza de ley, es obvio que la operación intelectual que realiza el Tribunal Constitucional consiste en la comparación de la Constitución con la norma de que se trate, con la finalidad de determinar si esta última es o no conforme con la primera. De manera tal que, en principio, el canon que sirve de parámetro es la Constitución.

No obstante, y conforme al artículo 28.1 de la L.O.T.C., en materias específicas, no sólo las disposiciones constitucionales deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar la constitucionalidad de la norma, sino, además, otras disposiciones, las cuales forman el denominado bloque de

¹⁵⁴ Ob. cit., pp. 922-923.

constitucionalidad¹⁵⁵. Según ISIDRE MORLE¹⁵⁶, dicho bloque lo “comprende la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía, las leyes previstas en CE 150 y, en general, todas las leyes que delimiten las competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas o que establezcan la competencia de los órganos que dicten leyes o normas con rango de ley.”

En un caso, por ejemplo, en que la norma objeto de control constitucional tenga incidencia en la distribución de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, el interprete también debe tomar en cuenta las leyes relativas a la delimitación de las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas o las leyes que regulan o armonizan el ejercicio de éstas.

Por otra parte, en razón de que la causa de inconstitucionalidad de la norma puede ser un vicio de procedimiento y como el procedimiento parlamentario está regulado por los Reglamentos internos de cada Cámara, conforme doctrina del Tribunal Constitucional, dichos reglamentos también pueden servir como parámetro en el juicio de constitucionalidad de la ley.¹⁵⁷

b) Objeto del control de constitucionalidad

El objeto del recurso de inconstitucionalidad está delimitado en el artículo 27.2 de la L.O.T.C. Conforme a dicho texto el objeto es el siguiente: Estatutos autónomos y demás Leyes

155 Con la expresión “bloque de constitucionalidad” se hace referencia a aquellas disposiciones que, por la materia que regulan, se consideran parte de la Constitución, con lo cual se amplía el concepto de Constitución, así como el parámetro de constitucionalidad. El concepto es de origen francés, creado mediante varias decisiones dictadas por el Consejo Constitucional francés, siendo la más relevante, la del 16 de julio de 1971, en la cual dicho tribunal estableció, de manera expresa y definitiva, aunque no por primera, el valor positivo y constitucional del preámbulo de la Constitución y de los textos a los cuales ella se refiere. Véase L. Favoreu y L. Philip, “Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel”, pp. 248 y siguientes, y en particular la p. 252.

156 Isidre Molas, *Derecho Constitucional*, p. 234.

157 P. Biglino Campos, citado por Francisco Caamaño Domínguez [et al.], *Jurisdicción y procesos constitucionales*, p. 32.

orgánicas; las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley; los Tratados Internacionales; los Reglamentos de las Cámaras y los de las Cortes Generales; las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas; los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Quedan excluidos del ámbito del objeto del control de constitucionalidad, tanto los reglamentos como las leyes anteriores a la Constitución vigente.¹⁵⁸

c) Legitimación para interponer el recurso

El constituyente español sólo reconoció legitimación para cuestionar la constitucionalidad de la ley o disposiciones con fuerza de ley, a órganos políticos determinados. Según se establece en el artículo 162 de la Constitución, pueden interponer el recurso: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

Luego de analizar el contenido del mencionado artículo 62, PÉREZ ROYO¹⁵⁹, con sobrada razón, llega a la conclusión de que la finalidad perseguida por el constituyente, al momento de reconocer la legitimación, fue la protección de la minoría y preservar el equilibrio de la distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas.

Ciertamente, por una parte, el reconocimiento de la legitimación a una fracción de los miembros del Congreso de

¹⁵⁸ No entran en el objeto del control de constitucionalidad ni los reglamentos ni las leyes preconstitucionales, en razón de que dicha normativa puede ser inaplicable por los tribunales cuando la consideren contraria a la Constitución, lo que hace innecesaria la intervención del Tribunal Constitucional. Véase al respecto, García de Enterría, Eduardo, [et al.] *Curso de Derecho Administrativo*, 1 ra. edic. argentina y duodécima edición española, 2 tomos. Buenos Aires: Thomson Civista, t. I, 2006, p. 109; y Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales 1985, pp. 144 y siguientes.

¹⁵⁹ Javier Pérez Royo, ob. cit, p. 923.

los diputados o a una fracción de los miembros del senado, lo que persigue es proteger la minoría, lo cual tiene una gran relevancia, ya que puede servir, como nos dice PÉREZ ROYO¹⁶⁰, como “...una importante previsión para la defensa de la Constitución ante posible extralimitación de la mayoría.” Y, por otra parte, en el caso de la legitimación de los órganos de las Comunidades Autónomas, resulta evidente que la intención es garantizar el equilibrio de la distribución de las competencias, en la medida en que por la vía del recurso estos órganos tienen la posibilidad de impugnar cualquier ley que a su juicio afecte sus ámbitos competenciales.

Sin embargo, nos parece que la conclusión a la que llega PÉREZ ROYO no recoge toda la intención del constituyente, porque deja de lado la legitimación reconocida al defensor del pueblo, la cual desde nuestro punto de vista tiene como finalidad instituir un órgano que pueda representar los intereses de los ciudadanos en la eventualidad en que el propio Parlamento dicte una ley que desconozca un derecho fundamental.

La legitimación que se le reconoce al defensor del pueblo hay que verla como una compensación por la eliminación de la legitimación directa de los ciudadanos que se consagraba en la Constitución de 1931. De ahí que, contrario a lo afirmado por PÉREZ ROYO¹⁶¹, entendemos, por una parte, que en la actualidad más que eliminarse la legitimación de los ciudadanos, lo que ha ocurrido es que de una legitimación directa se ha pasado a una legitimación indirecta, ejercida a través de un representante, como lo es el defensor del pueblo. Y, por otra parte, no creemos que dicha legitimación sea “auténticamente demencial” como lo sostiene el autor, porque si bien es cierto que quien nombra al defensor del pueblo es el propio Parlamento, ello no significa que se trate

160 Isidre Molas, ob. cit., p. 236.

161 Javier Pérez Royo, ob. cit., p. 923.

de un órgano dependiente de dicho poder, en la medida de que una vez se produce el nombramiento este tiene la responsabilidad de comportarse como un genuino defensor de los principios y valores esenciales del sistema, así como de las libertades públicas y de los derechos fundamentales hasta tal punto que, eventualmente, puede verse en la obligación de enfrentar al propio órgano que lo designó, situación que puede presentarse cuando, por ejemplo, se dicte una ley que desconozca la esencia o el núcleo duro de un derecho fundamental.

En lo que respecta al ámbito de la legitimación del defensor del pueblo, aunque ningún texto lo limita a la defensa de los derechos fundamentales coincidimos, tanto con PÉREZ ROYO como con CAAMAÑO DOMÍNGUEZ¹⁶², quienes consideran que su legitimación está circunscrita a la protección de dichos derechos, en el entendido de que esa es la función que justifica su existencia.

d) El plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad

El plazo previsto para interponer el recurso de inconstitucionalidad es de 3 meses, según lo dispone el artículo 33 L.O.T.C., plazo que se cuenta a partir de la fecha de publicación de la ley en el Boletín Oficial del Estado. Como puede verse, se trata de un plazo breve, lo cual se justifica, conforme a la doctrina, porque lo que se busca con este recurso es que si la mayoría no atiende a la inconstitucionalidad invocada por la minoría, esta última pueda subsanar el vicio a la mayor brevedad posible.¹⁶³ Por otra parte, se trata de un plazo de caducidad, lo cual implica que en ningún caso se prorroga.¹⁶⁴

¹⁶² Javier Pérez Royo, ob. cit., p. 923; Francisco Caamaño Domínguez [et al.], *Jurisdicción y procesos constitucionales*, p. 25.

¹⁶³ Javier Pérez Royo, ob. cit., p. 924.

¹⁶⁴ Francisco Caamaño Domínguez [et al.], *Jurisdicción y procesos*

El referido plazo puede aumentarse a 9 meses, cuando el recurso lo interponga el Presidente del Gobierno o los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, a condición de que se cumplan los requisitos siguientes: cuando se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, a instancia de cualquiera de las instituciones involucradas; que se haya adoptado un acuerdo en el seno de las administraciones, pudiéndose instar, en su caso, la modificación de la norma; que el acuerdo se le comunique al Tribunal Constitucional, dentro de los tres meses de publicada la ley; igualmente, dicho acuerdo debe ser publicado, en el referido plazo, en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente.¹⁶⁵

Con la ampliación del plazo se pretende resolver el conflicto por la vía de la negociación política y evitar el recurso. Tal estrategia es saludable, tomando en cuenta que la mitad de los recursos que se interponen son por conflictos de competencia y la mayoría se han tenido que tramitar como recursos de inconstitucionalidad porque la norma que daba origen al conflicto tenía rango de Ley.¹⁶⁶

No obstante, hay quienes no valoran positivamente la ampliación del referido plazo y más bien la critican de manera abierta. En este sentido se afirma que: “La idea, pues, de que se negocie políticamente la constitucionalidad, no ya de una iniciativa, sino de lo que es jurídicamente una ley, por parte de unas Comisiones Bilaterales dependientes de los Ejecutivos, no parece acomodarse con facilidad al sistema de control de constitucionalidad previsto en la Constitución y en la L.O.T.C, con independencia de que, en todo caso, no exista apoyo expreso normativo para sostener que el acuerdo y los compromisos así alcanzados puedan vincular jurídicamente

constitucionales, p. 33.

165 Javier Pérez Royo, ob. cit., p. 924.

166 *Ibíd.*

a la Asamblea Legislativa autora de la ley, o para afirmar que lo pactado en una Comisión Bilateral concreta deba ser mantenido en las celebradas con otras Comunidades Autónomas, aunque lo fuera en relación con los preceptos de la una misma ley”.¹⁶⁷

El establecimiento de un plazo para interponer la acción en inconstitucionalidad nos parece positivo en un sistema como el español y en cualquier otro donde exista, además del control abstracto, el control concreto. Decimos lo anterior, porque en caso de que la inconstitucionalidad se revele luego de vencido el indicado plazo y en ocasión en que la ley se intenta aplicar, nada impide el control de constitucionalidad.

e) Tramitación del recurso de inconstitucionalidad

Conforme al artículo 34 de la L.O.T.C., el recurso de inconstitucionalidad se interpone mediante instancia, hecha por el órgano legitimado o por su comisionado, en la cual se debe indicar la norma atacada de inconstitucional y los motivos. Luego de admitida la demanda se le da traslado a todos los órganos legitimados y en caso de que la norma impugnada sea de una Comunidad Autónoma, también se le da traslado a la asamblea legislativa y al Gobierno correspondiente. En el plazo de 15 días, cualquiera de los órganos a los cuales se les ha dado traslado puede personarse y formular alegaciones.

De este procedimiento nos parece pertinente destacar lo relativo a la obligación de notificarles a los órganos legitimados que no hayan interpuesto la acción, ya que mediante dicha notificación se hace contradictorio el recurso, en la medida de que se le da participación a todos aquellos que el constituyente español considera defensores de la Constitución. La contradicción en este procedimiento

167 Francisco Caamaño Domínguez [et al.], ob. cit., pp. 35-36.

es necesaria, porque contrario a lo que afirma, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, aspecto sobre el cual volveremos en la segunda parte de ese trabajo, el recurso de inconstitucionalidad no se circunscribe a enjuiciar la ley sino la interpretación constitucional que ha hecho el poder que dictó la norma cuestionada. Es decir, que el recurso de inconstitucionalidad implica un cuestionamiento al órgano que dictó la norma objeto del recurso.

12.2. Control abstracto en el sistema alemán y en el costarricense

En esta parte del trabajo no pretendemos explicar el control abstracto de normas con el mismo nivel de detalles que lo hicimos en relación al sistema español, sino que lo que nos interesa es resaltar algunas particularidades de estos dos sistemas: el alemán y el costarricense.

En el sistema alemán y en lo que concierne a la legitimación, sostiene SIMON¹⁶⁸ que el control abstracto de norma puede ser ejercido por los ciudadanos, vía el recurso de amparo, cuando la ley afecte directamente un derecho fundamental, y también puede ser ejercido por el Gobierno federal, un gobierno de un Land y por un tercio de los diputados del Bundestag.

En este aspecto, se evidencian importantes diferencias con el sistema español. En efecto, por una parte, los ciudadanos pueden cuestionar directamente, vía el recurso de amparo, cualquier ley que afecte un derecho fundamental; de manera que en lo que concierne a esta modalidad de control el sistema alemán es más abierto que el español, en el cual, como vimos anteriormente, el acceso de los ciudadanos al Tribunal Constitucional sólo es posible a través del defensor del pueblo, es decir, por la vía indirecta.

168 Helmut Simon, "La Jurisdicción Constitucional", p. 835.

Importante es destacar, que conforme lo establece LOUIS FAVOREU¹⁶⁹, para que proceda el control de constitucionalidad a iniciativa de un ciudadano el derecho fundamental violado debe ser uno de los previstos en los primeros artículos de la Constitución y en los artículos 10, apartado 4, 33, 38, 11,103 y 104. Por el contrario, en dicho sistema no está legitimado el Bunderast, órgano que es equivalente al Senado del sistema español, de manera que en este aspecto este sistema es más democrático.

En el sistema costarricense, lo relativo a la legitimación está previsto en el artículo 75 de la L. J. C., texto que se refiere, primero, al control concreto y, segundo, al control abstracto. En efecto, en la primera parte del citado artículo se indica como requisito la existencia de un asunto previo, control concreto, mientras que tanto en el segundo como en el tercer párrafo se enumeran las hipótesis en las cuales no es necesario la existencia de un caso previo: control abstracto.

En relación a las dos últimas hipótesis de control abstracto, están legitimados: todos los ciudadanos, a condición de que, por la naturaleza del asunto, no exista lesión individual directa y cuando la acción en inconstitucionalidad tenga como finalidad la defensa de intereses difusos o de intereses que conciernen a la colectividad en su conjunto.

Conforme a lo expuesto anteriormente, la legitimación reconocida a los ciudadanos es muy abierta, en razón de que la única condición para que la acción en inconstitucionalidad no proceda es que la norma objeto del control no lesione directamente un interés individual.

Sin embargo, lo anterior no debe conducir al error de pensar que estamos en presencia de la figura de la acción popular, pues como nos recuerda el magistrado ARMIJO

169 Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, p. 75.

SANCHO¹⁷⁰, haciendo referencia a la sentencia No. 0058-97 de las 15:15 horas del 7 de enero de 1997, desde los inicios la Sala ha mantenido la tesis de que en el sistema costarricense no existe la acción popular.

Compartimos la tesis sustentada por la Sala Constitucional, en la medida de que de existir la acción popular cualquier ciudadano pudiera acudir ante dicho tribunal con la única condición de que invoque una violación a la constitución, con independencia de que se trate o no de un interés difuso o colectivo. No obstante, la legitimación es tan abierta que si bien no existe la figura de la acción popular, al menos sí se configura una cuasi acción popular.

La L. J. C. no define las expresiones anteriormente indicadas, de manera que ha sido la Sala Constitucional que de manera casuística ha establecido, su verdadero significado. Dicha tarea ha sido realizada por la Sala Constitucional de una manera no muy exitosa, si nos atenemos al criterio de RUBÉN HERNÁNDEZ¹⁷¹, quien afirma, refiriéndose a las dos hipótesis en que los ciudadanos pueden incoar la acción en inconstitucionalidad de forma abstracta, lo siguiente: “Las dos últimas hipótesis ha dado lugar a una gran confusión de la jurisprudencia de la Sala, la cual no ha podido definir todavía, de manera satisfactoria, lo que entiende especialmente por “intereses difusos” y “que atañen a la colectividad en su conjunto”. A veces le da curso a una acción y casi inmediatamente la deniega a otra similar o idéntica, con argumentos contradictorios.”

Dada la situación anterior, en los párrafos que siguen nos limitamos a indicar algunas hipótesis en las cuales la

170 Gilbert Armijo Sancho, “La legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad: el interés difuso”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: KONRAD-ADENAUER -STIFTUNG A. C., CIEDLA, 2002, p. 187 y la nota No. 6 que aparece en dicha página.

171 Rubén Hernández, *El derecho de la Constitución*, 2 tomos, San José, Costa Rica: Editorial Juriscentro, t. II, 1993, p. 717.

Sala Constitucional ha definido las expresiones: derecho individualizable, interés difuso, interés colectivo, interés corporativo. La Sala Constitucional¹⁷², en algunas especies, ha declarado inadmisibles la acción en inconstitucionalidad, en el entendido de que de la ley cuestionada puede derivarse una lesión individual directa. Conforme a dicho criterio, en cualquier caso e independientemente de que haya un interés difuso o un interés colectivo, si de la aplicación de la ley de que se trate pudiera derivarse una lesión individual directa y como consecuencia de ello estuviere abierta una acción ante los tribunales ordinarios, la acción en inconstitucionalidad es inadmisibles.

La lógica manejada por la Sala Constitucional es clara y evidente: ante tal hipótesis el ciudadano afectado con la norma cuando sea llevado ante los tribunales por incumplimiento de la misma, puede plantear la inconstitucionalidad de manera incidental, con lo cual se abre la vía para defender la supremacía constitucional, no ya de manera abstracta sino concreta.

En torno a los intereses difusos CASTILLO VÍQUEZ¹⁷³, luego de analizar distintas sentencias, llega a la conclusión de que la Sala Constitucional no lo vincula al sujeto que interpone la acción sino a determinados derechos. En efecto, el concepto de interés difuso ha sido vinculado, entre otros

¹⁷² Mediante sentencia No. 2001-01056, de las 16:51 horas del 6 de febrero del 2001, la Sala Constitucional estableció que "El interés que pretende defender la accionante es completamente individualizable, porque la omisión que reclama afecta sólo a determinadas personas, específicamente a quienes están obligadas al pago de pensiones alimentarias. En virtud de ello no se está ante el supuesto de la existencia de intereses difusos. Por la razón expuesta, el accionante carece de legitimación para accionar, por ello la acción es inadmisibles y así debe ser declarada." El criterio anterior constituye una reiteración del fijado mediante la sentencia No. 1634-90, de las 16 horas del 14 de noviembre de 1990, en la cual la Sala indicó que: "...Además, no se ha admitido la tesis de que se permita la acción popular en esta materia, entendida como: '...la posibilidad de accionar en esta vía sin el requerimiento del todo de una vinculación con el asunto principal', y se ha exigido a los accionantes que se encuentran en algunas de las causales para la acción directa de inconstitucionalidad regladas en los párrafos segundo y tercero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional."

¹⁷³ Fernando Castillo Víquez, *Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica: las cuestiones de constitucionalidad*, p. 235.

derechos, al de un medio ambiente sano, voto No. 4423-93; a las libertades y a los derechos electorales, voto No. 7818-2000; a la defensa del patrimonio arqueológico e histórico y al buen manejo del gasto público, voto No. 8339-2000.

CASTILLO VÍQUEZ elabora¹⁷⁴, fundamentándose en lo anteriormente expuesto, un concepto aproximado de interés difuso, cuando afirma que: “Así las cosas, los intereses difusos son individuales pero, a su vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos.”

Respecto del interés colectivo, según CASTILLO VÍQUEZ¹⁷⁵, “(...) hemostenido una jurisprudencia ambivalente y cambiante del Tribunal Constitucional.” La ambivalencia se advierte en el hecho de que mientras en una especie se admitió la existencia de un interés colectivo, tomando en cuenta únicamente que de la aplicación de la ley se derivara un perjuicio para una corporación o una colectividad y sin importar que también los miembros fueran afectados directamente, en otra especie estableció que en la eventualidad en que fuera posible derivar un daño directo a los integrantes de la corporación o entidad, no se estaba en presencia de un interés colectivo y la acción debía fundamentarse en el párrafo primero del artículo 75 de la L. J. C., y en consecuencia se requería de la existencia de un caso previo.¹⁷⁶

174 *Ibid.*

175 *Ibid.*

176 Fernando Castillo Víquez, *ob. cit.*, pp. 236, 237 y 238. En lo que concierne al último criterio, mediante resolución No. 6433-98 y en aplicación del voto No. 1830-99 la Sala Constitucional estableció que: “...cuando en el párrafo segundo del artículo 75 *ibidem* se indica que no es necesario el caso previo pendiente de resolución para plantear la acción de inconstitucionalidad, y que -en consecuencia- se puede acudir a una legitimación directa por interés difuso o colectivo, se alude al supuesto en que “por la naturaleza del asunto no existe lesión individual o directa”, o sea, a la hipótesis en que, dada la materia que la disposición impugnada regula, no es posible obtener un supuesto justiciable de aplicación singular y concreto. De ahí que el caso pendiente de resolución sea necesario para plantear la acción de inconstitucionalidad cuando sea previsible que el supuesto justiciable de aplicación singular y concreto se va a producir, dada la naturaleza de la ley impugnada (...). La materia tributaria, casi por regla general, está en posibilidad de producir una aplicación concreta, identificable, en cabeza de personas específicas quienes

Igualmente, mediante los votos Nos. 6644-99 y 2856-00, la Sala Constitucional volvió a la tesis original.¹⁷⁷

Un cambio aún más radical se produjo mediante el voto No. 8239-01, en el cual la Sala Constitucional estableció que: “No se trata por ende de que cualquier persona pueda acudir a la Sala Constitucional en tutela de cualesquiera intereses (acción popular), sino que todo individuo puede actuar en defensa de aquellos bienes que afectan a toda la colectividad nacional.” Este último criterio fue ratificado mediante una sentencia más reciente, la No. 2004-09992 de las 14:01 horas del 8 de setiembre del 2004.¹⁷⁸

En opinión de CASTILLO VÍQUEZ¹⁷⁹, en esta sentencia la Sala Constitucional varió su concepto de interés colectivo, vinculándolo con la defensa de bienes en los cuales los sujetos son detentadores de la soberanía y no a intereses corporativos, como de manera reiterada lo venía haciendo. Se trata de un cambio jurisprudencial que a juicio del autor “...es la que más se adecúa al interés colectivo”.

están autorizadas para plantear una reclamación administrativa o judicial, procurando así el asunto pendiente de resolución, necesario soporte de la acción de inconstitucionalidad...”

177 Ob. cit., p. 238.

178 Una de las últimas sentencias en la cual la Sala Constitucional estableció los indicados criterios es la No. 2004-09992 de las 14:01 horas del 8 de setiembre del 2004, cuyo considerando más relevante copiamos a continuación: “El tema en discusión en esta acción tiene relación directa con un valor fundante de nuestra nación, cual es el derecho a la paz, considerado actualmente dentro de los derechos de tercera generación, el cual legitima a cualquier costarricense para defenderlo, sin necesidad de juicio previo. A ello se considera importante agregar que según se estableció en la sentencia 8239-01, respecto ...Finalmente, cuando el párrafo 2 del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habla de intereses ‘que atañen a la colectividad en su conjunto’ se refiere a los bienes jurídicos explicados en las líneas anteriores ...(el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país, y del buen manejo del gasto público, entre otros)...es decir, aquellos cuya titularidad reposa en los mismos detentadores de la soberanía, en cada uno de los habitantes de la República. No se trata por ende de que cualquier persona pueda acudir a la Sala Constitucional en tutela de cualesquiera intereses (acción popular), sino que todo individuo puede actuar en defensa de aquellos bienes que afectan a toda la colectividad nacional, sin que tampoco en este campo sea válido ensayar cualquier intento de enumeración taxativa. Por lo dicho también desde esa perspectiva goza de protección privilegiada mediante la posibilidad de que cualquier persona, basado en la autorización que al respecto confiere el artículo 75 del párrafo 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para interponer directamente la acción de inconstitucionalidad.”

179 Fernando Castillo Víquez, ob. cit., p. 239.

Además de los ciudadanos, están legitimados para ejercer el control de constitucionalidad abstracto, según se dispone en el tercer párrafo del artículo 75 de la L. J. C., el Contralor General de la República, el Procurador General de la República y el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes. Aunque el texto de referencia no establece el ámbito en que los señalados órganos están legitimados, debemos entender que la misma debe estar vinculada a sus competencias naturales, ya que no tendría ningún sentido reconocer una legitimación que abarque materias extrañas a sus funciones. Así lo entendió la Sala Constitucional¹⁸⁰, en una especie en que se cuestionaba legitimación del Defensor de los Habitantes.

En lo que concierne al objeto del control de constitucionalidad resulta muy particular el hecho de que de manera expresa se incluya la propia constitución, los actos emanados de sujetos de derecho privado, y los tratados internacionales.¹⁸¹

180 Mediante la sentencia No. 2000-7730 de las 17:47 horas del 30 de agosto del 2000 la Sala Constitucional estableció que: “Esta norma, (refiriéndose al tercer párrafo del artículo 75 de la LJC) desde el punto de vista de su contenido, no solo habilita a la Defensoría de los Habitantes a interponer de manera directa la acción en inconstitucionalidad, sino que, además, no establece ninguna limitación para hacerlo. Ella aclara: el Contralor General de la República, el Procurador General de la República y el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes no necesitan un asunto previo para interponer la acción. Sin embargo, se entiende que ello no es así en virtud de que el ejercicio de la acción, en cada uno de estos casos, presupone que el órgano de que se trate esté desarrollándose en el ejercicio de las competencias que le son propias y solo en esa medida, cada uno de ellos dispondría de la legitimación necesaria para presentar una acción.”

181 El artículo 73 de la LJC establece que: “Admisibilidad. Cabrá la acción en inconstitucionalidad: a) Contra leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de habeas corpus o de amparo. c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de la Orden, Dirección o Disciplina interior de la Asamblea Legislativa. ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de las normas constitucionales de procedimiento. d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7 párrafo primero de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional. e) Cuando la suscripción, aprobación o ratificación de un convenio o tratados internacionales o en sus contenidos o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso del Reglamento de la Orden, Dirección o Disciplina interior de la Asamblea Legislativa. En este evento la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia. f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.”

En el primer caso, cabe destacar que la facultad que tiene la Sala Constitucional para revisar la constitucionalidad de la propia Constitución está limitada a la verificación de los requisitos de procedimientos, no así en relación a los aspectos materiales. Esto se desprende del contenido del propio artículo 73 de la L. J. C., en particular de su inciso “a”.

La improcedencia de la acción en inconstitucionalidad contra el propio texto de la Constitución fue establecida por la Sala Constitucional.¹⁸² En efecto en ocasión en que fue atacado de inconstitucional el artículo 107 de la Constitución Política, la Sala Constitucional rechazó la acción bajo el fundamentada de que la L. J. C. sólo la faculta a examinar la constitucionalidad de la ley, mediante la cual se produce la reforma y en lo concerniente a los aspectos del procedimiento. Sostiene la Sala, además, que el texto objeto de la acción se ha mantenido inalterable desde el año de 1949 y que ella no tiene facultad para variar lo que en ese momento fue decidido de manera soberana.

La posibilidad de controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para reformar la Constitución, deriva del propio principio de supremacía, en la medida de que si ella pudiera ser modificada de la misma forma que una ley adjetiva, no sería suprema. De lo anterior resulta que aun en

¹⁸² Mediante la sentencia No. 5596-99 de las 18:33 horas del 20 de julio de 1999, la Sala estableció que “En materia de acciones en inconstitucionalidad, la competencia de esta Sala está claramente delimitada por los artículos 10 de la Constitución Política y 73 de la Ley de esta jurisdicción constitucional. Si bien es cierto que el primer literal señala que esa competencia puede ser ejercida respecto de ‘normas de cualquier naturaleza,’ es evidente que no se puede inferir de allí que se incluya dentro de ella al propio texto fundamental, al que la Sala está subordinado. Esto lo aclara la segunda de las disposiciones mencionadas, que enumera los preceptos concretos respecto de los cuales se tiene el poder de anular (...). Como se nota no hay referencia alguna a los propios preceptos constitucionales como eventual materia de una declaratoria de anulación, lo cual es conceptualmente lógico, en cuanto esa declaratoria siempre conlleva un juicio negativo que es fruto de la confrontación de una norma con la Constitución o con los principios y los valores que la informa, cosa que es evidente que no cabría hacer respecto de ella misma. II.-Sí podría la Sala, y en ello no hay nada de excepcional, declarar la inconformidad de un artículo de la Constitución que ha sido objeto de una reforma, por vía de señalamiento de un vicio de la ley que operó la modificación. Pero nótese, que en este caso, lo atacado sería esta última y no la norma fundamental en sí. Esta alternativa, sin embargo, tampoco resulta aplicable al caso, ya que el texto del artículo 107 que aquí combate el accionante ha permanecido inalterado desde su promulgación por parte del constituyente de 1949.”

la eventualidad de que el indicado artículo 73 no lo previera, entendemos que la Sala Constitución pudiera hacerlo. De hecho, no en todos los sistemas existe una previsión similar. De no permitirse examinar la regularidad del procedimiento de reforma constitucional el principio de supremacía de la Constitución sería no tendría valor real.

El indicado artículo 73 no deja dudas en cuanto a que la Sala Constitucional sólo puede revisar el trámite seguido en la reforma constitucional, pero lo que no está claro es qué tipos de irregularidades de los trámites pueden dar lugar a la anulación de la reforma. En torno a este aspecto en una sentencia de mayoría,¹⁸³ la Sala Constitucional en una especie en que se cuestionaba el trámite seguido por la Asamblea Legislativa en ocasión de una reforma a la Constitución, por el hecho de que la comisión dictaminadora de la proposición de reforma no había rendido su informe en plazo fijado, estableció que dicha formalidad no tenía carácter sustancial o esencial y, por ende, no invalidaba ni afectaba la competencia de la Asamblea Legislativa como poder reformador de la Constitución.

Para CASTILLO VÍQUEZ¹⁸⁴, la tesis defendida por la mayoría es muy positiva. En efecto, el mencionado autor sostiene:

“Celebramos el voto de mayoría por varias razones. En primer término, porque debemos apearnos al espíritu y no a la letra de los preceptos constitucionales. Si bien el Constituyente optó por una constitución rígida, donde existe un procedimiento especial agravado, no es posible concluir que cualquier omisión de este tenga la virtud de anular una reforma introducida en la Carta Fundamental. Este exceso de formalismo no puede prevalecer cuando, en el trámite de

¹⁸³ Se trata del voto No. 7818-00, tomado de Fernando Castillo Víquez. *Reflexiones sobre el control de Constitucionalidad en Costa Rica: Las cuestiones de constitucionalidad*, p. 150, tesis doctoral presentada en la Universidad de la Escuela Libre de Derecho, 13 de junio del 2002.

¹⁸⁴ Ob. cit., pp. 151-152.

una reforma constitucional, se han respetado los requisitos esenciales que prevé el numeral 195 Constitución Política y 184 del Reglamento de la Asamblea Legislativa. En este sentido, el vicio que se aducía no era sustancial. Dentro de la lógica del discurso, se considera un vicio sustancial aquel que afecta al principio democrático o algunos de sus componentes (principio de publicidad, del contradictorio, el derecho de enmienda, el derecho al uso de la palabra, etc.). En el caso que nos ocupa, el incumplimiento del plazo por parte de la comisión para emitir su dictamen, no tuvo la virtud de afectar el principio democrático y sus componentes, por lo que carecía de fuerza para hacer absolutamente nulo el procedimiento de reforma parcial que siguió la Asamblea Legislativa.”

Compartimos la tesis sustentada por CASTILLO VÍQUEZ, porque entendemos que en la materia que nos ocupa y en cualquier otra, los trámites procedimentales no existen de manera aislada o, en otras palabras, no son un fin en sí mismos, sino mecanismos o medios para el logro de objetivos específicos, y para interpretarlos y aplicarlos adecuadamente no pueden perderse de vista los mismos. De suerte que si se logran los objetivos que justifican la existencia del trámite, carece de relevancia que se haya o no cumplido al pie de la letra. En la materia que nos ocupa lo relevante es que la reforma que se obtenga sea el resultado del consenso político deseado y previsto por el constituyente originario.

Haciendo uso de la facultad que el inciso a) del mencionado artículo 73 le reconoce, la Sala Constitucional acogió una acción en inconstitucionalidad contra un texto de la Constitución que había sido reformado. Me refiero a la ya famosa y muy polémica sentencia sobre la reelección¹⁸⁵, mediante dicha acción se perseguía la declaratoria de

185 La referida sentencia es la No. 2771-03 de las once horas cuarenta minutos del 4 de abril del 2003 de la Sala Constitucional. Dada la trascendencia del tema que se resuelve en la sentencia que nos ocupa, en el anexo I de este libro transcribimos los fundamentos de la misma.

inconstitucionalidad del inciso 1 del artículo 132 de la Constitución, en el entendido de que el mismo fue reformado sin observar el procedimiento previsto en el artículo 196 de la propia Constitución. La modificación que se operó consistió en prohibir la reelección presidencial y vicepresidencial, la cual se permitía por un mandato.

La Sala Constitucional acogió la acción en inconstitucionalidad, en el entendido de que siendo el derecho a la reelección fundamental, su supresión sólo era posible siguiendo el procedimiento de reforma más agravado, es decir, el previsto en el artículo 196, lo cual no se hizo.

El tema resuelto mediante esta sentencia es muy sensible y con una carga política evidente. Dado lo anterior no resulta extraño que sólo dos de los magistrados firmaran la sentencia sin ninguna observación; mientras que dos agregaron notas aclaratorias, y otros dos salvaran sus votos. Los votos salvados se fundamentaron básicamente en que la prohibición de la reelección no cercenaba el derecho a elegir y ser elegido, sino que más bien lo sometía a cierto requisito, como el hecho de que una persona que ya hubiera sido presidente de la República ya no podía volver a serlo.

CASTILLO VÍQUEZ¹⁸⁶ entiende que la referida sentencia tiene de positivo, además de restablecer la reelección, que reafirma el principio de rigidez constitucional y que le señala a la Asamblea Legislativa que, en el ejercicio del poder constituyente, tiene límite material en su competencia. Abundando sobre la idea anterior, el mismo autor sostiene¹⁸⁷, que: "(...) la competencia de la Asamblea Legislativa no solo está definida por un criterio cuantitativo, sino también cualitativo. Desde esta perspectiva, el argumento de la mayoría, en el sentido de señalar la incompetencia de

186 Fernando Castillo Víquez, ob. cit., p. 157.

187 Ob. cit., p. 158.

poder reformador cuando la modificación implica variar aspectos esenciales de la vida política, social y económica o desconocer los derechos fundamentales, es acertado, aunque paradójicamente conlleva un enorme riesgo para el sistema democrático como se tendrá ocasión de analizar más adelante.”

Nosotros entendemos, al igual que CASTILLO VÍQUEZ, que la decisión tiene una evidente relevancia, porque el hecho de trazarle límites al poder legislativo en el ámbito de la reforma a la Constitución, supone, sin ninguna duda, reafirmar la importante distinción entre poder constituido y poder constituyente.

En los párrafos que siguen, expondremos y analizaremos algunos de las observaciones que en torno a la referida sentencia hace CASTILLO VÍQUEZ.

El citado autor le reclama a la mayoría de la Sala Constitucional, el hecho de tener una visión sobre el devenir histórico costarricense fragmentado y aislado “...ya que del análisis de las diversas constituciones no se deduce que la tradición constitucional costarricense sea, definitivamente, proclive a la reserva de toda reforma relativa a la reelección presidencial al poder originario.”¹⁸⁸ En este mismo sentido sostiene que: “(...) el hecho de que la tradición constitucional costarricense se manifieste a favor de la reelección presidencial no significa, de ninguna manera que dicha materia fue reservada al poder originario.”¹⁸⁹

En torno a la tesis sustentada por la mayoría, en lo relativo a que la supresión del derecho a la reelección violenta las libertades públicas, CASTILLO VÍQUEZ¹⁹⁰ afirma que: “En la postura del voto de mayoría pareciera subyacer una “actitud

188 Ob. cit., p. 159.

189 Ob. cit., p. 160.

190 Ob. cit., p. 173.

defensiva”, ya que en lugar de tratar de demostrar que la prohibición de la reelección presidencial afecta el contenido esencial de las libertades políticas, opta por un conjunto de expresiones envolventes (reducir, amputar, eliminar ni limitar) para blindar su posición, no percatándose, tal y como se indicó supra, que estas podrían llevar en sí mismas el germen de su propia contradicción. En efecto -como se ha dicho-, la mayoría no realiza un “test de razonabilidad” mediante el cual, con argumentos lógicos, objetivos y congruentes, se llegue a probar que la no reelección presidencial forma parte del contenido esencial de las libertades políticas. Ahora bien, con el fin de “protegerse” en contra del argumento que logre demostrar lo contrario, opta por indicar qué libertades o derechos fundamentales no pueden ser reducidos ni limitados por el poder reformador y, de esa forma, hacer inexpugnable su posición.”

En este mismo sentido, el autor advierte que de entenderse que las limitaciones impuestas al constituyente derivado no están referidas al núcleo duro de las libertades y derechos fundamentales, existiría una contradicción lógica de enorme proporción; al mismo tiempo que sostiene que: “Es pacífica la doctrina, en el sentido de que las libertades no son absolutas, por la sencilla razón de que si ello fuera así, se afectarían también otras libertades esenciales. Esta postura, por elemental, fue percibida por los pensadores liberales clásicos, entre ellos por STUART MILLS, quien la expresó en la famosa frase “...mi libertad termina donde comienza la de los demás”. En otras palabras, el ejercicio de una libertad a favor de una persona no puede ni debe tener el efecto pernicioso o perverso de conculcar o reducir a la mínima expresión otra libertad que se garantiza a otro sujeto. Desde esta óptica, el Estado y los órganos fundamentales, entre ellos el Tribunal Constitucional, están en el deber ético y jurídico de evitar la “dictadura de una libertad” sobre las demás y, por ende, de aquellos que tienen un mayor acceso a ella, dada su posición económica, social o cultural en perjuicio de

todo el resto de derechos y libertades de los sujetos que conforman el conglomerado social. En pocas palabras, el no reconocer que las libertades y los derechos de los otros implica una limitación a mi libertad, en aras de la defensa de esa libertad, de una libertad mal conceptualizada, se podría infringir un grave daño a todo el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales.”

Insistiendo sobre la misma idea, CASTILLO VÍQUEZ¹⁹¹ indica que:

“Ahora bien, a la luz de la doctrina y jurisprudencia más autorizada, la posición del voto de mayoría de ubicar en el núcleo duro de las libertades y derechos fundamentales las limitaciones o reducciones, pues no resultaría congruente con el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico; tampoco lo sería con la potencia y residencia de cada una de ellas: pues no sería lógico que el legislador ordinario tenga competencia para establecer limitaciones o reducciones a las libertades y derechos fundamentales, mientras que cuando la Asamblea Legislativa ejerce el poder constituyente, no la tuviese, siendo esta fuente normativa más potente, resistente y jerárquicamente más alta. Además de lo anterior, saltaría una interrogante: ¿cómo sostener la constitucionalidad de todas las limitaciones que se han decretado por ley a los distintos derechos fundamentales, cuando la Asamblea Legislativa como poder reformador carece de competencia para ello? A fortiori, si el Parlamento en ejercicio del poder constituyente no tiene competencia para reducir o limitar los derechos fundamentales, con mucho mayor razón no lo tendría el legislador ordinario. Por otro lado, al no precisarse los alcances del contenido esencial de las libertades políticas surgen algunas dudas. En primer lugar, serían inconstitucionales o no aquellas normas legales que

191 Ob. cit., pp. 176-177.

limitan el derecho a ser electo, verbigracia: los incisos b) de los numerales 15 y 22 del Código Municipal, Ley n.º 7794 de 30 de abril de 1998, que establece que para optar por los cargos de alcalde y regidor municipal es necesario ser del estado seglar (todas las personas que son del estado eclesiástico no pueden aspirar a ellos); o aquellas otras normas legales, entre ellas el inciso c) del artículo 22 del Código Municipal, que le permiten a los jueces establecer inhabilitaciones para ejercer cargos públicos. Por otra parte, sería o no inconstitucional una reforma parcial a la Carta Fundamental que establezca la reelección presidencial única y exclusivamente por un período, tal y como está diseñado en los Estados Unidos de América (reelección restringida o inmediata), o que aumente el “plazo de espera” de ocho años a doce, es decir, que agrave la reelección escalonada o alterna. Sobre estos y otros aspectos, que por razones de espacio no podemos reseñar ni comentar, son los que se ciernen una serie de dudas debido a que no se precisa el contenido esencial de las libertades políticas.”

Finalmente, el autor¹⁹² llega a la conclusión, entre otras, de que si entendiéramos que cada vez que se va a afectar el núcleo esencial de las libertades fundamentales fuera necesario convocar la Asamblea Nacional Constituyente “(...) además de agravar los márgenes de ingobernabilidad, de debilitar al Parlamento y contribuir a desacreditar aún más la ya deslegitimada socialmente “clase política”, desconoce el hecho histórico de que, la gran mayoría de nuestras constituciones, ha sido producto de hechos militares y políticos, lo que confirma la existencia de una constante en el devenir histórico: la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente nunca ha sido una labor fácil para los costarricenses. A partir de este precedente judicial, cada vez que existiese la necesidad histórica de afectar el

192 Ob. cit., pp. 178-179.

contenido esencial de una libertad tendría que convocarse a una Asamblea Nacional Constituyente y, de no ser posible, esperar que la realidad (las fuerzas sociales, económicas y políticas) se imponga sobre el orden constitucional, lo que desacreditaría el sistema jurídico.”

Las observaciones hechas por CASTILLO VÍQUEZ tienen sólidos fundamentos, en particular en lo relativo a que las libertades y derechos fundamentales no son absolutos, lo cual supone que eventualmente se presente la necesidad de la ponderación entre uno y otro. Dejar abierta la posibilidad de que una libertad o derecho fundamental pueda, en circunstancias excepcionales, ser razonablemente limitado no sólo es conforme con la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia, sino imprescindible para que pueda funcionar el sistema democrático y constitucional.

Por otra parte, nos parece que exigir que el poder originario tenga que intervenir para que una libertad o derecho fundamental pueda ser limitado, es un garantismo extremo que en lugar de contribuir al fortalecimiento del estado de derecho, lo que haría es impedir su funcionamiento.

En lo que concierne al control de los actos de los sujetos de derecho privado, según HERNÁNDEZ VALLE¹⁹³, en el ordenamiento jurídico costarricense existen materias en las cuales sujetos privados están habilitados para dictar normas con la misma validez y fuerza que las de las autoridades públicas. A modo de ejemplo, el autor hace mención de los pactos colectivos celebrados, conforme a la ley, entre empleadores y trabajadores. Además, hace referencia a los concesionarios de servicios públicos, los cuales en virtud de la referida concesión quedan autorizados a reglamentar el servicio público que prestan.

193 Rubén Hernández, *Derecho de la Constitución*, p. 714.

En lo que concierne a la posibilidad de controlar a posteriori un tratado internacional conviene observar, por una parte, que tiene poca significación en un sistema como el costarricense en que existe la consulta legislativa preceptiva, que como ya lo indicamos anteriormente tiene todas las características de un control *a priori*, y, por otra parte, que en el caso particular de los tratados internacionales el control a posteriori resulta incongruente e inútil.

12.3. El control concreto en el sistema español: la cuestión y la autocuestión de inconstitucional

El control concreto de constitucionalidad de las normas se ejerce en el sistema español mediante dos mecanismos: la cuestión de inconstitucionalidad y la autocuestión de inconstitucionalidad. A cada uno de ellos nos referiremos en los párrafos que siguen.

12.3.1. La cuestión de inconstitucionalidad

El constitucionalismo europeo, en general, no admite que los jueces del orden judicial controlen la constitucionalidad de la ley y de las disposiciones con fuerza de ley, pero, al mismo tiempo, una correcta administración de justicia no permite la aplicación de normas jurídicas inconstitucionales. Con la finalidad de conciliar los dos intereses contrapuestos, en el artículo 163 de la Constitución española se faculta al juez ordinario a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, cuando tenga dudas en relación a si la norma aplicable es o no conforme con la Constitución.

Cabe resaltar que la cuestión de inconstitucionalidad no es una vía que permita purgar el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales, pero, sin embargo, se trata de un mecanismo mediante el cual el Poder Judicial presta al Tribunal Constitucional una colaboración significativa en su función de depuración. El valor de dicha colaboración fue

reconocido por el Tribunal Constitucional, en la sentencia No.17 de 1981, en la cual estableció que: “La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes (...) es así una colaboración necesaria entre los órganos del Poder judicial y el Tribunal Constitucional, y sólo esa colaboración puede asegurar que esta labor sea eficaz y opere de manera dinámica y no estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas”.¹⁹⁴

Más acierto no podía exigírsele al Tribunal Constitucional, cuando dictó la sentencia de referencia, particularmente, porque los defectos y posibles colisiones de la ley con la Constitución se revelan, en la mayoría de los casos, en el momento en que ella es confrontada con la realidad, una realidad que puede ser muy distinta a aquella que existía en la época en que el legislador la aprobó. Lo anterior constituye una prueba incuestionable del importante papel que juegan los tribunales ordinarios en la defensa de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Por otra parte, oportuno es resaltar que el tribunal ordinario realiza un verdadero control de constitucionalidad cuando desestima el planteamiento de la cuestión, porque ello equivale a establecer que la norma es conforme a la constitución y para poder llegar a esta conclusión necesariamente tiene que confrontar la norma cuestionada con el texto o los textos constitucionales invocados.

Hecha la breve introducción que antecede, en los párrafos que siguen abordaremos los aspectos siguientes: a) órgano competente y tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad, y b) objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

194 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p.125.

a) Órgano competente y tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad

Según el artículo 163 de la Constitución y el 35.1 de la L.O.T.C., sólo los jueces, de oficio o a instancia de parte, pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Cabe resaltar, sin embargo, que no se trata de un derecho de las partes, ya que el mismo artículo 35.2 de la referida ley también establece que el auto dictado por el juez no es susceptible de recurso, aunque la parte interesada puede reiterar su pedimento en una instancia nueva y abierta como consecuencia de la interposición de un recurso.

En lo que concierne a la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad, la misma debe plantearse después de terminado el proceso y dentro del plazo para dictar sentencia. Según PÉREZ ROYO¹⁹⁵, exigir que la cuestión sea propuesta en el momento en que el juez está habilitado para dictar sentencia se justifica, primero, porque "...únicamente en ese momento que se tiene certeza sobre la relevancia de la norma para resolver el caso"; y segundo, porque se evita que "... pueda plantearse la cuestión por cualquiera de la parte como una maniobra dilatoria."

Por otra parte, el mismo artículo 35.2 de la ley indicada, exige que antes de dictar el auto de formalización de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial oiga a las partes y al Ministerio Fiscal, quienes tienen un plazo improrrogable de 10 días para presentar alegatos, vencido este el Tribunal cuenta con 3 días para dictar el auto de la cuestión, contra el cual no cabe recurso alguno. Dicho auto se tramitará, según el artículo 36 de la referida ley, acompañado de los testimonios de los autos principales y de los alegatos de las partes y del fiscal, si los hubiere.

195 Javier Pérez Royo, ob. cit., p. 928.

Siguiendo con la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad, el citado artículo 35.2 establece que el órgano judicial tiene la obligación de motivar el auto mediante el cual plantea la cuestión, es decir, que debe hacer un juicio de relevancia lo suficientemente consistente para justificar la intervención del Tribunal Constitucional. Interpretando el referido texto el Tribunal Constitucional, mediante sentencia 166/86, estableció¹⁹⁶ que la cuestión no debe ser admitida si el tribunal ordinario no la motiva suficientemente.

El Tribunal Constitución, después de recibir el auto acompañado de los alegatos, si los hubiere, y según el artículo 37.1 de la L.O.T.C., debe decidir sobre la admisión a trámite, pudiendo, si considerare que no se cumplieron los requisitos procesales o que la cuestión es notoriamente infundada, declararla inadmisibile. La inadmisibilidat se declara mediante auto, sin más audiencia que la del Fiscal General del Estado.

Si se aceptare a trámite la cuestión, en aplicación del artículo 37.2 se sigue el mismo procedimiento del recurso de inconstitucionalidad, es decir, que se le concede un plazo común e improrrogable de 15 días al Congreso, al Senado y también a la Asamblea Legislativa y al Gobierno de una Comunidad Autónoma, si la cuestión versa sobre una ley autonómica, a fin de que aleguen lo que estimen oportuno. Vencido el plazo anterior, el tribunal debe dictar sentencia en un plazo de 15 días, salvo que mediante resolución motivada prorrogue dicho plazo.

En relación al procedimiento que se acaba de exponer, varias cuestiones merecen ser comentadas. Un primer aspecto es el relativo a la necesidad de que el tribunal ordinario instruya definitivamente el procedimiento para estar en condiciones de establecer cuál o cuáles normas son pertinentes,

196 Sentencia tomada de Javier Pérez Royo, ob. cit., p. 927.

como regla general nos parece válido este requisito, pero no debe perderse de vista que, por una parte, en muchas hipótesis es posible identificar el derecho aplicable a la especie desde el principio de la instrucción del caso, y, por otra parte, cuando se trate de leyes de procedimiento, no tiene ningún sentido retardar el planteamiento de la cuestión en espera de que el asunto se encuentre en estado de recibir fallo. En este mismo orden, se pronuncia M. CAPELLETI¹⁹⁷ quien advierte que no debe olvidarse que la duda puede plantearse sobre una ley que se aplique in iudicando como in procedendo.

Un segundo aspecto concierne a la prohibición de recurso contra el auto, prohibición que una parte de la doctrina considera que se traduce en una indefensión total; mientras que otra parte habla de indefensión parcial.

Respecto de este último tópico, PÉREZ TREMPs¹⁹⁸ entiende que: “La razón de ser de la prohibición reside en el deseo del legislador de evitar los efectos dilatorios de la cuestión sobre el proceso”. En este mismo orden de ideas, el autor, tomando en cuenta la ratio del precepto que prohíbe el recurso, se pregunta sobre la procedencia del recurso de casación, no ya contra el auto, sino contra los vicios de procedimiento cometidos en ocasión de la instrucción y decisión de la cuestión de inconstitucionalidad. A esta interrogante ha respondido de manera negativa el Tribunal Constitucional, según sentencia del 8 de abril de 1982, en la cual estableció que no procede la casación contra el auto, aunque la cuestión pueda plantearse de nuevo si llegase a casación el asunto ordinario.¹⁹⁹

197 Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, p. 137.

198 Ob. cit., p. 132.

199 Sentencia citada por Pablo Pérez Tremps, ob. cit., p. 133.

PÉREZ TREMP²⁰⁰ no comparte el criterio sustentado por el Tribunal Constitucional, en la sentencia indicada. En efecto, para justificar la procedencia del recurso de casación el autor expone los argumentos que copiamos a continuación:

“No obstante a lo establecido por esta sentencia, debe reiterarse que la prohibición de recurso contra el auto que deniega la cuestión de inconstitucionalidad tiene su justificación sólo y exclusivamente en evitar los efectos dilatorios que podría ocasionar sobre el juicio a quo en caso contrario. Ahora bien, ello no impide, en pura lógica, que, dictada la sentencia del juicio principal, el motivo impugnatorio de esta tenga su causa en una violación procesal y/o, posiblemente, material del ordenamiento producido con ocasión del incidente de inconstitucionalidad; su aceptación como motivo de casación ya no tendría efectos dilatorios, sino los normales impugnatorios de cualquier otra infracción, por lo que parece que no debe existir causa alguna que haga distinta esa infracción de cualquier otra de las que abre la casación. La posibilidad de replantear la cuestión supone, sin duda, una garantía, pero en el caso del recurso de casación, recursos extraordinarios de motivos tesados y no una nueva instancia, el replanteamiento de la cuestión sólo sería posible si se hubiera abierto por otras causas; la hipotética falta de existencias de éstas aconseja que las violaciones del ordenamiento producidas como consecuencias del planteamiento de la cuestión, puedan admitirse como motivo de casación para impugnar la decisión final; ello no choca con la ratio del precepto que prohíbe entablar recursos contra la decisión del órgano judicial sobre la procedencia o no del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.”

PÉREZ TREMP²⁰¹ va aún más lejos, ya que defiende la tesis de la procedencia del recurso de amparo ante el

200 Pablo Pérez Tremps, ob. cit., pp. 134-135.

201 Ob. cit., p. 135.

Tribunal Constitucional, en aquellos casos en que se vulnere uno de los derechos fundamentales cuya protección se puede procurar por esta vía. En efecto, el mencionado autor afirma que: “Otro tanto cabe decir de la posibilidad de impugnar las decisiones finales en el transcurso de un proceso en el cual no se admitió el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por medio del recurso de amparo; las razones aducidas anteriormente justifican asimismo la impugnación de la decisión final cuando exista una violación de los derechos protegidos por esa vía, especialmente el art. 24 de la Constitución, siempre que se den los requisitos exigidos por el art. 44 de la L.O.T.C., esto es, invocación del derecho vulnerado y haber agotado los recursos utilizables en la vía judicial contra la decisión principal.”

Luego de exponer las razones por las cuales entiende que son procedentes tanto el recurso de casación como el recurso de amparo, en las hipótesis previstas, PÉREZ TREMSP²⁰² llega a la conclusión siguiente: “Esta posibilidad de impugnación de la resolución final de un proceso en casación y en amparo por infracciones cometidas en ocasión de la denegación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad supone, junto a la posibilidad de invocar ésta en las sucesivas instancias, una garantía para las partes que tratan de impedir que se le aplique una norma con fuerza de ley que consideran inconstitucional, aminorando la indefensión que puede derivarse de la prohibición de impugnación directa de dichas normas ante el Tribunal Constitucional y de la irrecibibilidad del auto por el que se decide sobre la procedencia del planteamiento sobre la cuestión de inconstitucionalidad.”

Nosotros entendemos que las argumentaciones que hace el autor para justificar la procedencia de los recursos de

202 Ibid.

casación y de amparo, son válidas, porque, por una parte, no entran en contradicción con la finalidad de la prohibición de recurso contra el auto que rechaza el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en la medida de que una vez el asunto ordinario ya ha sido decidido en primera y segunda instancia, no existe posibilidad de que pueda ser retrasado y, por otra parte, porque, ciertamente, la existencia de estos dos recursos junto a la posibilidad de invocar de nuevo en segundo grado la cuestión de inconstitucionalidad, compensan las debilidades propias del modelo concentrado de control de constitucionalidad, en particular las que se derivan de la escasa participación del juez ordinario y de la imposibilidad de que un ciudadano pueda cuestionar directamente ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley.

b) Objeto de la cuestión de inconstitucionalidad

Lo concerniente al objeto de la cuestión de constitucionalidad no requiere un análisis profundo, porque el mismo lo constituye la norma que se pretenda aplicar en el litigio en que se invoque la cuestión de inconstitucionalidad, en aplicación de lo que dispone el artículo 163 de la Constitución española y el 35.1 de la L.O.T.C.

12.3.2. La autocuestión de inconstitucionalidad

Esta figura no está prevista en la Constitución, sino en el artículo 55.2 de la ley L.O.T.C. Según dicho texto, la Sala que conoce de un amparo contra un acto de la administración pública que viola un derecho fundamental y que se dicta en ejecución de una ley, debe admitir el amparo y reponer al ciudadano en el ejercicio de su derecho, pero, además, y para evitar que la violación se repita en el futuro, está obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Pleno del Tribunal Constitucional, si considerare que la ley que sirvió de fundamento al acto atacado es contrario a

la Constitución. El tribunal decidirá la inconstitucionalidad siguiendo lo previsto en el artículo 37.1 y 37.2 de la indicada ley, los cuales analizamos en el número anterior.

La autocuestión es un mecanismo que se agrega al de la cuestión de inconstitucionalidad, para garantizar el control concreto de constitucionalidad de las leyes. Se diferencia de la cuestión de inconstitucionalidad, principalmente, en el hecho de que quien la promueve, de oficio, no es un tribunal ordinario sino una de las Salas que integran el propio Tribunal Constitucional.

La autocuestión de inconstitucionalidad, entendemos nosotros, fue una buena iniciativa del Parlamento español, en razón de que la misma da la oportunidad al Tribunal Constitucional de expulsar del sistema la norma en base a la cual se dictó el acto atacado, vía el recurso de amparo. De no existir este mecanismo la ley inconstitucional permanecería en el ordenamiento jurídico y, en principio, sería válido cualquier acto dictado al amparo de la misma. Ello tendría como consecuencia, además, que la Sala del Tribunal Constitucional se vería en la necesidad, eventual, de tener que seguir resolviendo amparos contra actos afectados por el mismo vicio.

12.4. El control concreto en los sistemas alemán y costarricense

Tanto en Alemania como en Costa Rica existe el control concreto de constitucionalidad. En dichos sistemas de justicia constitucional la modalidad de control de constitucionalidad tiene la misma naturaleza y la misma finalidad. Por esta razón, nos limitaremos a abordar los aspectos que los distinguen del sistema español.

En el caso del sistema alemán merece ser destacado el hecho de que por la vía del amparo los ciudadanos pueden

acudir al Tribunal Constitucional Federal alemán a cuestionar la constitucionalidad de una norma. En efecto, si en ocasión de un procedimiento ordinario la ley que se pretende aplicar es considerada por una de las partes violatoria de un derecho fundamental, puede promover, vía el amparo, la inconstitucionalidad de dicha ley, a condición de que se haga después de agotadas todas las instancias judiciales y dentro del plazo de un mes de haber sido publicada o notificada la sentencia que resuelve el litigio principal.²⁰³

Como se observa, se trata de un mecanismo novedoso, en la medida de que permite cuestionar directamente la constitucionalidad de la ley, sin la intervención del tribunal, requisito este último que existe en España y en otros países europeos. Claro que la legitimación que nos ocupa está restringida a aquellos casos en los cuales se haya violado un derecho fundamental, hipótesis que, oportuno es resaltar, es donde generalmente una persona puede tener interés en cuestionar la constitucionalidad de una ley.

El amparo existente en el sistema alemán y mediante el cual un ciudadano puede cuestionar la constitucionalidad de una ley, es muy distinto al que existe en España. En efecto, el amparo del sistema español procede contra las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios, en caso de que se viole una de las libertades y derechos fundamentalísimos previstos en el artículo 14 y en la Sección primera Capítulo segundo de la Constitución.²⁰⁴

Este mecanismo del sistema alemán tiene similitud con la autocuestión de inconstitucionalidad española, en la

²⁰³ Helmut Simon, *La jurisdicción constitucional*, pp. 23-24; y Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, p. 75.

²⁰⁴ El artículo 53.2 de la Constitución española establece que: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y de los derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional." Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia, reconocido en el artículo 30.

medida de que en ambos casos se requiere de la violación de unos derechos fundamentales protegidos vía amparo. La diferencia radica en que en el caso de la autocuestión quien la plantea no es el ciudadano víctima de la violación sino una de las Sala del Tribunal Constitucional, específicamente la que ha conocido del recurso de amparo.

El control concreto de constitucionalidad ejercido por los ciudadanos, en el caso especificado anteriormente, coexiste en Alemania con el que ejercen los tribunales ordinarios en ocasión en que conocen de un proceso y cuando tengan dudas sobre la constitucionalidad de la ley aplicable.²⁰⁵

En el sistema costarricense el control concreto de constitucionalidad se ejerce por la vía de la acción incidental en inconstitucionalidad y de la consulta judicial.

En lo que concierne a la acción en inconstitucionalidad en caso concreto, la misma está prevista en el primer párrafo del artículo 75 de la L. J. C., texto según el cual: “Para interponer la acción en inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de habeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado...”

En torno a la acción en inconstitucionalidad prevista en el ordenamiento jurídico costarricense abordaremos los aspectos que indicamos a continuación: la naturaleza de la acción, los requisitos para que proceda la acción en inconstitucionalidad, los sujetos que están legitimados, la tramitación de la acción en inconstitucionalidad y el efecto de la acción.

205 Helmut Simon, ob. cit., pp. 23 - 24; y Louis Favoreu, ob. cit., p. 75.

En lo que concierne a la naturaleza de la acción en inconstitucionalidad, se trata de un mecanismo que no debe confundirse ni con el modelo difuso americano ni con la cuestión de inconstitucionalidad del sistema español. La diferencia con el primero la señala HERNÁNDEZ VALLE,²⁰⁶ quien sostiene que en el ordenamiento costarricense “(...) se sigue, en línea de principio, el sistema de la vía incidental, propio de la legislación norteamericana, en que se requiere la existencia de un caso judicial para plantear, dentro de él, una acción en inconstitucionalidad;” sin embargo, oportuno es aclarar que no se trata del modelo difuso, porque no corresponde al juez apoderado del caso ordinario resolver la acción sino a la Sala Constitucional.

Igualmente, la acción en inconstitucionalidad difiere de la cuestión de inconstitucionalidad del sistema español, porque, contrario a lo que ocurre en este último sistema, quien apodera a la Sala Constitucional es la propia parte y el juez se limita, sin hacer valoración sobre la pertinencia del apoderamiento, a tramitar el expediente para que el indicado órgano proceda a conocer de la acción en inconstitucionalidad.

En lo que se refiere a los requisitos de la acción en inconstitucionalidad, del mismo artículo 75 se desprende que la acción procede, cuando exista un caso pendiente ante un tribunal ordinario o en sede administrativa y siempre y cuando la norma objeto de la acción en inconstitucionalidad sea pertinente para el caso. Pero, además, el texto de referencia exige que la inconstitucionalidad que se invoque constituya un medio razonable para amparar el derecho o interés que se considera lesionado. Tales requisitos, obviamente, los controla la Sala Constitucional y no el tribunal ordinario.

Ahora bien, qué debemos entender por medio razonable. Según CASTILLO VÍQUEZ²⁰⁷, para la Sala Constitucional la

206 Rubén Hernández Valle, ob. cit., p. 717.

207 Véase: Voto 1468-90, tomado de Fernando Castillo Víquez, *Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica: las cuestiones de constitucionalidad*, p. 232.

inconstitucionalidad invocada constituye un medio razonable cuando exista la posibilidad de que el accionante pueda obtener un beneficio dentro del caso previo, si eventualmente se declara con lugar la acción, sin que sea necesario la obtención plena de sus pretensiones.

En este mismo sentido y coincidiendo con el criterio de la Sala Constitucional se pronuncia RUBÉN HERNÁNDEZ²⁰⁸, quien ha sostenido que: “Debe indicarse que no basta con la existencia del juicio o del procedimiento administrativo, en su caso, sino que se requiere además que el acto o la norma impugnados sean relevantes en la resolución del caso concreto.” Reafirmando la idea, sigue diciendo el autor²⁰⁹ que: “En otros términos, la acción debe ser medio razonable para tutelar un derecho o un interés jurídicamente relevante, dentro del proceso judicial o del procedimiento administrativo.”

Abundando más sobre la exigencia de la existencia de un caso previo, conviene destacar que según el mencionado artículo 75 de la L. J. C. puede tratarse de cualquier caso, es decir que la naturaleza del mismo no es relevante. No obstante, la Sala Constitucional²¹⁰ ha establecido que una acción en inconstitucionalidad no puede servir como asunto principal para la interposición de la acción en inconstitucionalidad, por no encontrarse entre los casos que taxativamente se indican en la L. J. C.

208 Rubén Hernández Valle, ob. cit., p. 717.

209 *Ibid.*

210 En una especie en que el asunto previo que le servía de base a una acción en inconstitucionalidad era otra acción en inconstitucionalidad, la Sala Constitucional estableció que: “Por lo que concierne a la vía incidental, el párrafo primero del artículo en comentario enumeró los casos que pueden servir de asunto para promoverla (asunto pendiente de resolverse ante los Tribunales, inclusive de hábeas corpus o amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa) fuera de esos supuestos, como es el presente caso, en donde el asunto previo es otra acción en inconstitucionalidad, la referida acción no es medio de amparar derecho e interés alguno, pues no puede tomarse como asunto base, conforme a lo expresado en el artículo 75, párrafo primero.” Véase sentencia No.1367-91 del 23 de julio de 1991, tomada de Rubén Hernández, *ibidem*, pp. 423-424.

Para RUBÉN HERNÁNDEZ²¹¹, la tesis jurisprudencial expuesta en el párrafo anterior es errónea, en el entendido de que en ocasión de un proceso relativo a una acción en inconstitucionalidad, puede el accionante tener interés en impugnar alguna norma del procedimiento. Además de lo expuesto por el autor, lo cual nos parece correcto, contrario a lo establecido por la Sala Constitucional, el mencionado artículo 75 se refiere a asuntos que se estén conociendo ante cualquier tribunal, de manera que queda incluida la propia Sala Constitucional.

Volviendo sobre la exigencia del caso previo, no es necesario que se trate de un procedimiento judicial, sino que, como de manera expresa se establece en el mencionado artículo 75, puede tratarse de un procedimiento donde se esté agotando la vía administrativa. En este mismo sentido, y en lo que respecta a las hipótesis en que el caso previo es un amparo o un hábeas corpus, en algunas especies se ha requerido como condición que se hayan admitidos a trámite.²¹² Mientras que en otras hipótesis la acción en inconstitucionalidad ha sido admitida a trámite a pesar de que el amparo no se le había dado curso.²¹³

Según lo entiende CASTILLO VÍQUEZ²¹⁴, de admitirse la acción en inconstitucionalidad sin exigir que se haya admitido a trámite el amparo o el hábeas corpus, como lo estableció la Sala Constitucional "...simplemente caeríamos en una acción popular." Lo anterior implicaría, agregamos nosotros, que la Sala Constitucional entraría en una completa contradicción con su reiterada jurisprudencia, conforme a la cual en el ordenamiento jurídico costarricense no existe la figura de la acción popular.

211 Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, p. 424.

212 Véase voto No. 2005-94, tomada de Fernando Castillo Víquez, *Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica: las cuestiones de constitucionalidad*, p. 228.

213 Véase voto No. 835-97, tomada de Fernando Castillo Víquez, *ibíd.*

214 Fernando Castillo Víquez, *ob. cit.*, p. 228.

En lo que concierne a la tramitación de la acción, la misma debe presentarse mediante escrito en la secretaria de la Sala Constitucional. Dicho escrito contendrá los fundamentos de la acción e indicación del texto o del principio constitucional alegadamente violado.²¹⁵ Además del requisito indicado, es necesaria la constancia relativa a la invocación de la inconstitucionalidad ante el tribunal apoderado del asunto principal y, finalmente, el escrito original debe estar acompañado de siete copias.²¹⁶

Las formalidades indicadas anteriormente deben ser cumplidas para que el Presidente de la Sala pueda tramitar la acción. No obstante lo anterior, en caso de incumplimiento de alguna de las formalidades el Presidente concede un plazo de 3 días para que el accionante haga las correcciones correspondiente. Vencido el indicado plazo y, obviamente, si no se realizan las correcciones señaladas el Presidente de la Sala dictará resolución, mediante la cual denegará el trámite de la acción.²¹⁷

La indicada resolución puede ser impugnada ante la Sala dentro del tercer día.²¹⁸

Después de admitida a trámite la acción, el Presidente de la Sala conferirá audiencia al Procurador General de la República y a la contraparte en el litigio principal, con la finalidad de que en un plazo de 15 días fijen su posición respecto de la acción en inconstitucionalidad.²¹⁹ Igualmente, cualquier persona con interés legítimo puede intervenir en el proceso constitucional que debe agotarse en ocasión de la acción en inconstitucionalidad. Esta intervención debe producirse dentro de los quince días posteriores a la publicación que se hace en el Boletín Judicial.²²⁰

215 Véase artículo 78 de la L. J. C.

216 Véase artículo 79 de la L. J. C.

217 Véase artículo 80 de la L. J. C.

218 *Ibíd.*

219 Véase artículo 81 de la L. J. C.

220 *Ibíd.*

En este mismo orden, se envía una nota al tribunal donde se invocó la inconstitucionalidad con la finalidad de que tenga conocimiento de que la acción se admitió a trámite y se abstenga de resolver al asunto principal; igualmente se publica un aviso tres veces consecutivos en el Boletín Judicial, mediante el cual se les informa a los tribunales y a los órganos donde se agota la vía administrativa sobre la existencia de la acción, para que se abstengan de fallar cualquier contestación fundamentada en la ley objeto de la acción.

En relación al procedimiento expuesto en los párrafos anteriores nos permitimos hacer algunas valoraciones. Lo primero que queremos resaltar es que el legislador costarricense tuvo habilidad de respetar la formalidad propia del proceso mediante el cual se conoce la acción en inconstitucionalidad, sin perjudicar la finalidad perseguida por el constituyente, en la medida que da al accionante la oportunidad de corregir las irregularidades de que pudiera adolecer la acción.²²¹

También nos parece positivo el hecho de que se respeta el principio de contradicción en la medida de que el Presidente de la Sala Constitucional comunica la al Procurador General de la República, así como a las partes en el proceso, incluyendo, obviamente, a quien cuestiona el acto o la norma.²²² A lo anterior se agrega que cualquier persona con interés legítimo puede, en calidad de coadyuvante, intervenir en el procedimiento, aportando alegatos a favor o en contra de la acción, dependiendo, obviamente, de sus intereses.²²³

La contradicción se concretiza en la medida de que cada una de las partes en el proceso, así como el Procurador General de la República y los coadyuvantes, tienen la

221 *Ibíd.*

222 *Ibíd.*

223 Véase artículo 83 de la L. J. C.

posibilidad de plantear sus alegatos a favor o en contra de la constitucionalidad del acto o norma cuestionada.

Tanto el papel que debe jugar las partes como los coadyuvantes está claro, toda vez que acuden al proceso a defender sus intereses respectivos. Otra es la situación de la Procuraduría General de la República, la cual según la Sala Constitucional²²⁴, no es una parte interesada en el proceso sino una parte imparcial, a manera de un ministerio público de la jurisdicción constitucional y que interviene como un asesor técnico de la Sala Constitucional.

Una cuestión importante y vinculada a la contradicción, es la publicación que se hace en el Boletín Judicial, la cual permite a la comunidad jurídica enterarse de la existencia de la acción e intervenir si fuere de su interés.

En lo que concierne al efecto, la acción en inconstitucionalidad impide dictar sentencia en relación al asunto en que el acto o la ley cuestionada es pertinente. Como la prohibición es la de dictar sentencia, el juez puede continuar instruyendo el caso hasta que se encuentre en estado de recibir fallo, a menos que se trate de una ley sobre procedimiento.²²⁵ A respecto JURADO FERNÁNDEZ²²⁶, nos recuerda que cuando “(...) la norma impugnada sea de carácter procesal ya que, por regir el proceso de que se trate, debe ser aplicada durante su tramitación. Resulta claro que, en tales casos, el juez no puede seguir tramitando el respectivo asunto si para ello debe aplicar la norma cuya constitucionalidad está pendiente de resolverse ante la Sala Constitucional.”

Un elemento relevante sobre este aspecto es que la suspensión derivada de la acción en inconstitucionalidad no

224 Véase Resolución Presidencial de las 17:45 horas del 7 de febrero de 1990, tomada de Rubén Hernández, *Derecho Procesal Constitucional*, p. 437.

225 Véase artículo 82 de la L. J. C.

226 Julio Jurado Fernández, *Jueces y Constitución en Costa Rica*, p. 68.

es sólo en relación al tribunal u órgano administrativo en el cual se planteó el incidente, sino que alcanza a cualquier otro donde se esté conociendo algún caso o agotándose una vía administrativa, a condición de que el acto o la norma objeto de la acción sea misma objeto de la acción en inconstitucionalidad.

Con la finalidad de garantizar que la acción surta los efectos suspensivos, la existencia de la acción se comunica al tribunal u órgano administrativo y al mismo tiempo se publica un aviso, tres veces consecutivo, en el Boletín Judicial.²²⁷

A juzgar por algunas decisiones dictadas por la Sala Constitucional, el mecanismo de publicidad anteriormente indicado parece que en algunas ocasiones no ha funcionado, lo que ha traído como consecuencia que, aun estando pendiente de fallo la acción, el tribunal o el órgano administrativo haya resuelto el asunto principal.

Cuando se presenta la hipótesis indicada en el párrafo anterior la acción en inconstitucionalidad se declara inadmisibile. En efecto, la Sala Constitucional²²⁸ ha establecido que luego de resuelto el asunto principal la acción queda insubsistente y que por tanto debe declararse inadmisibile. Se trata de una tesis no compartida por HERNÁNDEZ VALLE²²⁹, quien la califica de “totalmente equivocada.”

En una especie similar a la anterior hubo un voto salvado²³⁰, en el cual el sustentante se opuso a la decisión de la mayoría, en el entendido de que la Sala debe hacer una interpretación extensiva de las normas relativas al acceso de su competencia y en razón de que al declarar inadmisibile la acción se deja sin protección al accionante.

227 Véase segundo párrafo artículo 81 de la L. J. C.

228 Véase sentencia No. 562-90, del 23 de mayo de 1990, tomado de Rubén Hernández, *Derecho Procesal Constitucional*, p. 421.

229 Rubén Hernández, ob. cit., p. 421.

230 Véase sentencia No.1598-92 del 16 de junio del 1992, tomada de Rubén Hernández, ob. cit., p. 422.

El voto salvado que se indica en el párrafo anterior es valorado positivamente por HERNÁNDEZ VALLE²³¹, quien lo califica de irrefutable, al tiempo que sostiene que: "...habría que añadir la consideración de que la Sala tarda varios meses en darle curso a las acciones de inconstitucionalidad, por lo que, en última instancia, por omisiones imputables a ese órgano jurisdiccional es que se fallan anticipadamente los juicios pendientes, a pesar de haberse planteado la respectiva acción de inconstitucionalidad ante la Sala con suficiente anterioridad."

En este mismo sentido HERNÁNDEZ VALLE²³² entiende que una vez la Sala Constitucional es apoderada de una acción en inconstitucionalidad por la vía incidental, el tribunal u órgano que conoce de lo principal pierde su competencia para fallar el fondo mientras esté pendiente la acción, y, en caso de que dicte sentencia, la misma estaría afectada de nulidad absoluta, pudiendo la Sala pronunciarla de oficio o a pedimento de parte.

Compartimos los criterios externados por el autor, aunque entendemos que en los casos en que la acción en inconstitucionalidad es declarada inadmisibile o rechazada en cuanto al fondo, no tendría ningún sentido anular una sentencia fundamentada en una norma o acto cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la propia Sala Constitucional. De manera que la sanción de nulidad sólo parece tener pertinencia en caso de que la norma o el acto objeto de la acción es declarado inconstitucional.

En cualquier caso, sin embargo, entendemos que el tribunal o el órgano administrativo que resuelva lo principal, a pesar de habersele notificado oportunamente la existencia de la acción, debe ser sancionado disciplinariamente, por haber violado el artículo 81 de la L. J. C.

231 *Ibíd.*

232 Rubén Hernández, *ob. cit.*, pp. 422-423.

Luego de haber explicado los distintos aspectos sobre la acción en inconstitucionalidad, procede que abordemos la otra modalidad de control concreto de constitucionalidad, es decir, la consulta judicial. Importante es señalar, desde ahora, que existe dos modalidades de consulta judicial: la preceptiva y la facultativa.²³³ De las dos anteriores sólo abordaremos la última, en razón de que la primera procede en ocasión de un recurso de revisión fundado en la violación al debido proceso, materia que es extraña al objeto de este trabajo.

Lo primero que debemos destacar, coincidiendo con JURADO FERNÁNDEZ²³⁴, es que la consulta judicial es la única modalidad de control de constitucionalidad en la cual el juez ordinario tiene participación en el sistema de justicia constitucional de Costa Rica. Pero se trata de una participación muy relevante porque, como veremos más adelante, el juez no puede limitarse a manifestarle a la Sala Constitucional que tiene dudas sobre la constitucionalidad de una norma, sino que debe motivar su solicitud. Resultando que la interposición de la consulta, en sí misma, supone que el juez considera inconstitucional la norma, porque de no ser así se limitaría a aplicarla.

Por lo anteriormente expuesto es que JURADO FERNÁNDEZ²³⁵ entiende que: “En relación con la Consulta, interesa resaltar que, como ocurre con la cuestión de inconstitucionalidad española, su planteamiento implica por parte del juez que lo hace, un juicio previo de constitucionalidad acerca de la norma en cuestión.”

En el caso de la consulta judicial seremos breves, en el entendido de que son pocos los elementos que la distinguen de la acción en inconstitucionalidad. En efecto, tanto la consulta

233 Artículos 102 y siguientes de la L. J. C.

234 Julio Jurado Fernández, ob. cit., p. 68.

235 Ob. cit., p. 69.

como la acción son mecanismos incidentales de control de constitucionalidad que se diferencian en lo relativo al sujeto legitimado, ya que mientras en esta última es una de las partes que plantea el incidente, en la primera quien lo hace es el juez apoderado del asunto principal, quien se limita a solicitarle a la Sala Constitucional una consulta en relación a si el acto o la norma aplicable al caso es o no contraria a la constitución. No obstante, nada impide que una de las partes le solicite al juez que formule la consulta, quien la promoverá si lo considera pertinente.

La facultad que el legislador atribuye al juez de consultar a la Sala Constitucional en materia de constitucionalidad no supone una libertad sin límite, todo lo contrario, se trata de un mecanismo previsto para los casos excepcionales en que se advierta una posible colisión entre la ley aplicable al caso y la Constitución. De manera que como nos indica SOLÍS FALLA²³⁶, “...el motivo de la consulta, objetivamente hablando, debe ser serio y tener su asidero en “dudas fundadas,” tal como se deduce de los artículos 102 y 104 de la Ley de la Jurisdicción. Esto implica que el órgano judicial, al realizar la consulta, debe cumplir con una serie de requisitos formales que, en síntesis, son: a) debe concretar la consulta mediante una resolución, b) debe indicar las normas, acto, conductas u omisiones cuestionadas, c) debe citar los preceptos constitucionales que considere infringidos, pues aunque la ley no lo dice expresamente se considera un requisito necesario, d) debe explicar el fundamento de sus dudas, y e) debe explicar cómo la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.”

Resulta evidente que los requisitos que el autor menciona están vinculados con la naturaleza y la finalidad perseguida por el legislador, en el entendido de que de lo que se trata es de que ante el hecho de una posible colisión entre la ley aplicable al caso y la Constitución, el juez ordinario, a quién

236 Alex Solís Fallas, *Dimensión política de la Sala Constitucional*, p. 112.

le está vedado inaplicar un acto o una norma inconstitucional, pueda acudir al órgano que tiene el monopolio de la defensa de la Constitución, para que determine si la colisión advertida existe o no.

Siendo las cosas como terminamos de indicar, resulta de rigor que el juez motive su consulta, haciendo énfasis en los elementos señalados por SOLÍS FALLAS. Y es que la consulta judicial costarricense es muy parecida a la cuestión de inconstitucionalidad del sistema español, la cual abordamos anteriormente (ver No. 12.3.1, p.147).

Otro aspecto importante es el relativo a que conforme a la Sala Constitucional²³⁷, cuando ya existe un precedente no es necesaria la consulta, caso en el cual lo que debe hacer el juez es desaplicar la norma o aplicarla, dependiendo del sentido del precedente. A partir del indicado criterio se generó un importante debate en la comunidad jurídica costarricense, en torno a si se había o no consagrado un sistema difuso al estilo norteamericano. Tal debate lo retomaremos en el capítulo IV de este trabajo, en el cual abordaremos el modelo difuso de control de constitucionalidad.

B) Aspectos sustantivos: la sentencia

Luego de haber estudiado los aspectos adjetivos o procesales del procedimiento, abordaremos la parte sustantiva, en particular todo lo que tiene que ver con la sentencia.

13. Las sentencias constitucionales

Generalmente los Tribunales Constitucionales al resolver una acción o recurso de inconstitucionalidad se limitan a acogerlo o a rechazarlo. En el primer caso declaran inconstitucional el acto o la norma y en el segundo, obviamente, lo declaran

²³⁷ Véase sentencia No. 244-93 del 19 de enero del 1993 y el voto 1185-95 del año 1995.

conforme con la Constitución. Lo anterior ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a agrupar las sentencias constitucionales en estimatorias y desestimatorias.

En algunos casos, el Tribunal Constitucional ni desestima ni estima la acción en inconstitucionalidad, sino que recurre a otro tipo de técnica o de solución. En el caso del Tribunal Constitucional Federal Alemán, se recurre a técnicas tales como la de la sentencia interpretativa en la cual el tribunal indica la forma en que debe interpretarse la norma para salvarla y mantenerla dentro del ordenamiento; igualmente recurre a la declaratoria de inconstitucionalidad pero no declara la nulidad de la norma, y, finalmente, también recurre a la técnica de la anulación diferida, técnica que se utiliza en caso de que la ley constitucional, en su origen, con la evolución de los hechos y del derecho, se vuelve inconstitucional. En esta hipótesis lo que hace el Tribunal es que le ordena al legislador modificar la ley, indicándole el plazo en que debe hacerlo.²³⁸

Respecto de la sentencia abordaremos los elementos siguientes: el contenido, los efectos, el dimensionamiento de los efectos, la autoridad de cosa juzgada de la sentencia, el carácter vinculante y la publicidad .

a) Contenido de la sentencia

La acción en inconstitucionalidad tiene como finalidad la declaratoria de inconstitucionalidad, de suerte que si el Tribunal Constitucional entiende que el acto o la norma cuestionada viola la Constitución, declarará la misma inconstitucional, con lo cual quedaría fuera del ordenamiento jurídico; por el contrario, en caso de que considere infundada la acción, el acto o la norma permanecería en el ordenamiento.

238 Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, pp. 77-78.

La declaratoria de inconstitucionalidad, generalmente, se produce en relación a una parte de la norma y excepcionalmente en relación a la totalidad; esto último ocurre cuando el vicio retenido por el tribunal está vinculado al procedimiento previsto en la Constitución.

Por otra parte, la solicitud de la declaratoria de inconstitucionalidad se incoa mediante una instancia que debe estar adecuadamente motivada y en particular indicar la ley o los artículos de la norma que considera inconstitucional y, obviamente, el valor, principio o derecho constitucional que le sirve de fundamento. Cuando lo que se pretende es la declaratoria de inconstitucionalidad de uno o varios artículos de una ley, puede presentarse el caso de que el Tribunal Constitucional al hacer el examen de constitucionalidad determine qué artículos diferentes a los señalados por el accionante infringen la Constitución, en tal circunstancia se admite, generalmente, en aplicación del principio *iura novit curia*, la facultad que tiene el tribunal de anular artículos distintos a los indicados por el accionante.

Pero no sólo existe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda declarar inconstitucional artículos distintos a los invocados por el accionante, sino que también es posible la declaratoria en relación a textos de una ley distinta a aquella que constituye el objeto de la acción, a condición de que exista conexidad o consecuencia.

En el caso específico de la legislación costarricense, la posibilidad de que el contenido de la sentencia incluya textos o normas diferentes a las que constituye el objeto de la acción está previsto, de manera expresa, en el artículo 89 de la L. J. C. Conforme a dicho texto “La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados.”

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica²³⁹, refiriéndose al fundamento del mencionado artículo 89, ha sostenido que su tarea de garantizar la supremacía de la Constitución y de los principios constitucionales quedaría incompleta si no tuviera la posibilidad de declarar, además de las normas objeto de la acción, aquellas normas que por conexidad o consecuencia también resultan inconstitucionales.

El problema que se presenta en la implementación del referido artículo 89 es, según HERNÁNDEZ VALLE²⁴⁰, que la declaratoria de inconstitucionalidad de textos distintos a los señalados por el accionante se hace sin darle participación a los órganos políticos, ni a las personas físicas y jurídicas de derecho privado que en algunos sistemas, como el costarricense, están legitimados para acceder al tribunal, con lo cual se desconoce el principio de contradicción.

Nos parece atinada la observación hecha por el indicado autor, en la medida de que es de principio que el tribunal antes de decidir un aspecto de oficio debe darle participación a quienes puedan estar interesados en la decisión.

239 Mediante sentencia No. 4190-95 de las 11:33 horas del 28 julio de 1995, la Sala Constitucional estableció lo siguiente: "En razón de la especial tarea encomendada a esta Sala Constitucional de 'garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales', es que esta competencia que se le otorga -de declarar la inconstitucionalidad de las normas conexas de la norma contra la que se dirigía resulta una consecuencia lógica, función que debe ser realizada en forma integral, es decir, solucionando la contradicción constitucional planteada, y esta tarea no es completa si presentada una acción contra una norma específica, se determina que otras normas por su conexidad y consecuencia, también resultan inconstitucionales, la Sala no pueda declarar su anulación de sistema jurídico; el problema fático que se suscita si existiera ese impedimento es de gran gravedad, ya que habría que esperar la presentación de otra acción de inconstitucionalidad para que la Sala pueda cumplir esa obligación de garantizar la supremacía de la Constitución. En todo caso, esta competencia otorgada a esta Sala tiene el límite fijado en la norma impugnada, la cual expresamente determina que se podrá anular aquellas normas que: '...cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia...'; es decir, únicamente aquellas normas que resulten indispensables para lograr la armonía con las normas y principios de la Constitución, siempre y cuando se trate del mismo tema analizado y debatido en la sentencia de que se trate."

240 Rubén Hernández, *Derecho Procesal Constitucional*, p. 441.

b) Efectos *erga omnes* de la sentencia

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional tiene efectos *erga omnes* o contra todos, en razón, según lo indica PÉREZ ROYO²⁴¹, de que la sentencia que acoge la acción en inconstitucionalidad es una verdadera ley, aunque negativa, y, en consecuencia, tiene efecto general.

El carácter *erga omnes* de la sentencia ha sido objeto de positivación en algunos sistemas de justicia constitucional como el español.²⁴² Cabe destacar, sin embargo, que el hecho de que en el ordenamiento jurídico de un país no exista un texto constitucional o de la ley de la jurisdicción constitucional que consagre dicho efecto, ello no implica que las sentencias constitucionales dictadas por el Tribunal Constitucional de dicho ordenamiento no sean oponibles a todo el mundo, ya que se trata de una cuestión de principio.

En cuanto a los efectos en el tiempo, generalmente se respetan los derechos y las relaciones jurídicas consolidadas al amparo de la ley declarada inconstitucional, salvo en el caso de leyes penales, eventualidad en la cual todo dependerá de si le favorece o no a la persona que está cumpliendo condena. Así, por ejemplo, en el caso particular del sistema costarricense, se establece de manera expresa²⁴³ que deben respetarse los derechos adquiridos de buena fe.

241 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 931.

242 En el artículo 164.1 de la Constitución española se establece que: "Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*, con los votos particulares si los hubiere. Tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen pleno efectos frente a todos."

243 En el artículo 91 de la L. J. C. se establece que: "La sentencia declaratoria de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe..."

c) Dimensionamiento de los efectos de la sentencia

El dimensionamiento de los efectos de la sentencia es una práctica de algunos Tribunales Constitucionales, y consiste en posponer los efectos de la sentencia con la finalidad de evitar los graves trastornos que en el ámbito de la seguridad jurídica o la paz social pueden producir los efectos inmediatos de la misma.

El sistema costarricense puede servir de ejemplo para explicar esta técnica, ya que la L. J. C, de manera expresa, faculta a la Sala Constitucional a dimensionar o graduar los efectos de las sentencias estimatorias.²⁴⁴ La facultad de dimensionamiento y de adecuación de los efectos de la sentencia ha sido utilizada en varias ocasiones, siendo uno de los casos más notorios el relativo a la ley de referéndum, la cual no fue dictada en el plazo previsto en la Constitución, dando lugar a una acción en inconstitucionalidad por omisión legislativa, la cual fue acogida y se otorgó un plazo de seis meses a la Asamblea Legislativa para que enmendara la infracción constitucional.²⁴⁵

244 En el párrafo segundo del artículo 91 de la L. J. C, se establece: “La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que este produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.”

245 Mediante la sentencia No. 2005-05649, de las 14:39 horas del 11 de mayo del 2005, la Sala Constitucional estableció que: “Habiéndose constatado en el sub-lite una omisión absoluta por parte de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su potestad normativa, lo que resta es establecer un plazo razonable para que ese órgano constitucional proceda a dictar las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley, con el propósito de superar la situación inconstitucional creada por su inercia. Ciertamente, la Ley de la Jurisdicción Constitucional en su Título IV “De las cuestiones de constitucionalidad” y más concretamente, en los ordinales 87 a 95 que establece la tipología de las sentencias inconstitucionalidad, no prevé, para el caso de las omisiones, un plazo para que el órgano proceda a dictar el acto normativo que se echa a menos y se supere la situación antijurídica generada por la conducta omisa. No obstante, dado que, el presente asunto versa sobre una omisión absoluta de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su poder normativo por un inequívoco incumplimiento de un mandato expreso y bajo plazo del poder reformador, este Tribunal estima que resulta absolutamente imperioso establecer un término a este poder del Estado para que subsane la referida omisión. Lo anterior con sustento en los principios de auto integración (artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) y de prudencia establecido en el artículo 91, párrafo 2, de la supracitada ley, en cuanto habilita a este Tribunal (...) para graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo y la materia (...) los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad”

Como se observa, en el caso del sistema costarricense, al mismo tiempo que se anula de manera absoluta el acto o la norma, se garantizan los derechos adquiridos, y, además, se habilita a la Sala Constitucional para que gradúe sus efectos. De ahí que no estamos en presencia de una anulación normal, sino, como lo sostiene CASTILLO VÍQUEZ²⁴⁶, "...en presencia de una nulidad sui generis en la cual se atemperan sus efectos en aras de otros valores y principios del ordenamiento jurídico que también merecen la tutela y la protección constitucional, tales como la buena fe y la seguridad jurídica."

Sin dudas, el contenido del mencionado artículo 91 responde con exactitud meridiana a la naturaleza de las sentencias del Tribunal Constitucional. En efecto, siendo la sentencia una verdadera ley, aunque negativa, no puede afectar los derechos adquiridos de buena fe, como tampoco los puede afectar una ley dictada por el poder legislativo, dado que ello sería violatorio al principio universal de la irretroactividad de la ley y un desconocimiento de la seguridad jurídica que es uno de los valores del ordenamiento jurídico.²⁴⁷ El mismo razonamiento puede hacerse en relación al dimensionamiento de los efectos de las sentencias en cuanto al tiempo, espacio y materia, toda vez que cada día es más generalizada la técnica de la *vacatio legis*, mediante la cual el legislador prorroga la entrada en vigencia de la ley para evitar los trastornos que pueden derivarse de una aplicación inmediata de la misma a relaciones jurídicas y a procesos que se iniciaron al amparo de la ley que se sustituye.²⁴⁸

(...). Por lo expuesto debe imponerse a la Asamblea Legislativa el plazo de seis meses, a partir de la notificación de este fallo, para el dictado de las leyes de desarrollo y la iniciativa popular en la formación de la ley."

246 Fernando Castillo Víquez, *Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica: las cuestiones de constitucionalidad*, p. 245.

247 El principio de irretroactividad de la ley aparece consagrado en el artículo 47 de la Constitución dominicana, en el cual se establece que: "La ley solo dispone y se aplica para el porvenir. No tiene efectos retroactivos sino cuando sea favorable al que está subjudice o cumpliendo condena. En ningún caso la ley ni poder público alguno podrá afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior."

248 Por sólo poner un ejemplo de la República Dominicana, en el artículo 449.i de la ley No. 7602, del 19 de julio de 2002, que instituye el Código Procesal Penal, se estableció

Ahora bien, lo que no podemos es decir que la sentencia Constitucional sea equivalente a la derogación de una ley, pues como nos dice CASTILLO VÍQUEZ²⁴⁹, criterio que compartimos: "...no podemos confundir la anulabilidad con la derogatoria. La primera elimina la norma desde su origen, excepto para las situaciones jurídicas donde se han adquirido derechos de buena fe o se han consolidado, es decir, desde su raíz. En cambio, la segunda, lo hace a partir de la vigencia de la norma derogante..."

d) La autoridad de cosa juzgada de la sentencia

En el derecho común y también en cualquier derecho especial, como el que nos ocupa, la autoridad de cosa juzgada supone, por una parte, que el asunto resuelto no se puede volver a juzgar, al amparo de dos presunciones: la regularidad de los procedimientos y la certeza de lo decidido y, por otra parte, constituye una garantía de seguridad jurídica, en una doble vertiente, en el caso del derecho penal el imputado tiene la tranquilidad de que no será sometido de nuevo a juicio y en el ámbito privado, quien ha obtenido ganancia de causa tiene la seguridad de que los derechos reconocidos han entrado definitivamente a su patrimonio.

En el ámbito del derecho constitucional la autoridad de la cosa juzgada supone que la constitucionalidad de una norma sólo puede ser cuestionada en una ocasión. En el ámbito del control concentrado y en caso de que la acción en inconstitucionalidad sea acogida, la autoridad de la cosa juzgada es obvia e indiscutible, ya que la norma objeto de

que: "449.i Vigencia. Este código entrará en vigencia plena veinticuatro meses después de su publicación y se aplicará a todos los casos que se inicien a partir del vencimiento de este plazo." La pertinencia del artículo indicado es incuestionable, ya que no existía posibilidad procesal de que los casos que ya se habían comenzado a instruir pudieran continuarse con la nueva normativa, de lo que se trataba era de un cambio de modelo: se pasó del modelo mixto al acusatorio, modelos estos que son incompatibles, particularmente porque se delimitan las funciones del juez y del fiscal, circunscribiendo a la del primero a juzgar y a la del segundo a acusar.

249 Fernando Castillo Víquez, ob. cit., p. 250.

la acción sale del ordenamiento jurídico y materialmente no puede volver a cuestionarse. Otra es la situación, como veremos en los párrafos que siguen, cuando la acción es rechazada.

Respecto de este tema, en el artículo 29.2, de la L.O.T.C se establece que “La desestimación por razones de forma de un recurso de inconstitucionalidad de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley no será obstáculo para que la misma Ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso”; mientras que en el artículo 38.2 de la misma Ley se establece que: “Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional.”

En torno a estos dos textos se ha desarrollado en España una interesante doctrina. Del análisis del primero de los textos transcritos en el párrafo anterior se advierte que la sentencia desestimatoria por razones de forma no adquiere la autoridad de cosa juzgada; mientras que del análisis del segundo texto, se desprende que las sentencias desestimatorias por razones de fondo adquieren una autoridad de cosa juzgada condicionada o limitada.

En la primera de la situación la cuestión de inconstitucionalidad es siempre viable contra la misma ley objeto del recurso rechazado; pero en la segunda sólo será viable cuando se fundamente en la violación de un texto constitucional distinto al que sirvió de fundamento al recurso.

GARCÍA DE ENTERRÍA²⁵⁰ entiende que aunque se entre en contradicción con los referidos textos la desestimación de un

250 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma*, p. 139.

recurso directo contra una ley no debe considerarse como un obstáculo para que el mismo motivo de inconstitucionalidad pueda ser planteado ulteriormente en una “cuestión de inconstitucionalidad.”

En este orden GARCÍA DE ENTERRÍA²⁵¹ sostiene que si en aplicación de los textos de referencias se cerrara el paso a planteamientos concretos de inconstitucionalidad previamente desestimados en vía de recurso directo, se produciría un bloqueo al libre y constante acceso a la Constitución, se “obstaculizaría una de las funciones políticas más importantes del Tribunal Constitucional, la de una interpretación constitucional evolutiva que adapte el texto de la Constitución a las situaciones históricas cambiantes”. Igualmente, entiende el autor, que la aplicación del referido texto implicaría “ignorar las diferencias substanciales entre un control abstractos de las leyes y un control concreto, con la riqueza inventiva de la casuística , sin la cual la técnica jurídica se agota y se reseca”.²⁵²

En conclusión, GARCÍA DE ENTERRÍA²⁵³ defiende la compatibilidad de las dos vías de la constitucionalidad, para lo cual sugiere que se declararen inconstitucionales los referidos artículos 29.2 y 38.2 o que los mismos sean interpretados conforme a la Constitución. Esta última solución la considera más complicada.

En torno a este tema el Tribunal Constitucional español ha dictado algunas sentencias, en relación a las cuales se han hecho interesantes estudios.²⁵⁴ La sentencia 4/81, del 2 de febrero, fue la primera dictada sobre la materia.²⁵⁵ En esta sentencia el alto tribunal defiende la compatibilidad entre la

251 Ob.cit., pp. 139-140.

252 Ob.cit., p. 140.

253 *Ibíd.*

254 Véase al respecto a Agustín Martín de la Vega, *Estudio sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, pp. 52-68.

255 Ob.cit., p. 53.

sentencia desestimatoria de un recurso de inconstitucionalidad y la posible promoción de cuestiones de inconstitucionalidad, a condición de que en el futuro se presente nuevos matices.²⁵⁶ Quince años más tarde y mediante la sentencia No. 55/96 el Tribunal Constitucional vuelve a interpretar el artículo 38.2 y aun habiendo reconocido que en una decisión anterior decidió un motivo parcialmente coincidente al que sirvió de fundamento a la cuestión de inconstitucionalidad, resolvió conocer la misma.²⁵⁷

Para conocer de la cuestión en inconstitucionalidad el Tribunal tuvo en cuenta que “el nuevo cuestionamiento del artículo 2.3 se produce (...) por vía distinta de la resuelta en la TSC 160/87 (art. 38.2 L.O.T.C); el que los motivos de incompatibilidad alegada no son totalmente coincidentes; y, por último, que las cuestiones objeto del presente proceso constitucional no adolecen, por reiterativas, de notoria falta de fundamentos, ya que resulta relevante el lapso de tiempo transcurrido desde que se dictó la STC 160/87, a la vista de actividades normativas y del intenso debate político y social que han tenido por objeto la institución de la prestación social sustitutoria y la respuesta jurídica anudada a la negativa a realizarla”.²⁵⁸

MARTÍN DE LA VEGA²⁵⁹ resalta de la indicada sentencia los elementos siguientes: a) el Tribunal da por supuesto que el referido artículo 38.2 lo que impide es el replanteamiento del mismo recurso e implícitamente no prohíbe el replanteamiento de otra vía; b) el Tribunal no se conforma con establecer que está en presencia de una nueva vía, sino que agrega que los motivos que sirven de fundamento a la cuestión de inconstitucionalidad no son “...totalmente coincidentes” y c) el Tribunal destaca lo relativo a la transformación del problema constitucional como consecuencia del cambio de

256 Ob. cit., pp. 53-54.

257 Ob.cit., p. 60.

258 *Ibíd.*

259 Ob. cit., pp. 60-61.

circunstancias, por el transcurso del tiempo y el surgimiento de nuevos debates en el ámbito social y político.

Fuera del ámbito español, la doctrina llega a la misma conclusión e, inclusive, puede afirmarse que es menos rigurosa, en la medida que admite la procedencia de una misma vía de recurso contra la ley previamente cuestionada y, además, no exige la invocación de nuevos argumentos.

En efecto, HERNÁNDEZ VALLE²⁶⁰ sostiene que: “En cuanto a la sentencia desestimatoria, hay que afirmar, en primer término, que no produce cosa juzgada material, sino que sólo precluye la posibilidad de que la norma o actos impugnados puedan plantearse nuevamente dentro del mismo juicio.”

Oportuno es indicar, por una parte, que el autor hace su análisis en el ámbito de la inconstitucionalidad promovida de manera incidental y, en particular, cuando una de las partes en un proceso acude ante la Sala Constitucional para que esta declare inconstitucional una norma relevante para el caso que se conoce ante un tribunal o en vía administrativa en ocasión del agotamiento de la fase administrativa, y, por otra parte, que admite que en la hipótesis de referencia puede haber autoridad de cosa juzgada relativa, en la medida que sólo se prohíbe invocar la inconstitucionalidad de la norma en el mismo caso.

Por otra parte, el mismo razonamiento hecho en relación a la acción incidental en inconstitucionalidad prevista en el sistema costarricense es válido para la consulta judicial facultativa, la cual, como ya lo hemos indicado, es una modalidad de control incidental, en la medida en que también surge en ocasión de un proceso o en un procedimiento administrativo cuando se agota esta vía. Así lo señala HERNÁNDEZ VALLE²⁶¹, quien sostiene que: “La sentencia (...) que rechaza la consulta,

260 Rubén Hernández Valle, *El derecho de la Constitución*, p. 720.

261 Ob. cit., p. 720.

no precluye la posibilidad de que la misma norma sea impugnada ante la Sala en un juicio diferente.”

JORGE PRATS²⁶² coincide con el indicado autor, en la medida que considera que la sentencia constitucional tiene autoridad de cosa juzgada cuando es estimatoria, pero que: “Respecto a la sentencia desestimatoria, la controversia puede plantearse de nuevo pues es posible que una norma, considerada en su momento constitucional, devenga en inconstitucional en virtud de la dinámica interpretativa de la jurisdicción constitucional.”

Estamos de acuerdo con JORGE PRATS, no sólo porque la dinámica interpretativa puede dar lugar a un cambio de criterio del Tribunal Constitucional, sino porque con el paso del tiempo la composición del tribunal puede modificarse. Como consecuencia, es posible que los jueces que rechazaron una acción en inconstitucionalidad no sean los mismos que conozcan de una nueva acción en relación a la misma norma, o, al menos, que quienes estaban en minoría en su momento, pasen a ser mayoría.

Las razones anteriores aconsejan no declarar inadmisibles una nueva acción contra la misma norma, sino rechazarlo por los mismos motivos dados en la sentencia anterior, si es que el Tribunal mantiene el mismo criterio, como ocurre en muchos casos.

e) Carácter vinculante de la sentencia

Lo relativo al carácter vinculante de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional es un tema de mucha relevancia, por el hecho de que está en juego el respeto de la supremacía de la Constitución, cuyo principal defensor es el Tribunal Constitucional. Admitir que la sentencia tiene

262 Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, volumen I, p. 368.

carácter vinculante implica que los poderes públicos no pueden reincorporar la norma anulada y los jueces deben interpretar el derecho siguiendo las directrices trazadas por dicho Tribunal. Por ello tiene razón JORGE PRATS²⁶³, cuando sostiene que si no se reconoce el carácter vinculante a las sentencias el control concentrado pierde su razón de ser.

En este orden de ideas, LAFUENTE BALLE²⁶⁴ entiende que en materia constitucional no tiene sentido la vieja distinción entre la interpretación jurisdiccional anglosajona y la continental y conforme a la cual la primera crea norma y la segunda no. Entiende el autor que el Tribunal Constitucional cuando estima una acción en inconstitucionalidad crea una norma negativa y cuando dicta una sentencia interpretativa crea una norma positiva.

Si partimos del criterio expuesto en el párrafo anterior, con el cual nos identificamos, el carácter vinculante de las sentencias constitucionales no puede admitir discusión, toda vez que toda norma se caracteriza por ser general y de cumplimiento obligatorio.

En el sistema costarricense el carácter vinculante de la sentencia está consagrado de manera expresa en el artículo 13 de la L. J. C., texto según el cual la jurisprudencia y los precedentes de la Jurisdicción Constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para ella misma. Interpretando la normativa anterior, JURADO FERNÁNDEZ²⁶⁵ sostiene que: "...los criterios y fundamentos jurídicos contenidos en las consideraciones de las sentencias de la Sala Constitucional son obligatorias *erga omnes*; es decir, que constituyen verdaderas reglas jurídicas de aplicación obligatoria para todo aquel que deba aplicar el Derecho. De manera tal, que si se trata de los criterios

263 Ob. cit., p. 369.

264 José Ma. Lafuente Balle, *La jurisdicción de la interpretación constitucional*, citado por Eduardo Jorge Prats, ob. cit., pp. 370 - 371.

265 Julio Jurado Fernández, *Jueces y Constitución en Costa Rica*, p. 237.

y fundamentos jurídicos de las sentencias acaecidas en los procesos de tutela de derechos fundamentales, estos son de obligada aplicación en casos fácticamente similares. Y si se trata de los fundamentos y criterios jurídicos de las sentencias dictadas en los procesos de control de normas, su fuerza vinculante lo es respecto del eventual enjuiciamiento de otras normas.”

f) Publicidad de la sentencia

La sentencia dictada por un Tribunal Constitucional, en ocasión de un recurso o una acción en inconstitucionalidad, aun cuando comparte muchas de las características de la sentencia dictada por un tribunal de derecho común, tiene naturaleza muy particular, sobre todo porque la labor de la justicia constitucional es, usando la expresión de HANS KELSEN, la de un “legislador negativa.” En ese orden, y como mediante una decisión relativa a una acción en inconstitucionalidad se puede expulsar del ordenamiento una norma, tal acontecimiento debe ser conocido por los poderes públicos y privados, así como por los ciudadanos, de la misma forma que debe ser conocida una ley vigente. El desconocimiento de una decisión estimatoria de un Tribunal Constitucional puede dar lugar a graves trastornos, en la medida en que un tribunal puede fundamentar la solución de un caso en una norma que ya fue anulada y expulsada del ordenamiento jurídico; e igualmente, los particulares pueden establecer relaciones jurídicas sobre la base de normas ya anuladas, con las consecuencias que ello tiene en el ámbito de la seguridad jurídica.

PÉREZ ROYO²⁶⁶, al analizar el artículo 164.1 de la Constitución española, texto en el cual se establece la obligación de publicar la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Boletín Oficial del Estado (BOE), afirma

266 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 930.

que la razón por la cual se exige dicha publicación es porque este tipo de sentencia equivale a una ley negativa, y en tanto que ley debe darse a conocer a los ciudadanos.

En el sistema costarricense, la publicidad de la decisión dictada por la Sala Constitucional es bastante completa, según la interpretación que hace HERNÁNDEZ VALLE de los artículos 90 y 107 de la L. J. C.²⁶⁷, en la medida que no sólo se exige que la sentencia se inserte íntegramente en el Boletín Judicial, y que se reseñe en el Diario Oficial y en las publicaciones de los textos que pertenecían a las normas o normas derogadas; sino que también se notifica al Procurador General de la República, a las partes que intervinieron el proceso y al órgano administrativo o tribunal que conoce del asunto principal en ocasión del cual surgió la acción en inconstitucionalidad o la consulta judicial; igualmente se comunica al órgano de donde emanó la norma.

267 Rubén Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, p. 443.

CAPÍTULO IV
El Control difuso

Capítulo IV

El Control difuso

El control difuso es actualmente una institución sólida y arraigada en el constitucionalismo norteamericano y en el latinoamericano. Pese a ser una institución de larga data, hay muchos aspectos que no pierden interés y vigencia. En este capítulo no pretendemos hacer un estudio detallado y exhaustivo sobre dicho modelo de control de constitucionalidad, más bien de lo que se trata es de rescatar y analizar los tópicos controvertidos.

En este orden de ideas abordaremos aspectos generales así como aspectos adjetivos y sustantivos.

14. Características del control difuso

El control difuso fue sistematizado y desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica. Este modelo debe su nombre al hecho de que el control de constitucionalidad lo puede ejercer cualquier juez del sistema de justicia, contrario a lo que ocurre en el sistema concentrado, en el cual se reserva dicha facultad a un único órgano.

Su fundamento se encuentra en el principio de supremacía constitucional, en virtud del cual ningún juez puede aplicar una norma contraria a la Constitución. Por la razón anterior, la mayoría de la doctrina entiende que no es necesario que el control difuso esté expresamente previsto en el ordenamiento para que los jueces ordinarios inapliquen las normas que consideren inconstitucionales. De hecho, en países donde funciona el modelo desde hace siglos, como es el caso de los Estados Unidos de América y Argentina, no existe un texto que de manera expresa faculte a los jueces ordinarios a inaplicar las normas contrarias a la Constitución. En el caso de la República Dominicana, antes de la última reforma del 26 de enero del 2010 no existía un texto que,

de manera expresa, consagrara el modelo difuso de control de constitucionalidad.

Tanto en los Estados Unidos de América como en Argentina el control de constitucionalidad difuso fue la obra de la jurisprudencia. En el primero, la sentencia paradigmática es la que resolvió el caso *Marbury vs. Madison*. Mientras que en el segundo, la sentencia que simboliza la instauración del modelo es la que resolvió el caso “Sojo” 1887. Ninguna de las dos sentencias fueron las primeras en reconocer al poder judicial la facultad de inaplicar las normas inconstitucionales. Su prestigio se debe a que las leyes objetos de control eran de alcance federal o nacional.

Por otra parte, el ejercicio de esta técnica se hace en un caso concreto y en relación a una norma que es invocada en el mismo. Lo anterior supone que la norma que se inaplica debe tener relevancia para el caso; de ahí que QUIROGA LEÓN²⁶⁸ afirme que “... el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, sólo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible.”

Igualmente, este control se ejerce vía incidente y como medio de defensa, en la medida que quien invoca la inconstitucionalidad es la parte en perjuicio de la cual se pretende aplicar la norma de que se trate. Finalmente, el efecto de la sentencia que se dicta es relativo y como consecuencia la norma impugnada no sale del sistema. Esto último se ha considerado como un factor de inseguridad, deficiencia que en el sistema norteamericano está muy atenuada gracias a la técnica del *stare decisis*.

268 Aníbal Quiroga León, “La recepción española de la ‘judicial review’ americana: la cuestión de constitucionalidad”. Trabajo presentado en VIII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, celebrado en Sevilla los días 3, 4 y 5 del 2003. Sevilla, España: Thomson Aranzadi, 2006, p. 3929.

De lo expuesto anteriormente queda evidenciado que el juez ordinario ante quien se invoca la inconstitucional, además de tener la obligación de resolver el caso principal debe dar respuesta al aspecto constitucional, por ello tiene razón QUIROGA LEÓN²⁶⁹ al sostener que el sistema difuso de control de constitucionalidad ha sido diseñado “para hacer del juez ordinario un doble juez: por un lado juez ordinario y original de la causa que sea materia de su válida competencia y por el otro, juez constitucional que exofficio deberá ser guardián de la constitucionalidad de las leyes que sean materia de su válido conocimiento y para que después no pueda alegar que el sistema no le permitió hacer uso adecuado de este sistema o modelo.”

Es de general conocimiento que el modelo difuso de control de constitucionalidad es un aporte del constitucionalismo norteamericano, y que el origen del mismo se vincula a la famosa sentencia *MARBURY vs. MADISON*, dictada en 1803. Sin embargo, oportuno es aclarar que lo anterior no es, en modo alguno, una verdad absoluta. Dos observaciones o aclaraciones se imponen respecto a esta cuestión.

La primera de las observaciones consiste en que no debemos ignorar que fue en la propia Inglaterra del siglo XVII donde se ejerció por primera vez en la época moderna el control de constitucionalidad. En efecto, y aunque parezca paradójico, es en Inglaterra donde puede haber nacido la primera idea moderna de control de constitucionalidad. Esta idea fue desarrollada en el caso *Bonham*, resuelto por el célebre juez inglés SIR EDWARD COKE del tribunal “Common Pleas,” en 1610. En este caso se sentó el criterio de que una ley del Parlamento que fuera contraria al *common law*, era nula, porque el *common law* era la “ley superior.”²⁷⁰

269 Aníbal Quiroga León, ob. cit., pp. 3919-3920.

270 Louis Favoreu [et al.], *Droit constitutionnel*, p.228. Dicen los autores de esta obra que aunque parezca paradójico es en Inglaterra donde actualmente la democracia mayoritaria y la soberanía del Parlamento frenan el desarrollo de una verdadera democracia constitucional, donde puede haber nacido la primera idea moderna de control de constitucionalidad. Idea que se debe al célebre juez inglés SIR EDWARD COKE quien al inicio del siglo XVII aplicó la noción de “ley superior” en el caso *BONHAM*, resuelto

El fallo Bonhan es considerado como un intento por instaurar en Inglaterra el control de constitucionalidad. Intento que chocó con una fuerte resistencia, dado el arraigo y la fuerza del principio de la soberanía parlamentaria. Esta última finalmente se impuso.²⁷¹

La segunda observación consiste en que entre la Revolución americana y la mencionada sentencia Marbury vs. Madison fueron declaradas inconstitucionales al menos 20 leyes estatales.²⁷²

Fundamentado en las dos observaciones indicadas anteriormente, nos permitimos afirmar, por una parte, que los orígenes más remotos del control de constitucionalidad hay que buscarlos en la Inglaterra de inicio del siglo XVII, con el caso Bonhan, aunque fue en los Estados Unidos de Norteamérica donde se sistematizó y desarrolló, y, por otra parte, que el caso Marbury vs. Madison no fue el primero en que se hizo uso de la técnica del *judicial review*, aunque sí es el más importante por ser el primero en que se cuestiona la constitucionalidad de una ley federal o nacional.

Dado el éxito que este modelo ha tenido en el sistema de justicia norteamericana, muchos países del mundo y, sobre

por el Tribunal de "Common Pleas" en 1610. En este caso, se estableció que el "Colegio de los Médicos" no era competente para sancionar el SIEUR BONHAM, perseguido por ejercer la medicina sin autorización, porque la ley en que se fundamentaba la sanción le parecía demasiado irrazonable y contraria al derecho del common law. Conforme a esta tesis el common law es la ley fundamental del Reino y la encarnación de la razón y, en consecuencia, una ley del Parlamento contraria a la "ley superior" debe ser declarada nula.

271 Carlos Santiago Nino, *Fundamento de derecho constitucional*, p. 659. refiriéndose a esta precedente, considera que se trató de un intento de instaurar en Inglaterra un control de constitucionalidad, intento que no pudo imponerse por la resistencia que encontró especialmente de BLACKSTONES, quien entendía que el Parlamento tiene autoridad para hacer, confirmar, extender, restringir, abogar, repeler, revivir y explicar las leyes y que lo que Parlamento haga ninguna autoridad en la tierra lo puede hacer. Según ingresaba Inglaterra a la Comunidad Económica Europea tanto el control de constitucionalidad como la soberanía del Parlamento experimentaron variaciones, pero el principio según el cual tiene la última palabra aún en materia de derechos individuales se sigue aplicando en el ámbito del derecho interno.

272 Schwrtz, citado por Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma*, p. 55.

todo, del continente americano, lo han adoptado, aunque justo es decir que con algunas adaptaciones y en muchos casos funciona en cohabitación con el control concentrado del tipo europeo.

A) Aspectos adjetivos

En lo que respecta a los aspectos adjetivos de este modelo, sólo abordaremos lo que concierne a la legitimación y el principio *iura novit curia*, por considerar que se trata de los dos elementos más relevantes.

15. La legitimación en el control difuso

En el control difuso la cuestión de la legitimación no presenta mayores complicaciones. En efecto, la inaplicación de la norma puede invocarla cualquiera de las partes que intervienen en el proceso, independientemente de la calidad que tenga (demandante, demandado, interviniente). El requisito para la legitimación deriva de la propia naturaleza del modelo de control de constitucionalidad que nos ocupa.

Respecto de este tema, llama mucho la atención el hecho de que la Corte Suprema de Argentina le niegue al Estado el derecho a invocar la inaplicación de una ley en un proceso en el cual él es parte.²⁷³ Se trata de una tesis que, como nos dice SAGUÉS,²⁷⁴ "...parece inconstitucional, ya que la Constitución como ley suprema debe aplicarse, aunque quien la invoque haya precisamente dictado la norma que la viola."

En este mismo orden, la Corte Suprema de Argentina estableció que un legislador nacional puede reclamar la inaplicación de una norma en un proceso, cuando esta le

273 Néstor Pedro Sagúés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo I, p. 279. La tesis fue sustentada en el caso "Cieza", Fallo 307: 630, así como en el caso "Giuffoni", Fallo 303: 1039.

274 Ob. cit., p. 279.

afecta personalmente, pero no lo puede hacer actuando como representante del pueblo.²⁷⁵

Nosotros pensamos que carece de relevancia que quien invoque la inconstitucionalidad sea el Estado o un particular, o un legislador nacional actuando a cualquier título, porque si la ley es inconstitucional no puede aplicarse. La aplicación de la tesis adoptada por la Corte Suprema Argentina, sólo serviría para dejar pasar la oportunidad de imponer la supremacía de la Constitución.

16. Aplicación del principio *iura novit curia*

En el control concentrado de constitucionalidad se admite, generalmente, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda extender el examen de constitucionalidad más allá del objeto de la acción en inconstitucionalidad. De suerte que lo que se prohíbe es el autoapoderamiento, pero una vez interpuesta la acción, el Tribunal no está limitado por la misma.

La aplicación del principio que nos ocupa en el ámbito del control difuso, implicaría que el juez ordinario tendría la facultad de inaplicar una ley sin que ninguna de las partes en el proceso se lo haya solicitado, es decir, de oficio. Se trata de una cuestión que mantiene dividida a la jurisprudencia, al menos en el caso argentino, país en el cual la mayoría de los jueces de la Corte Suprema sostiene que no es posible la inaplicación de oficio de la norma y que, en consecuencia, es necesario que la parte lo alegue como medio de defensa, ello bajo el pretexto de que si se reconociera tal facultad el poder de los jueces “crecería excesivamente.”²⁷⁶

275 Ob. cit., p. 279. La tesis fue sustentada en el caso “Fontela”, Fallos 313: 363.

276 Ob. cit., p. 279. Esta tesis fue sustentada en el caso “Tumini”, Fallos 306-2023.

La tesis defendida por la mayoría de la Corte Suprema de la Nación Argentina es duramente criticada por SAGUÉS,²⁷⁷ quien la considera inconsistente. En efecto, SAGUÉS²⁷⁸ entiende que la "...ley suprema debe ser efectivizada por los jueces, aunque las partes no la invoquen (cosa que implica no efectivizar a la ley inconstitucional), como deber propio de una correcta administración de justicia, y sobre la base del principio *iura novit curia* ("el juez conoce del derecho"). Paralelamente la hipótesis de un despotismo judicial por el motivo que nos ocupa nos parece totalmente exagerada. Por lo demás, la Corte ha declarado de oficio la inconstitucionalidad de las leyes que afectaban su propia competencia constitucional..."

Otro aspecto relevante que aporta SAGUÉS²⁷⁹ es que en distintas hipótesis tribunales inferiores se han distanciado de la tesis restrictiva sostenida por la mayoría de la Corte Suprema, en la medida en que han inaplicado normas de oficio.

Nos parece que el autor tiene sobrada razón en las críticas que formula, porque prohibir al juez inaplicar de oficio una norma inconstitucional entra en abierta contradicción con la obligación que tiene de no aplicar leyes inconstitucionales. De manera que la tesis restrictiva, por una parte, supedita la eficacia de la supremacía de la Constitución a la voluntad de las partes que intervienen en el proceso y, por otra parte, coloca al juez en la difícil situación de tener que aplicar una ley que considera violatoria de la Constitución. Peor aún, el juez puede verse en la embarazosa y complicada

277 *Ibíd.*

278 Néstor Pedro Sagúés, *ob.cit.*, p. 280. Los casos en que la Corte Suprema de Justicia Argentina ha declarado inconstitucional de oficio leyes que afectan su propia competencia son, por ejemplo, la ley 17.642, o ley 22.192, artículo 24 "Tribunal de Ética Forense s-inaplicabilidad de la ley 22.192 y derogación acord. 13-80" Fallos 306:8; o el caso de la ley 24:631, que derogó las exenciones de los jueces para el impuesto a las ganancias, por considerar que afecta la independencia del Poder Judicial o el artículo 110 de la Constitución nacional (acord. 20-96).

279 *Ibíd.* A modo de ejemplo se cita el caso "Valezuela", LL. 1997-D-532, resuelto por el Tribunal Superior de Neuquén.

situación de inaplicar la misma norma cuando se lo solicita una parte y aplicarla en otro caso en el cual no se invoca la inconstitucionalidad.

En la República Dominicana el tema que nos ocupa es, hasta cierto punto, pacífico, en la medida en que en varias ocasiones la Suprema Corte de Justicia ha sostenido la tesis de que el juez ordinario tiene la facultad de inaplicar de oficio las leyes inconstitucionales. Generalmente esta situación se ha producido en el control difuso, sin embargo, en una especie muy particular se admitió en el control concentrado. El análisis de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana lo retomaremos en la segunda parte de esta investigación.

Igualmente, entendemos que de la misma forma que el juez puede inaplicar de oficio la ley inconstitucional, también puede inaplicar artículos de la ley impugnada no señalados por la parte así como leyes distintas a la cuestionada a condición de que exista conexión.

B) Aspectos sustantivos

En lo que concierne al control difuso, la doctrina nacional e internacional siempre se han preocupado por dos problemas: la delimitación de la esfera de este control y el valor del precedente. A tales cuestiones nos referiremos en los párrafos que siguen.

17. Los límites: cuestiones políticas

La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha desarrollado la técnica de autocontrol denominada “self-restraint” conforme a la cual ella se abstiene de conocer determinados casos. Esta técnica de autolimitación tiene

distintos fundamentos, siendo el más relevante el relativo a la doctrina de la “cuestiones políticas.”²⁸⁰

En efecto, dicha Corte, en el entendido de que la solución del caso que se le somete es puramente política y no judicial, se abstiene de conocerlo. Los casos paradigmáticos vinculados a la doctrina de la “cuestión política” son, según SANTIAGO NINO,²⁸¹ *Luther vs. Borden* y *Baker vs. Carr*.

El “self-restraint” viene aplicándose en el sistema norteamericano desde la época de Marshall, quien entendía que el rol de la Corte es sólo pronunciarse sobre los derechos de los individuos, no sobre cuestiones políticas.²⁸² Resulta comprensivo que esta técnica haya nacido con el judicial review, ya que, como veremos más adelante, en la medida en que el constitucionalismo norteamericano se fue consolidando el ámbito del “self- restraint” se redujo considerablemente, hasta tal punto que casos que en una época fueron considerados como “cuestiones políticas,” posteriormente la Corte se decidió a conocerlos.

La expresión “cuestiones políticas” es, sin dudas, vaga, abierta e imprecisa, lo cual dificulta la identificación de los casos que puedan calificarse como tales. Tal situación supone que sólo a través de la casuística se puede ir estableciendo las

280 Carlos Santiago Nino, *Fundamento de derecho constitucional*, pp. 665, 666 y 667. Este autor menciona, además de la “cuestión política”, otras limitaciones entre las cuales se encuentran las que indicamos a continuación: a) No conoce de la constitucionalidad de las leyes si no existe un caso previo, fundamentada en el artículo III de la Constitución (caso *United States v. Freuhauf*), b) No conoce de la constitucionalidad de las leyes cuando lo que persigue la parte interesada es conocer la validez de otra ley (caso *Muskrat vs. United States*), c) conectado con la tesis anterior se encuentra la de la “maduración” en la que la Corte se negó a conocer el caso de trabajadores públicos a los cuales se les prohibía la actividad política, pero que todavía no se había llevado a la práctica dicha prohibición (caso *United Public Workens vs. Mitchell*), d) también desarrolló la teoría de la “mudez”, conforme a la cual no conoce los casos cuya causa o violación haya desaparecido (caso *Funis vs. Odegaard*).

281 Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 667. En el caso “*Luther vs. Borden*” se planteó un problema de usurpación de tierras y la Corte se negó a conocerlo, porque el mismo derivó la legitimidad del gobierno de Rhode Island, aspecto este que fue considerado como una “cuestión política.” En el caso “*Baker vs. Carr*” la Corte estableció que cuando un caso político afecta derechos individuales no es una “cuestiones políticas.”

282 Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, p. 289.

hipótesis en las cuales la jurisdicción judicial debe abstenerse. En torno a esta problemática, JORGE PRATS²⁸³ sostiene que el caso *Baker vs. Carr* (369 US 186, 1962) tiene una enorme relevancia, porque en la solución del mismo "...la Suprema Corte, por voz del juez Brennan, definió claramente los contornos de las cuestiones políticas." En efecto, según el indicado autor²⁸⁴, en el caso de referencia la Corte Suprema indicó las hipótesis en las cuales estaba presente la cuestión política, señalando que: "...se debe encontrar una atribución constitucional de competencia apoyada sobre una disposición textual y confiando la cuestión en juego a un departamento político del gobierno federal, o en una ausencia de estándares judicialmente identificables y operacionales para resolver el problema, o la imposibilidad de resolver este último sin una decisión previa que sea ella misma de una pura oportunidad política, o la imposibilidad para la Corte de pronunciarse con total independencia, sin faltarle el respeto debido a las demás ramas del gobierno federal, o la necesidad imperiosa de no cuestionar una decisión política ya tomada, o los posibles embarazos que resultarían de juicios diferentes emitidos sobre una misma cuestión por los diversos poderes del gobierno."

A partir del contenido del fragmento de la sentencia copiado en el párrafo anterior, JORGE PRATS²⁸⁵ entiende que existen seis criterios para identificar una cuestión política, y lo más importante es que identifica casos de la práctica constitucional en los cuales se han aplicado algunos de los mismos. En el caso *Nixon vs. United States* (113 s. ct.732)²⁸⁶, la Corte entendió que no debía intervenir porque cuando quien encausa a una persona es, como ocurrió en la especie, la Cámara de Representantes, la competencia del Senado es exclusiva y expresa. En el caso *Crockett vs. Reagan* (558 F.

283 Ob. cit., p. 290.

284 *Ibíd.*

285 *Ibíd.*

286 Ob. cit., pp. 290 - 291.

Sup. 893, 898; DDC, 1982)²⁸⁷, en el cual se alegaba que el Presidente Reagan había violado la resolución del Congreso sobre los poderes de guerras al enviar asesores militares a El Salvador. En tal hipótesis se entendió que lo que procedía era una investigación congresual y no judicial. Es decir, que la jurisdicción judicial no tenía la posibilidad de resolver el caso sin una decisión previa del Senado.

En la actualidad, el ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad se ha reducido a las relaciones internacionales, de suerte que se consideran controlables judicialmente los poderes diplomáticos del presidente, no así los poderes de guerra.²⁸⁸ Pero, a pesar de que en esta etapa del constitucionalismo norteamericano son muy pocos los casos calificados de cuestiones políticas, se trata de una doctrina muy sensible y no pacífica, en particular, porque se entiende que la no judicialización de las acciones militares ha aumentado el poder presidencial.²⁸⁹

No cabe duda de que el “self-restraint” es el reflejo más evidente de la pugna permanente entre el poder político y el poder judicial, toda vez que de lo que se trata es de la delimitación de los ámbitos competenciales. Por ello, nos suscribimos en la tesis de GROTTI, autora que afirma que la técnica del “self-restraint,” entre otras, ha sido desarrollada por los tribunales constitucionales con la finalidad de encontrar un punto de convivencia con la esfera política (en torno a la tesis de GROTTI nos remitimos a lo expuesto en el No. 8 p. 86).

Aunque es en el constitucionalismo norteamericano donde tiene mayor desarrollo la técnica del “self-restraint,” la misma también se ha implementado en otros sistemas, como el argentino, donde existe una importante jurisprudencia sobre la materia.

287 Ob. cit., p. 291.

288 Ob. cit., p. 292.

289 Ob. cit., p. 293.

En efecto, la Corte Suprema de la nación argentina, al igual que su homóloga de los Estados Unidos de América, ha desarrollado una doctrina de autocontrol. Inclusive, según SANTIAGO NINO²⁹⁰, en Argentina la técnica de la “cuestión política” fue interpretada de manera más extensiva.

Antes de entrar en el examen de la realidad argentina, conviene establecer que en cualquier sistema de justicia constitucional, el hecho de que se excluyan del control jurisdiccional determinados actos, no significa que los mismos estén libres de control, pues como nos lo recuerda SAGUÉS²⁹¹, “En rigor de verdad, estas cuestiones están sometidas a un control de constitucionalidad que no es judicial: “los jueces” de su constitucionalidad son, según los casos, el Congreso o el Presidente.”

Sin embargo, se trata de un control de constitucionalidad desprovisto del rigor técnico por ser realizado por órganos políticos integrados por políticos, que por obvias razones valoraran más el criterio de oportunidad que la defensa de la supremacía de la Constitución.

Como es lógico entender, inicialmente la Corte Suprema de Argentina incluyó, entre las cuestiones políticas, casos que luego calificó de justiciable. Ello conduce a SAGUÉS²⁹² a sostener que estamos en presencia de una doctrina, en general, en retroceso. El declive de la técnica que nos ocupa se produce según SANTIAGO NINO²⁹³ a partir de 1983, considerándose paradigmático el caso “Granada” del 3 de diciembre de 1985, en el que la Corte admitió la revisión de la modalidad del dictado del estado de sitio y de su aplicación, sosteniendo que la existencia de un plazo, que además debe ser breve, es condición de validez de la

290 Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 670.

291 Néstor Pedro Sagués, *Elementos de derecho constitucional*, tomo I, p. 283.

292 Ob. cit., p. 284.

293 Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 670.

medida, y que la facultad de aplicación de ésta lleva consigo limitaciones de tiempo y objeto.

Además del caso “Granada” hubo otros; como por ejemplo, actualmente se consideran justiciable el análisis de los trámites para la aprobación de una ley²⁹⁴; la materia de remoción de funcionarios o magistrado, para controlar el respeto al debido proceso.²⁹⁵

En lo que respecta al debido proceso, la Corte fue reiterativa, aunque en ocasión de la destitución de un Juez Federal por parte del senado sostuvo que no era posible verificar si los hechos habían sido o no analizados adecuadamente.²⁹⁶ Según SAGUÉS²⁹⁷ la indicada decisión es discutible, en el entendido de que “...el “debido proceso” se puede alterar tanto si se viola el procedimiento como si se interpreta arbitrariamente el concepto constitucional de “mal desempeño” y se evalúan de modo claramente irrazonables los hechos del caso.”

La decisión de la Corte Suprema que comenta SAGUÉS, no sólo es discutible sino absolutamente criticable, porque el debido proceso no sólo es adjetivo sino también sustantivo. Sirve de poco que sean respetados los principios que

294 Néstor Pedro Sagúés, ob. cit., p. 284. En los casos Cía Azucarera Tucumán, fallos 141:271 y en Petrus S.A. de minas, fallos 210:855, la Corte Suprema había sostenido que no era justiciable el análisis constitucional del trámite que debe agotarse para aprobar una ley. Sin embargo, este criterio fue variado en el caso “Soria”, fallo 25: 556, en el cual estableció que cuando no se satisfacen los requisitos mínimos del trámite, la Corte tiene competencia para sancionar dicha irregularidad.

295 Néstor Pedro Sagúés, ob. cit., p.284. Mientras en el caso “Castellanos” CSNJ, fallo 136:147, consideró no justiciable la decisión del Senado relativa a la destitución, previo a un juicio político, de un funcionario, en el caso “Magin Suárez” LL 1987-B-448, admitió la justiciabilidad si entraba en juego un tema de derecho federal como el derecho de defensa. En casos posteriores se reiteró la tesis anterior, como en el caso “Suelto de Posleman”, LL 1987-C-24487.

296 Ob. cit., p. 285, así como también en el caso “Nicosia”, ED. 158-237, en el que la Corte conoció de una impugnación contra una resolución del Senado de la República que destituía a un Juez Federal, en la especie la Corte estableció que tenía competencia para verificar si se había respetado el debido proceso, pero aclaró que no era posible examinar los aspectos sustantivos, es decir, si los hechos que condujeron a la destitución fueron bien valorados. No obstante, en el caso “ATE San Juan” ED, 160-13, varió esta última tesis al entender justiciable el tema de la falta de fundamento de la decisión del Senado.

297 Ob. cit., p. 285.

constituyen el debido proceso si al final se dicta una sentencia injusta, irracional y arbitraria, como consecuencia de una mala apreciación de los hechos e interpretación del derecho.²⁹⁸

Finalmente, resulta relevante destacar que, en cualquier caso, cuando de lo que se trate es del enjuiciamiento político por parte del senado, previo apoderamiento de la Cámara de Diputados, no puede permitirse que la jurisdicción judicial controle la procedencia de que el juicio se realice, en el entendido de que la Constitución a quien habilita para que determine dicha procedencia es al senado.²⁹⁹ Este último criterio nos parece bien fundamentado, no sólo por un problema de competencia, sino porque razonar en sentido contrario implicaría cercenar la facultad de investigación que tiene la Cámara de Diputados como representante de los intereses de la mayoría, pero, además, porque sería desconocer el interés de la colectividad, que es lo que está en juego cuando se enjuicia políticamente a un determinado funcionario.

Lo anterior no implica que desconozcamos que la sola acusación y sometimiento a juicio causa daños morales y materiales considerables, independientemente de que se ordene o no la destitución; lo que ocurre es que la aceptación de una función pública implica exponerse al escrutinio público permanente, lo que se explica en el hecho de que, generalmente, el funcionario ejerce poder, maneja fondos públicos y toma decisiones que pueden afectar a la colectividad.

La reflexión anterior nos parece que es válida para cualquier país, pero sobre todo para aquellos marcados por el flagelo de corrupción y el comportamiento arbitrario

²⁹⁸ En torno al debido proceso sustantivo véase Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, tomo II, pp. 278 y siguientes.

²⁹⁹ Néstor Pedro Sagués, ob. cit., p. 286. Esta tesis fue desarrollada en el caso "Rodríguez" LL, 1995-C-432.

y abusivo de las personas y órganos que detentan el poder, como ocurre en la mayoría de los países de nuestro continente.

La técnica de las cuestiones políticas o de las cuestiones no justiciables, además de contrastar con el desarrollo del constitucionalismo moderno, desconoce un elemento indiscutible, que consiste en que cualquiera de los órganos políticos, incluido el poder judicial, puede violar la Constitución, lo que es suficiente para que intervenga la justicia constitucional. Por ello tiene razón SAGUÉS³⁰⁰, cuando afirma que: “cualquier “cuestión política” tiene una dimensión normativo-constitucional (por ejemplo: órgano que puede dictarla; procedimiento para su sanción), de tal modo que es constitucional o inconstitucional, según se respete o no dicho orden. Ello, por cierto, es justiciable. También lo es si lo decidido no respeta el mínimo de justicia y razonabilidad que la Constitución exige para que sea constitucional. Planteado un conflicto judicial concreto, en el cual ante un derecho constitucional violado sea necesario evaluar la dimensión jurídica de una cuestión política, dicho examen, practicado por la judicatura, resulta una tarea obligada, que se debe realizar con la prudencia del caso, y partiendo de la presunción jurídica de legitimidad del comportamiento estatal.”

De las ideas expuestas en la cita que antecede hay un elemento que es muy relevante, nos referimos a la prudencia que, según el autor, debe tenerse al momento de judicializar un caso cuya carga o contenido político lo caracteriza y lo distingue. Aquí es donde está la clave para asimilar que el juez que examina y decide un asunto de esta naturaleza debe actuar con la debida conciencia de que el órgano o funcionario que la dictó, por la materia de que se trata, se mueve en un ámbito de discrecionalidad y de libertad que rebasa los límites normales. En todo caso, la discrecionalidad

300 Ob. cit., pp. 286-287.

y la libertad que derivan de la naturaleza del acto no pueden constituir una licencia para infringir la Constitución, la que en cualquier hipótesis debe ser defendida por la jurisdicción constitucional.

18. El valor del precedente en el control difuso

En los sistemas de *common law*, como el de los Estados Unidos de América, el valor del precedente está claramente definido. En efecto, en dicho sistema se aplica el principio del *States decisis*, conforme al cual todos los jueces deben ceñirse al criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia.

Otra es la situación en los países de la familia romano-germánica, en los cuales los jueces pueden adoptar tesis contrarias a las de la Corte de Casación, que tiene la última palabra en materia constitucional, en algunos de los países donde funciona el control difuso. En definitiva, en estos sistemas no rige la regla del precedente y los jueces inferiores pueden decidir si siguen o no la jurisprudencia del más alto tribunal.

En la experiencia constitucional de Argentina, podemos advertir que en algunas sentencias la Corte Suprema ha señalado que los jueces tienen el deber moral de seguir sus directrices³⁰¹; mientras que en otros casos se limita a establecer que el juez ordinario tenía el deber institucional de seguir sus directrices, haciendo la salvedad de que podía apartarse de lo establecido por ella dando fundamentos suficientes y siempre que ese alejamiento no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del alto tribunal;³⁰² mientras que en otra especie ha establecido que los jueces inferiores tienen el deber de someterse a sus precedentes, dada la autoridad institucional de sus fallos y su condición de intérprete supremo de la Constitución nacional.³⁰³

301 Ob. cit., p. 282. Fallos 25:368.

302 Néstor Pedro Sagués, ob. cit., p. 282. Tesis sustentada en el caso "Santín". Fallos 212:59.

303 Ob. cit., p. 282. Tesis sustentada en el caso "Jáuregui". Fallos 315:2386.

No cabe dudas que, por una parte, en un país como Argentina cuyo sistema sigue la tradición jurídica romano-germánica, no se aplica la técnica del precedente como ocurre en los Estados Unidos de América y, por otra parte, que a pesar de lo anterior se evidencia claramente cómo la Corte Suprema de ese país exige a los jueces inferiores que sigan su jurisprudencia.

Desde nuestro punto de vista, en materia de derecho común el juez inferior debe mantener su independencia de criterio frente a la Corte Suprema, de la cual depende en el orden administrativo pero no en el orden jurisdiccional, a menos que compartan las tesis del más alto tribunal. Cabe, sin embargo, destacar que en todos los casos en que el juez inferior decida apartarse de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia es de rigor que explique suficientemente los fundamentos de su decisión.

Otra es la situación cuando se trate de la interpretación y aplicación de la Constitución, en ocasión del control de constitucionalidad, materia que es la que nos ocupa. Ya que aquí el precedente debe imponerse, sin importar que se trate o no del sistema anglosajón.

Razonar en sentido contrario implicaría desconocer la condición de supremo intérprete de la Constitución del órgano a quien la propia Constitución asigne esta tarea y perder la oportunidad de solventar uno de las debilidades que se les imputa al control difuso: la inseguridad que deriva del hecho de que la misma ley puede ser inaplicada por un juez y aplicada por otro del mismo sistema. Sobre este último aspecto volveré cuando me refiera a las ventajas y desventajas.

C) Expansión del *judicial review*

El control difuso de constitucionalidad fue una creación de los tribunales de los Estados Unidos de América, no obstante, con el paso del tiempo otros países lo han adoptado. La

adopción ha sido casi natural y general en el ámbito continental, no así en otros continentes, como es el caso de Europa. El tema de la asimilación del modelo nos lleva, necesariamente, al análisis de las ventajas y desventajas del mismo. En los párrafos que siguen abordaremos esta temática.

19. Instauración del *judicial review* fuera de los Estados Unidos de América

En Europa, según SANTIAGO NINO³⁰⁴, se intentó instaurar el *judicial review*, pero la gran resistencia que encontró impidió su establecimiento. Las causas de la resistencia se debieron a la sacralización de la ley y a la incapacidad de los jueces ordinarios -generalmente jueces de carrera- para enfrentar los Parlamentos así como en la ausencia, en algunos casos, de unidad de jurisdicción, y también, en ciertos casos, en la insuficiente rigidez de la Constitución.³⁰⁵

El *judicial review* ha sido adoptado por muchos países de Iberoamérica, tales como: Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Ecuador, el Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Portugal.³⁰⁶ En la mayoría de dichos países el control difuso cohabita con el control concentrado.

En lo que concierne a Europa, normalmente se acepta la idea de que el control difuso fue rechazado, lo cual no es absolutamente cierto, porque si revisamos la historia de las Constituciones de los países de ese continente, nos encontramos con que en la Constitución suiza de 1874 coexistía con el control concentrado; en la Constitución alemana de 1871, se preveía el control judicial difuso de las leyes. No obstante,

304 Carlos Santiago Nino, ob. cit., p. 660. Conforme a esta autor, Edouard Lamber lo propuso en Francia en 1921 y en la República de Weimar se aplicó gracias a una resolución de 1925.

305 Mauro Cappeleti, *Rapport General, colloque d' Uppasala*, citado por Carlos Santiago Nino, *Fundamento de derecho constitucional*, p. 660.

306 Aníbal Quiroga León, "La recepción española de la 'judicial review' americana: la cuestión de constitucionalidad", pp. 3939 - 3940.

cabe destacar que el objeto del control se reducía, en ambos casos, a las leyes regionales.³⁰⁷

El control difuso ha tenido influencia en Europa, sobre todo en España donde existe la cuestión de inconstitucionalidad. Ciertamente que existe tal influencia, ya que si bien al juez ordinario de ese país no se le permite inaplicar la norma, puede acudir al Tribunal Constitucional para que este examine la constitucionalidad de la norma pertinente para el caso. Como el juez que ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad está liberado de decidir el caso mientras el Tribunal Constitucional no resuelva la cuestión planteada, puede decirse, en cierta forma, que dicho juez inaplica provisionalmente la norma.³⁰⁸ (Sobre la cuestión de inconstitucionalidad nos remitimos al No.12.3.1 p.147)

Una situación similar se presenta en Alemania, en cuyo sistema el juez ordinario puede presentar consulta de constitucionalidad al Tribunal Constitucional Federal. (Véase No. 12.4, p. 155).

En el sistema costarricense fue instaurado el modelo concentrado de control de constitucionalidad, al amparo del artículo 10 de la Constitución Política y de la ley No. 7135, del 11 de octubre de 1989, mediante la cual se crea la Jurisdicción Constitucional. Aunque posteriormente y mediante la ley orgánica del Poder Judicial No. 7333, publicada el 1 de julio de 1993, se prohibió a los funcionarios que administran justicia aplicar leyes o resoluciones gubernativas que sean contrarias a la Constitución.

Al interpretar el texto anteriormente indicado, la mayoría de la Sala Constitucional³⁰⁹ ha entendido que: “cuando exista

307 Ob. cit., p. 3940.

308 Ob. cit., p. 3946.

309 En el voto 1185-95, la Sala Constitucional estableció que los jueces ordinarios sólo pueden desaplicar la norma pertinente en el caso que conoce si existe un precedente en la especie, es decir, si de los casos resueltos por ella aparece uno que racionalmente sea

precedente o jurisprudencia constitucional para resolver el caso, el juez está obligado a interpretar y aplicar la norma o actos propios del asunto, conforme con tales precedentes o jurisprudencia, incluso si para hacerlo haya de desaplicar leyes u otras normas que resulten incompatibles con ellos, siempre y cuando claro está, se trate de las mismas hipótesis o supuestos, de modo que la situación bajo el conocimiento del juez resulta idéntica a la resuelta por el precedente o la jurisprudencia constitucional.”

El criterio expuesto en el párrafo anterior es compartido por CARRERA SOLANO³¹⁰, quien sostiene que: “(...) la ley orgánica del Poder Judicial, si bien da un paso en el sentido de que los jueces deberán utilizar más el mecanismo de la consulta de constitucionalidad ante la Sala, no llega -ni podría llegar por sí sola- a establecer una modificación sustancial al sistema concentrado de justicia constitucional que deriva de normas constitucionales y legales muy específicas, y que, separándose de ciertos aspectos de suyo importantes, evidentemente está inspirado en el sistema europeo y no en el estadounidense, el paradigma del sistema difuso.”

Sin embargo, PIZA ESCALANTE³¹¹ no comparte la opinión de la mayoría de la Sala, ya que entiende que mediante el referido artículo 8 se modificó el sistema de justicia concentrada de Costa Rica. En efecto, dicho autor afirma que el legislador tuvo el interés expreso de modificar el sistema concentrado de justicia constitucional. “(...) así lo entendimos los proponentes de los textos originales, quienes representamos a la Corte Suprema de Justicia, ante la Comisión Legislativa que lo dictaminó; así lo entendieron la Comisión y el Plenario Legislativo que lo aprobaron; así lo

aplicable al caso de que se trate. De lo contrario, el juez no tiene otra alternativa que hacer la consulta judicial prevista en la L. J. C.

310 Luis Fernando Solano Carrera, *La aplicación directa de la Constitución*, p. 52, citado por Alex Solís Fallas, *Dimensión política de la Sala Constitucional*, p. 78.

311 Luis Fernando Solano Carrera, ob. cit., p. 52, citado por Alex Solís Fallas, ob. cit., p. 78.

entendió, nuevamente, la Corte, cuando consideró el proyecto en la preceptiva consulta constitucional; y después, en la primera publicación oficial de la nueva Ley Orgánica.”

En igual sentido se pronuncia SOLÍS FALLAS³¹², quien entiende que: “...la reforma se propició con el fin expreso de autorizar a todos los órganos que administran justicia, para desaplicar las leyes que estimaren contrarias al derecho de la Constitución.”

En torno a este debate queremos formular observaciones muy puntuales. Pensamos que no es necesario que la Constitución establezca de manera expresa el control de Constitucionalidad, de suerte que los jueces, como ocurrió en los Estados Unidos y en Argentina, pueden desaplicar la norma por inconstitucional, fundamentándose en el principio de supremacía de la Constitución. Razonar en sentido contrario implicaría admitir que los jueces ordinarios tienen la libertad de aplicar normas inconstitucionales.

Sin embargo, en el sistema costarricense, nos parece incongruente que un juez pueda desaplicar la norma por inconstitucional, porque tanto el constituyente de ese país así como el legislador optaron por el mecanismo de la consulta judicial, el cual permite respetar la supremacía de la Constitucional sin que para ello tenga que desaplicarla la norma infraconstitucional. Creo, inclusive, que la inaplicación de la norma fundamentada en un precedente de la Sala es también incongruente.

Finalmente, entendemos que en el caso específico del sistema costarricense la instauración del control difuso requiere de una reforma expresa de la L. J. C., particularmente en lo que concierne a la consulta judicial, la cual tendría que eliminarse, porque su vigencia tiene la clara intención de garantizar que el juez ordinario consulte a la Sala Constitucional para que

312 Alex Solís Fallas, ob. cit., p. 80.

este organismo monopolice el control de constitucionalidad. Esta fue la opción que prefirió tanto el constituyente como el legislador costarricense.

20. Ventajas y desventajas del control difuso de constitucionalidades

La ventaja que tiene el control difuso de constitucionalidad es que permite a cualquier juez del ordenamiento controlar la constitucionalidad de las normas aplicables a un caso específico, lo cual aumenta considerablemente el número de defensores de la supremacía y, sobre todo, pone a disposición de todos los jueces del sistema un mecanismo que le permite cumplir con su obligación de no aplicar leyes inconstitucionales.

La posibilidad de que todos los jueces puedan ejercer el control de constitucionalidad por la vía incidental tiene una gran relevancia, porque la contradicción entre la Constitución y la ley se revela, en muchos casos, cuando esta última se pretende aplicar en un caso específico.

Lo anterior no es posible en los sistemas concentrados, sin embargo, por la vía del mecanismo de la cuestión de constitucionalidad, caso español; o de la consulta judicial, caso costarricense; si bien el juez no puede inaplicar de manera definitiva una ley sí puede hacerlo de manera provisional cuando hace uso de los indicados mecanismos. En efecto, una vez apoderado el Tribunal Constitucional Español o la Sala Constitucional de Costa Rica, el juez queda liberado de aplicar la norma objeto de la cuestión o de la consulta, hasta que la misma sea decidida. Si la norma es considerada conforme a la Constitución, el juez debe aplicarla, pero si es considerada inconstitucional no puede aplicarla porque la misma sale del ordenamiento.

La desventaja del sistema deriva, fundamentalmente, del hecho de que la sentencia que se dicta tiene efectos relativos, es decir, sólo aplicables en relación al caso y a las partes que intervienen en el mismo. De manera tal que la norma puede ser aplicada en otros casos si el juez no la considera contraria a la Constitución. Esto, evidentemente, crea inseguridad jurídica.

Se admite, generalmente, que dicha inseguridad jurídica es considerablemente atenuada en el sistema estadounidense con la aplicación de la regla del *state decisis*. Lo mismo pudiera ocurrir en los sistemas de la familia germano-germánico, si se le reconociera efectos vinculantes a los precedentes de la Suprema Corte de Justicia o al órgano que tenga la última palabra en materia de constitucionalidad. Esto último me parece factible porque, contrario a lo que ocurre con la materia ordinaria, en la cual la diversidad de opiniones de los jueces es recomendable, en la materia que nos ocupa conviene, porque de lo que se trata es de determinar si la norma es o no conforme a la constitución. La diversidad de opinión aquí es perjudicial. Necesariamente debe haber un órgano que tenga la última palabra.

SEGUNDA PARTE

El control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos en la República Dominicana*

* Después de haber estudiado el control de constitucionalidad en el derecho comparado, esta segunda parte la dedicaremos a estudiarlo en el sistema de justicia dominicano, con la finalidad de analizar los elementos particulares que acusa el mismo.

Capítulo V

Orígenes y evolución del control de constitucionalidad en la República Dominicana

Desde el surgimiento del Estado dominicano, el 27 de febrero de 1844, el constituyente consagró el principio de supremacía de la Constitución y el poder judicial ha tenido la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas.

La historia del control de constitucionalidad puede dividirse en cuatro períodos: el primero comprende desde 1844 hasta 1924, el segundo de 1924 a 1927, el tercero desde 1927 hasta 1994 y el cuarto del 1994 al 2010. En el primer período estuvo vigente el control difuso, en el segundo el control concentrado, en el tercero el control difuso de nuevo y en el cuarto el modelo mixto o iberoamericano.

21. Período 1844 a 1924: vigencia del control difuso

Lo primero que debemos advertir en torno a este período es que a partir de la reforma constitucional de 1874 y hasta la de 1908, el modelo de control de constitucionalidad no estuvo del todo claro, tal y como lo explicaremos en el número siguiente.

Hecha la observación anterior procedemos a abordar este primer período. Desde la primera Constitución dominicana el constituyente prohibió a los jueces aplicar leyes inconstitucionales. Tal prohibición constituía un reconocimiento expreso del principio de supremacía constitucional. En efecto, en el artículo 125 de la Constitución de 1944 se estableció que: “Ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional ni los decretos y los reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conforme a las leyes”.

Del contenido del texto transcrito en el párrafo anterior se advierte la influencia del constitucionalismo norteamericano y y más específicamente de las ideas de Halmiton y de la doctrina desarrollada por el juez Marshall en el famoso caso *Marbury vs. Madison*.³¹³

Aunque en el mencionado artículo 125 no se establece de manera expresa el control difuso, generalmente se acepta que en base al mismo el poder judicial quedaba habilitado para controlar la constitucionalidad de las leyes. En este orden, JORGE GARCÍA³¹⁴ sostiene que: “En nuestro país, como en todos los países latinoamericanos, el control de la constitucionalidad de las leyes se ha ejercido a través del órgano judicial propiamente dicho. Esta cuestión aparece en la constitución de 1844 en su artículo 125...”

Según el mismo autor,³¹⁵ la prohibición prevista en el artículo 125 se reproduce en las Constituciones de febrero y diciembre de 1854, 1868 y 1872, “desconociendo nosotros las razones por las cuales el constituyente de estas constituciones no facultó a la Suprema Corte de Justicia para que dirimiera cualquier controversia en la que estuviera en juego la inconstitucionalidad de una ley.”

313 Al respecto Manuel A. Amiama, en *Notas de Derecho Constitucional*, 6ta. edic. revisada y ampliada por Raymundo Amaro Guzmán, Santo Domingo, República Dominicana: Editorial Tiempo, S.A., 1995, p. 211, el autor sostiene que es evidente que los autores de nuestra Constitución de San Cristóbal en 1844, conocieron en todo su alcance el sistema constitucional de los Estados Unidos y la obra del eminente Marshall. Mientras que H. Cruz Ayala, citado por Emilio Rodríguez Domorizi, *La Constitución de San Cristóbal*, Santo Domingo, República Dominicana: Editorial del Caribe, C. por A 1980, P. 109 (ver nota al pie no. 102), refiriéndose al contenido del artículo 125 de la Constitución de 1844, dice que la institución fue adoptada entre nosotros por imitación de los Estados Unidos de América, donde constituye una creación autónoma. Igualmente Demorizi sostiene que el referido artículo se corresponde exactamente con el artículo 162 de la Constitución de 1843, la cual estuvo vigente durante el último año de la ocupación haitiana. En dicho texto se establecía: “Art. 162. Les tribunaux doivent refuser d’appliquer une loi inconstitutionnelle. Ils n’appliquent les arrest et réglemens géméraux d’administration publique qu’autant qu’ils seront conformes aux lois.”

314 Juan Jorge García, *Derecho Constitucional Dominicano*, p. 33.

315 *Ibid.*

En este mismo orden, JORGE GARCÍA³¹⁶ afirma que “El punto de partida del control judicial de la constitucionalidad, ejercido por vía de excepción, aparece en la Constitución de 1874, cuando esta Constitución estableció en el artículo 71, párrafo 17, que era atribución de la Suprema Corte de Justicia la de “Conocer definitivamente de las causas en las que se alegue inconstitucionalidad de parte de las leyes, dando si esto fuera así, y sólo como decisión particular, fallo razonable que redima a la parte de la responsabilidad que pudiera sobrevenirle.”

De lo expuesto anteriormente se desprende que para JORGE GARCÍA no es suficiente que el constituyente prohíba a los jueces aplicar leyes inconstitucionales para que se pueda ejercer el control de constitucionalidad, sino que es necesario que atribuya dicha competencia de manera expresa a la Suprema Corte de Justicia. Pero lo más relevante es que dicho autor no reclama la referida competencia para todos los jueces sino para la Suprema Corte de Justicia, de lo cual se desprende que no estaba abogando por la instauración del modelo difuso americano.

No obstante, desde las primeras décadas del siglo pasado se ha aceptado, generalmente, que el fundamento del control difuso de constitucionalidad es la supremacía de la Constitución y que no es necesario que el mismo esté expresamente consagrado para que los jueces puedan ejercerlo.³¹⁷

316 Ibid.

317 En este orden de ideas, H. Cruz Ayala, en *Estudio acerca de la competencia de los tribunales dominicanos en materia de constitucionalidad*, citado por Manuel A. Amiama, *Notas de Derecho Constitucional*, p.213, sostenía que no era necesario que en la Constitución se facultara al Poder Judicial para controlar la inconstitucionalidad de la ley, por ser ello una función natural del poder judicial y parte del juicio que debe hacerse en la solución de un caso. Igualmente en la exposición de motivos de la Comisión General de la Asamblea Revisora de 1942 también se defiende la tesis expuesta por el autor anterior. En efecto, en dicha motivación se indica que no debía existir un recurso de inconstitucionalidad que permitiera a la Suprema Corte de Justicia enjuiciar la norma para aniquilarla por un solo acto de autoridad, porque ello la convertiría en “...un Tribunal de Garantías Constitucionales, un organismo en cierto sentido superior a los demás poderes del Estado, ya que en él quedaría depositada la extraordinaria facultad de dictar a todos los demás

La tesis de nuestros primeros constitucionalistas es compartida por JORGE PRATS³¹⁸, quien sostiene que: “El poder de los jueces para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes quedó consagrado en el artículo 125 de la Constitución de 1844, que establecía que “ningún tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional” y que sirve de fundamento constitucional al control difuso de constitucionalidad desarrollado jurisprudencialmente...”

De este período es importante resaltar algunos elementos. El primero de ellos es el relativo a que sólo en algunas de las Constituciones que hemos tenido se atribuye la competencia de controlar la constitucionalidad de las leyes a la jurisdicción judicial y en particular a la Suprema Corte de Justicia y no a todos los jueces. Sin embargo, como las mismas no prohibían a los demás jueces ejercer dicho control, la doctrina admitía que cualquier juez del ordenamiento podía controlar la constitucionalidad de las leyes al amparo del principio de supremacía de la Constitución.

El segundo de los elementos importantes en que las Constituciones que reconocieron la competencia a la Suprema Corte de Justicia para que ejerciera el control de

Poderes la significación real de los preceptos constitucionales. Pero el poder judicial en nuestra organización política, tiene una función más limitada, más concreta: se contraen esencialmente a dirimir los litigios que se susciten entre partes. El juez jamás juzga la ley; la aplica tal cual es. Pero cuando hay diversas reglas jurídicas en conflicto está obligado a solucionar ese conflicto de alguna manera, porque le es imposible imponer ordenaciones contradictorias, cuando esas reglas emanan de autoridades distintas, obedecerá a la de mayor jerarquía. Por eso se explica que atienda antes al canon constitucional que a una ley del Congreso. (...). (216) Este procedimiento carece de la certidumbre y rapidez que desean quienes piensan en la necesidad de la institución de un tribunal de Garantías Constitucionales, pero la experiencia jurídica se pronuncia a favor de nuestro sistema como el más prudente y más adecuado a la naturaleza humana. (...). La Comisión propuso la eliminación del texto constitucional que consagraba el control de constitucionalidad y en su lugar propuso que se estableciera que no existía ningún recurso que facultara al poder judicial a declarar de manera general inconstitucional una norma y además que “El examen de constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones o reglamentos o actos de cualquier naturaleza puede promoverse como simple alegato en toda controversia entre partes, de cualquier estado de causa o hacerse de oficio por el juez apoderado del litigio, en razón de que ese examen es necesario para que el juez pueda decidir la contestación conforme a derecho y en ejecución de las disposiciones expresas del artículo 40 de la Constitución del Estado.” Tomado de Manuel A. Amiama, *Notas de Derecho Constitucional*, pp. 216-217 a.

318 Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, p. 321.

constitucionalidad, sólo se refirieron a las leyes, salvo la de 1908 en la cual el constituyente también incluyó en el objeto del control otros actos de los poderes públicos. En efecto, JORGE GARCÍA³¹⁹ sostiene, refiriéndose a dicha Constitución, que “Esta constitución es más explícita que las Constituciones de 1874 y 1875, que hablaron solamente de las leyes, mientras que esta constitución señaló expresamente, que la Suprema Corte de Justicia decidirá de la constitucionalidad no sólo de las leyes sino también de los decretos y reglamentos.”

22. Período 1924 a 1927: vigencia del control concentrado

El control difuso de constitucionalidad fue sustituido por el control concentrado, mediante en la reforma constitucional de 1924.

Antes de comenzar a analizar el modelo de control concentrado que tuvo vigencia en el período que sirve de título, queremos dejar claro que en la doctrina dominicana no está de acuerdo en lo que respecta a la primera Constitución que estableció el modelo de control de constitucionalidad que nos ocupa. En este orden, JORGE PRATS³²⁰ sostiene, al referirse al artículo 67.1 de la Constitución de 1994, que: “Este texto restaura el sistema de control concentrado instaurado por vez primera en la historia de la República Dominicana en la reforma constitucional de 1924 y suprimida en la reforma constitucional de 1927.”

319 Juan Jorge García, *Derecho constitucional dominicano*, p. 34. En el artículo 63.5 de la Constitución de 1908 se establece que la a Suprema Corte de Justicia tiene competencia para “Decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en todos los casos que sean materia de controversia judicial entre partes.”

320 Eduardo Jorge Prats, ob. cit., p. 239.

Sin embargo, VALERA MONTERO sostiene³²¹ que los textos constitucionales de 1874, 1875, 1908, 1924 y 1994, marcan los hitos de manera directa o indirecta del desarrollo del control concentrado de constitucionalidad en la República Dominicana.”

Conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, en las reformas de 1874, 1875 y 1908 se consagró el control concentrado de constitucionalidad. Dicha tesis se sustenta en el hecho de que en las dos primeras Constituciones se atribuía y competencia exclusiva a la Suprema Corte de Justicia.³²² Mientras que en el artículo 63.5 de la última de las reformas se atribuye la competencia a la Suprema Corte de Justicia de manera exclusiva y en última instancia.³²³

Sin embargo, VALERA MONTERO³²⁴ finalmente señala como precedente del control concentrado de constitucionalidad a las Constituciones de 1874 y 1875. En efecto, el indicado autor afirma que: “Las Constituciones de 1874 y 1875 enmarcan lo que es la primera presencia del control concentrado en el derecho dominicano. Lamentablemente, no se guardan decisiones que haya podido tomar la Suprema Corte basándose en el citado párrafo...”. Mientras que en relación a la reforma de 1908 sostiene que: “...no se estableció un control concentrado.”³²⁵

El razonamiento que sirve base a las afirmaciones de VALERA MONTERO³²⁶ es el siguiente:

321 Miguel Aníbal Valera Montero, *El control concentrado de constitucionalidad en la República Dominicana*. Distrito Nacional, República Dominicana: Editorial Capeldom Dominicana, S.A., 1999. p. 21.

322 Artículo 71.17 de la Constitución de 1874. Esta misma fórmula se consagra en el artículo 72.6.

323 En el artículo 63.5 de la Constitución de 1908 se establece que la Suprema Corte de Justicia tiene competencia exclusiva para: “Decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en todos los casos que sean materia de controversia judicial entre partes.”

324 Miguel Aníbal Valera Montero, ob. cit., p. 22.

325 Ob. cit., p. 24.

326 Ob. cit., p. 22.

“...Quizás no podamos decir a primera vista que es ‘competencia exclusiva,’ ya que la utilización de la palabra ‘definitivamente’ podría hacernos pensar en que la inconstitucionalidad haya sido planteada ante el tribunal ordinario que conozca del asunto principal. Entonces hasta qué punto podemos considerar que se trata efectivamente de un control concentrado. Los hechos de que el texto constitucional se refiera solamente a la Suprema Corte de Justicia, que desde la constitución de 1877 hasta la reforma de 1907 no se incluyera texto alguno que tocara el control de la constitucionalidad y que en su fallo de 1904 la Suprema Corte haya establecido que: ‘los tribunales no tienen derecho de apreciar la constitucionalidad de las leyes,’ nos hace inclinarnos a pensar que en el ‘definitivamente’ se refería, más que a la posibilidad de una presentación previa de los medios de inconstitucionalidad ante los jueces ordinarios, de un orden de sobreseer y enviar el planteamiento de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte, procedimiento que sería utilizado en algunas reformas posteriores.”

Nos parece que VALERA MONTERO tiene razón en cuanto a que el hecho de atribuirle competencia expresamente a la Suprema Corte de Justicia para controlar la constitucionalidad de las leyes, tipifica el modelo concentrado. Pero, por una parte, al no diseñarse una acción directa en inconstitucionalidad o la obligación de los jueces de sobreseer y remitir el expediente a la Suprema Corte de Justicia, cuando una parte en un proceso invocare la inconstitucionalidad, hizo inoperante dicho modelo.

Por otra parte, como de manera expresa no se prohibió a los jueces ordinarios el conocimiento de la constitucionalidad de las leyes, entendemos que el control difuso permaneció vigente. Razonamiento que sigue siendo válido, a pesar del criterio jurisprudencial de 1904 mencionado por VALERA MONTERO.

En cuanto a la reforma de 1908, coincidimos con VALERA MONTERO, en el sentido de que no se consagró en la misma un control concentrado, porque el texto constitucional de referencia establece, de manera textual, que la competencia de la Suprema Corte de Justicia era en última instancia, lo que desde el punto de vista procesal supone que la inconstitucionalidad debía presentarse previamente ante los tribunales ordinarios y llegar al más alto tribunal, vía el mecanismo de los recursos.

Hechas las aclaraciones anteriores, pasamos a analizar el concentrado consagrado en la Constitución de 1924, en cuyo artículo 61.5 se establecía que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiera la ley: “Decidir en primera y última instancia de la constitucionalidad de las leyes decretos, resoluciones y reglamentos, cuando fueren objeto de controversia entre partes ante cualquier tribunal, el cual, en este caso, deberá sobreseer su decisión sobre el fondo, hasta después del fallo de la Suprema Corte; y, en interés general, sin que sea necesario que haya controversia judicial, cuando se trate de leyes, decretos resoluciones o reglamentos atentatorios a los derechos individuales consagrados por la presente Constitución.”

Del análisis del texto transcrito, resulta que el constituyente de 1924 sustituyó el control difuso de constitucionalidad y estableció el control concentrado, en razón de que, primero, atribuyó a la Suprema Corte de Justicia competencia para conocer, de manera exclusiva, en primera y última instancia de la constitucionalidad de las leyes y, segundo, porque estableció, a cargo de los jueces ordinarios, la obligación de sobreseer lo relativo al fondo del asunto principal, cuando se presentara la excepción de inconstitucionalidad, con lo cual dejó claramente establecido que dichos jueces no podían resolver el alegato de inconstitucionalidad.

Por otra parte, el sistema de control de constitucionalidad consagrado en la Constitución de 1924 era, al mismo tiempo, concreto y abstracto. Concreto, en la medida que estableció como requisito que la inconstitucionalidad se estableciera en ocasión de una controversia entre partes. Abstracto, porque la inconstitucionalidad de la ley, el decreto, el reglamento o la resolución podía ser invocada en ausencia de litigio, cuando violaran un derecho individual consagrado en la Constitución.

Un dato curioso es que el modelo de control de constitucionalidad vigente en el sistema alemán y en el costarricense tiene una gran similitud con el que estamos analizando y que rigió en la República Dominicana hasta el año 1927.³²⁷

Este modelo fue objeto de severas críticas. En efecto, A. AMIAMA³²⁸ entiende que el sistema de control de constitucionalidad que venimos analizando no se correspondía con la realidad de la época. En este orden, el mencionado autor sostuvo que: “La reforma constitucional de 1924 en esta materia fue doblemente infortunada. Por una parte dio al alegato de inconstitucionalidad el carácter de un incidente paralizador de la solución de los casos en la esfera de los jueces de fondo, mientras la Suprema Corte de Justicia, por recurso especial, decidiera acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de cuya aplicación se trate. Por otra parte, el nuevo texto que figuraba en el artículo 61 dio capacidad a la Suprema Corte de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de cualquier ley, cuando fuera apoderada por instancia directa para tal fin por cualquier persona, aún cuando esta no estuviera envuelta en ninguna

327 En el caso particular de Alemania el control es concentrado y de manera excepcional cualquiera de sus habitantes puede acudir directamente ante el Tribunal Constitucional Federal cuando una norma viole los derechos fundamentales que se consagran en la Constitución. En Costa Rica, como regla general se exige la existencia de un caso previo, pero excepcionalmente el caso previo no es necesario, lo cual ocurre cuando esté en juego un interés difuso o colectivo.

328 Manuel A. Amiama, *Notas de Derecho Constitucional*, pp. 212-213.

controversia judicial. Se erigió así a la Suprema Corte de Justicia en árbitro expeditivo de la legislación, como si fuera un tribunal de garantías constitucionales. La intención fue indudablemente honesta y revelaba altura cívica. (...) Tal vez desde un punto de vista teórico-político, esa reforma sea defendible. Pero, desde el punto de vista de nuestra historia y de nuestra psicología social y política, resultaba excesivamente prematura.”

Igualmente sostiene A. AMIAMA³²⁹ que: “El revuelo que causó una decisión judicial en 1926, al declarar inconstitucional, mediante simple instancia, una ley sobre el trabajo que ciertamente no violaba la Constitución, despertó el interés de los juristas sobre esta cuestión constitucional.”

Probablemente, las observaciones y consideraciones expuestas por A. AMIAMA son las que explican que el referido modelo tuviera una vigencia tan efímera, toda vez que en el año 1927 el constituyente prefirió volver al régimen del año 1908, conforme al cual todos los jueces podían controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas, a condición de que la misma se planteara en ocasión de una controversia.

En la corta vigencia del control de constitucionalidad que venimos analizando, la Suprema Corte de Justicia dictó varias sentencias, en algunas de las cuales se desarrollaron tesis que todavía hoy, 84 años después, pueden considerarse progresistas.

De dichas decisiones destaca aquella mediante la cual, según A. AMIAMA, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucional, en virtud de una simple instancia, una ley sobre el trabajo que no violaba la Constitución.

Nos referimos al “caso Damián Viera”³³⁰ del 30 de abril de 1926. En el mismo se cuestionó la constitucionalidad del Decreto No. 175 dictado el 26 de mayo de 1925,

329 Ob. cit., p. 213.

330 Sentencia del 30 de abril de 1926, Boletín Judicial números 189-190.

denominado ley del Cierre, el cual en su artículo 1 establecía que los establecimientos comerciales industriales y fabriles tenían la obligación de cerrar “durante el día domingo y durante los días de fiesta legalmente establecidos...”

La acción en inconstitucionalidad fue promovida en ocasión en que el comerciante Damián Viera, de la ciudad de San Cristóbal, fue sometido por ante el Juzgado de Simple Policía, acusado de “...tener en horas inhábil abiertas las puertas de su establecimiento comercial.

El presente caso merece ser analizado tanto desde la óptica adjetiva como desde la sustantiva. En el aspecto adjetivo, la Suprema Corte de Justicia estableció que aunque en el presente caso no existía una controversia entre partes, la acción era admisible porque el accionante alegó que: “...la Ley por cuya infracción se le perseguía es atentatoria a la libertad de trabajo que es uno de los derechos que consagra la Constitución como inherentes a la personalidad humana...” Al razonar en la forma indicada, la Suprema Corte de Justicia de la época interpretó adecuadamente la parte in fine del anteriormente transcrito artículo 61.5, conforme al cual no es necesario la existencia de una controversia entre partes cuando la ley, decreto, resolución o reglamento viola uno de los derechos individuales previstos en la Constitución.

En el aspecto sustantivo, la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucional el referido decreto, basándose en tres teorías que actualmente tienen una relevancia de primer orden. Tales tesis fueron las siguientes: la prohibición de ordenar legislativamente materias relativas a la perfección humana, la indisponibilidad de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos y el carácter no absoluto de los derechos fundamentales.

La primera de las tesis la advertimos cuando la Suprema Corte de Justicia sostiene que: "...la abstención del trabajo en los domingos y otros días de fiestas, es un precepto de carácter religioso que no puede ser convertido en una ordenación de la Ley civil desde el momento que la Constitución consagra la libertad de conciencia y la libertad de culto..."

Las tesis relativas a la indisponibilidad de los derechos fundamentales y su carácter no absoluto aparecen desarrolladas juntas, cuando la Suprema Corte de Justicia sostiene que: "Considerando, que al decir la Constitución que "se consagra como inherente a la personalidad humana los derechos enumerados en el artículo 6, los hace inaccesibles a la acción de los poderes públicos; y por tanto el uso de esos derechos es ilegislable; pero que eso no implica que los individuos puedan usar de esos mismos derechos sin respeto a los derechos ajenos, y en contra del orden público o en perjuicio del interés social; porque entonces el uso degenera en abuso, y el Poder Público puede y debe intervenir, bien sea para evitar conflictos entre los individuos, o para sancionar las transgresiones de uno por el abuso que hagan otros de sus propios derechos o en defensa del orden público o del interés social; que es lo que ocurre en el caso de la reglamentación de tránsito en las vías y sitios públicos; en el castigo de los delitos de palabras; la prohibición a los particulares de la manufactura o de la venta de ciertos productos y otros ejemplos que podrían citarse."

No cabe duda, reiteramos, que la referida sentencia tiene un enorme valor doctrinal, lo cual habla muy bien de la sólida formación jurídica que tenían los magistrados que integraban la Suprema Corte de la época.

23. Período 1927 a 1994: resurgimiento del control difuso

El novedoso sistema instaurado en el año 1924 produjo las reacciones que indicamos en el número anterior y creó las condiciones para que se reinstaurara el sistema difuso. En las modificaciones constitucionales de 1927, 1929 y 1930, se volvió al sistema de 1908, en el cual se indicaba como una de las competencias de la Suprema Corte de Justicia el conocimiento en última instancia de la inconstitucionalidad de la ley, decreto, resoluciones y reglamento, siempre y cuando existiere controversia entre partes, dejando abierta la posibilidad, obviamente, de que cualquier juez pudiera inaplicar las normas invocadas en un caso.

Pero en la reforma constitucional de 1942, no se atribuyó de manera competente a la Suprema Corte de Justicia. La comisión que trabajó en dicha reforma propuso, según sostiene A. AMIAMA³³¹, que se eliminara la mención de un recurso que permitiera a la Suprema Corte de Justicia declarar inconstitucional de manera general una norma y sugirió que se estableciera que “El examen de constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones o reglamentos o actos de cualquier naturaleza pueda promoverse como simple alegato en toda controversia entre partes, de cualquier estado de causa o hacerse de oficio por el juez apoderado del litigio, en razón de que ese examen es necesario para que el juez pueda decidir la contestación conforme a derecho y en ejecución de las disposiciones expresas del artículo 40 de la Constitución del Estado.”

Como se observa, la preocupación del constituyente de la época era el control abstracto de constitucionalidad. No se veía bien en la época que el poder judicial pudiera declarar inconstitucional una norma al margen de una controversia

331 Manuel A. Amiama, ob. cit., p. 217.

entre partes. Lo que explica el comportamiento anterior es evidente, se quería limitar el alcance de la decisión tomada por el poder judicial en materia de constitucionalidad. Ello así porque es menor la trascendencia en lo político y lo social de una declaratoria de inconstitucionalidad en ocasión de un litigio, que la que tiene la sentencia que declara de manera abstracta la inconstitucionalidad de una norma: en la primera modalidad la decisión tiene efecto relativo, mientras que en la segunda tiene efectos *erga omnes*.

De manera que aquí se evidenció el eterno conflicto entre el poder político y el poder judicial, aspecto este que fue ampliamente tratado en el capítulo II de la primera parte de este trabajo, al cual nos remitimos.

Con la reforma de 1994 se volvió al modelo concentrado, pero sin eliminar el control difuso como ocurrió en la reforma de 1924. A partir de 1994 comienza a regir en la República Dominicana un modelo de control de constitucionalidad muy particular y que en la doctrina latinoamericana es denominado iberoamericano o mixto. En los párrafos que siguen nos referiremos a dicho sistema.

24. Período 1994 al 2010: vigencia del modelo iberoamericano o mixto

El 14 de agosto de 1994 fue modificada la Constitución de la República y en el artículo 67.1 se estableció que la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para conocer: “(...) de la constitucionalidad de las leyes, a instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada.”

Mediante el texto anteriormente transcrito se instaura de nuevo el control concentrado de constitucionalidad, aunque con un alcance mayor que el que existió entre los años 1924 y 1927. En efecto, la primera diferencia que existe

es que mientras el otrora control concentrado era concreto como regla general y excepcionalmente abstracto, el control concentrado actualmente vigente es abstracto en su totalidad, es decir, que no se requiere de controversia entre partes.

Pero lo más relevante es que dejó intacto el control difuso, el cual tenía su fundamento en el artículo 46 de la Constitución, texto según el cual “Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”.

La última modificación al modelo de control de constitucionalidad se produjo el 26 de enero del 2010, fecha en que fue proclamada la actual Constitución. Aunque en esta última se mantuvieron ambos modelos, los cambios fueron muy significativos, particularmente porque se creó un Tribunal Constitucional y porque la legitimación para accionar en inconstitucionalidad de los presidentes de las Cámaras del Congreso fue transferida a una tercera parte de los senadores o de los diputados.

De esta última revisión constitucional hay que destacar también que por primera vez se consagra de manera expresa el control difuso de constitucionalidad. En el artículo 188 se establece que: “Los tribunales de la República conocerán de las excepciones de inconstitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento”.

Como se advierte, en el texto vigente el modelo difuso de control de constitucionalidad aparece previsto de manera expresa, contrario a lo que ocurría en las anteriores constituciones. Ello constituye un avance doctrinal y un reconocimiento a una práctica desarrollada durante siglos.

Aunque es oportuno destacar que la ausencia de previsión no constituyó un obstáculo para su implementación.

Dado el hecho de que en la última revisión se mantuvieron ambos modelos, nuestro sistema de justicia constitucional sigue siendo mixto o iberoamericano. Con el nombre de sistema iberoamericano o mixto, la doctrina constitucionalista identifica a aquel que existe en muchos países de la región, en los cuales cohabitan los dos modelos tradicionales, el difuso ejercido de manera concreta por los tribunales ordinarios y el concentrado ejercido de manera abstracta por la Suprema Corte de Justicia o una jurisdicción especial.³³²

332 Véase en este sentido Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, pp. 306-309; y Alex Solís Fallas, *Dimensión política de la Sala Constitucional*, pp. 55 y siguientes.

CAPÍTULO VI
El control concentrado vigente en la República Dominicana

Capítulo VI

El control concentrado vigente en la República Dominicana

Conforme a lo expuesto en el capítulo anterior, el control concentrado de constitucionalidad estuvo vigente en la República Dominicana, en los años 1874 a 1908, aunque con tantas limitaciones que prácticamente fue inoperante. Se vuelve a instaurar en el año 1924 hasta 1927, período en el cual tuvo una adecuada estructuración, lo que permitió que funcionara en la práctica. Se instauró de nuevo en ocasión de la reforma constitucional de 1994; mientras que en la última reforma, 26 de enero del 2010, no sólo se mantuvo sino que se fortaleció.

En la actual Constitución está previsto en el artículo 185.1, conforme a dicho texto el Tribunal Constitucional es competente para conocer, entre otras materias, de las “...acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de “cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido.”

Oportuno es indicar, desde ahora, que el Tribunal Constitucional mencionado en el párrafo anterior y previsto en el artículo 184 de la actual Constitución no entró en vigencia el día que fue proclamada la Constitución, en razón de que el constituyente derivado hizo uso de la técnica legislativa conocida como *vacatio lege*. En efecto, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria segunda: “El Tribunal Constitucional establecido en la presente Constitución deberá integrarse dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigencia de la misma.”

Volviendo sobre la acción en inconstitucionalidad, si comparamos el contenido del texto transcrito con el del correspondiente al de la anterior Constitución, es decir el artículo 67.1³³³, advertiremos las diferencias sustanciales que indicamos a continuación: en lo que respecta al órgano competente, el Tribunal Constitucional reemplazará a la Suprema Corte de Justicia; en lo que concierne a la legitimación para accionar en inconstitucionalidad, los presidentes de las cámaras legislativas pierden la legitimación y en su lugar se le reconoce a una tercera parte de los miembros de cada una de dichas cámaras, la noción de “parte interesada” es sustituida por la expresión “cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido”; y en lo que concierne al objeto, a la noción de ley se le agrega, los decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas.

Más adelante veremos que con la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, las conocidas discusiones doctrinales en torno al objeto del control de constitucionalidad pierden importancia. Lo mismo ocurre, en cierta medida, en lo que concierne a la legitimación

En los párrafos que siguen abordaremos varios aspectos vinculados al modelo de control de constitucionalidad que nos ocupa, el órgano competente para conocer de la acción en inconstitucionalidad, el procedimiento a seguir en la acción en inconstitucionalidad, la naturaleza del procedimiento, la legitimación para interponer la acción, el parámetro de constitucionalidad y la sentencia.

333 En artículo 67 de la Constitución anterior se consagraba: “Corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia [...] 1. Conocer en única instancia [...] de la constitucionalidad de las leyes, a instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada.” En el desarrollo de este trabajo tendremos oportunidad de referirnos al significado del término ley así como al de parte interesada. En relación a ambos conceptos existe un interesante debate, en razón de que a partir de ello se define tanto el objeto como la legitimación en el control concentrado de constitucionalidad.

25. Órgano competente: el Tribunal Constitucional

Hasta que no entre en funcionamiento el Tribunal Constitucional previsto en la nueva Constitución, la Suprema Corte de Justicia mantiene la competencia en materia de control de constitucionales. De manera que durante un tiempo, que no debe ser mayor de doce meses, continuaremos careciendo de una jurisdicción especializada en la materia.

La Suprema Corte de Justicia está integrada por 16 magistrados y dividida en tres cámaras: la primera conoce de la materia civil, la segunda conoce de la materia penal y la tercera conoce de la materia laboral, inmobiliaria, contencioso administrativo y contencioso tributario. Mientras que el control de constitucionalidad es de la competencia del pleno, es decir, de las tres cámaras reunidas.

Cabe destacar que el pleno de la Suprema Corte de Justicia tiene otras competencias, tales como el conocimiento de los recursos de casación, cuando este se interpone por segunda vez, e igualmente es competente para conocer de los procesos iniciados en perjuicio de los funcionarios públicos que tienen jurisdicción privilegiada.

Hechas las precisiones generales que anteceden sobre la Suprema Corte de Justicia y dado el hecho de que la existencia del Tribunal Constitucional es una realidad, entendemos útil aprovechar la ocasión para realizar un análisis sobre los aspectos más relevantes de este órgano, que es, entendemos nosotros, vital para el adecuado funcionamiento del estado social y democrático de derecho.

No podemos entrar en materia sin antes destacar que lo relativo al Tribunal Constitucional junto a la cuestión del aborto, fueron los temas que suscitaron mayor controversia en ocasión del proceso de reforma constitucional. Tales controversias aparecen en los periódicos y revistas de la

época, a ellos nos remitimos, en razón de que el presente trabajo es netamente académico y no tiene otra finalidad que intentar contribuir al enriquecimiento de la doctrina nacional.

Sobre el Tribunal Constitucional abordaremos los aspectos siguientes: composición, y organización, mecanismo de elección y competencia.

26. Composición y organización del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tiene en cualquier sociedad democrática una función compleja y esencialísima. Corresponde a este tribunal garantizar la supremacía de la Constitución, la eficacia de los derechos fundamentales y el funcionamiento coherente y armonioso de los distintos poderes y órganos constitucionales. En definitiva, el estado social y democrático de derecho descansa en este tribunal.

Lo anterior es lo que explica el interés que se pone al momento en que se discute la composición del mencionado tribunal. Ciertamente, la doctrina especializada de los países que cuentan con un Tribunal Constitucional se preocupa por crear un mecanismo idóneo de elección de los jueces constitucionales y una estructura que garantice su funcionamiento. La mayor preocupación consiste en garantizar que la elección sea el producto del consenso entre las fuerzas políticas mayoritarias y las minoritarias. Lo que se busca es que los miembros de dicho órgano sean personas que cuenten con la aprobación de los distintos sectores que inciden en el debate nacional.

En el derecho comparado se prevén distintos mecanismos para la elección de los jueces del Tribunal Constitucional, unos más garantistas que otros. (En el No. 9, p. 87, analizamos el sistema español, el alemán y el costarricense, análisis al cual nos remitimos).

Hechas las observaciones generales que preceden, pasamos a referirnos a la composición y organización del tribunal.

El Tribunal Constitucional está integrado por trece miembros.³³⁴ Resulta evidente que desde la óptica del derecho comparado el tribunal no debió tener una matrícula de jueces tan alta³³⁵. Entendemos que siete es un número proporcional y en ningún caso debieron ser más de nueve.

Para ser elegido juez del Tribunal Constitucional se requieren las mismas condiciones que para ser juez de la Suprema Corte, salvo lo que respecta a la edad de retiro y en la permanencia en el cargo.³³⁶ En el caso de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, la edad de retiro obligatorio es setenta y cinco años³³⁷; mientras que el ejercicio de los jueces del Tribunal Constitucional no está limitado por la edad.

Los jueces de la Suprema Corte de Justicia son inamovibles³³⁸, mientras que los del Tribunal Constitucional son elegidos por un único período de nueve años.³³⁹

334 En el artículo 186 de la Constitución se establece: "Artículo 186. -Integración y decisión. El Tribunal Constitucional estará integrado por trece miembros..."

335 El Tribunal Constitucional alemán está integrado por 16, el español por 12 y la Sala Constitucional de Costa Rica por 7.

336 Según el artículo 187 de la Constitución vigente, "Para ser juez del Tribunal Constitucional se requieren las mismas condiciones exigidas para los jueces de la Suprema Corte de Justicia. Sus integrantes serán inamovibles durante el tiempo de su mandato. La condición de juez sólo se pierde por muerte, renuncia o destitución por faltas graves en el ejercicio de sus funciones, en cuyo caso se podrá designar una persona para completar el periodo."

337 Según el artículo 151.2 de la Constitución, "La edad de retiro obligatorio para los jueces de la Suprema Corte de Justicia es de setenta y cinco años..."

338 Según el artículo 151 de la Constitución, "Las y los jueces que integran el Poder Judicial son independientes, imparciales, responsables e inamovibles y están sometido a la Constitución y a las leyes. No podrán ser removidos, separados, suspendidos, trasladados o jubilados, sino por algunas de las causas establecidas y con las garantías previstas en la ley."

339 Según el párrafo del artículo 187 de la Constitución, "Los jueces de este tribunal (el constituyente se refiere al Tribunal Constitucional) serán designados por un único período de nueve años. No podrán ser reelegidos, salvo los que en calidad de reemplazantes hayan ocupado el cargo por un período mayor de cinco años. La composición del Tribunal se renovará de manera gradual cada tres años."

Las diferencias que se advierten entre el régimen aplicable a los integrantes de los tribunales indicados se justifica, porque mientras los de la Suprema Corte de Justicia son jueces de carreras, los del Tribunal Constitucional no pertenecen a dicha carrera.

Sin embargo, entendemos que la misma lógica en que se sustenta el retiro de un de la Suprema Corte de Justicia, por razones de edad, es válida para los del Tribunal Constitucional.

Un aspecto que merece ser resaltado es el relativo al mecanismos de renovación de los jueces del Tribunal Constitucional, porque garantiza que siempre haya jueces con experiencia, salvo en su primera integración. Lo anterior se logra, porque el constituyen optó por la renovación parcial y no por la renovación total cuando se venciera el período de nueve años.

Sin embargo, el referido mecanismo de renovación no se aplicará a los primeros integrantes del Tribunal Constitucional, ya que los mismos serán sustituido, de manera aleatoria, en tres grupos: dos de cuatro y un de cinco, a los seis, nueve y doce años.³⁴⁰ Aunque la variación excepcional del mecanismo de renovación implica que cuatro de los jueces sólo permanecería seis años en el tribunal y cinco se mantendría durante doce años, es decir, un tiempo superior al previsto en el referido artículo 187, su implementación es positiva.

Otra alternativa, quizás más coherente con el espíritu del mencionado artículo 187, era sustituir la mitad de la

³⁴⁰ Según la disposición transitoria decimoctava, "Para garantizar la renovación gradual de la matrícula del Tribunal Constitucional, por excepción de lo expuesto en el artículo 187, sus primeros trece integrantes se sustituirán en tres grupos dos de cuatro y uno de cinco, a los seis, nueve y doce años de ejercicio, respectivamente, mediante un procedimiento aleatori. Los primeros cuatro jueces salientes, por excepción podrán ser considerado para un único nuevo período."

matricula de los jueces a los nueve años y la otra mitad a los doce años.

En lo que respecta a la organización y estructura del Tribunal Constitucional, el constituyente se limita a indicar que estará integrado por trece jueces y que el Consejo Nacional de la Magistratura, al momento de elegirlos, indicará quién ocupará la presidencia del mismo y quienes se designarán como primer y segundo sustitutos.³⁴¹ El laconismo del constituyente al referirse a la estructura del tribunal responde a una técnica generalmente aceptada y consistente en indicar en la Constitución las líneas generales de cada institución, reservando los detalles de cada una de ellas al legislador ordinario.

Siendo coherente con la técnica indicada en el párrafo anterior, el constituyente previó la necesidad de una ley que regulara el funcionamiento del Tribunal Constitucional.³⁴²

Partiendo de la lectura y reflexión hechas en relación a las leyes sobre la materia de España, Alemania, Francia y Costa Rica, entendemos que el legislador dominicano debe incluir, entre otros temas, los que indicamos a continuación: creación de dos salas, creación de comisiones encargadas de revisar la admisibilidad de las acciones en inconstitucionalidad y las de amparo, designación de letrados o abogados ayudantes, mecanismos de designación del personal auxiliar, situación de los magistrados después de terminar el período para el cual fueron elegidos, identificación de las sentencias que requieren de una votación agravada, así como las que adquieren autoridad irrevocable de cosa juzgada, efectos retroactivos

341 En el artículo 182 de la Constitución se establece: "Artículo 182.- Escogencia jueces Tribunal Constitucional. El Consejo Nacional de la Magistratura al conformar el Tribunal Constitucional dispondrá cuál de ellos ocupará la presidencia y designará un primer y segundo sustitutos para reemplazar al Presidente, en caso de falta o impedimento."

342 En el artículo 189 de la Constitución se establece: "Artículo 189.-Regulación del Tribunal. La ley regulará los procedimientos constitucionales y lo relativo a la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional."

de la sentencia, la posibilidad de dimensionar los efectos de las sentencias, publicidad de la acción en inconstitucionalidad, la publicidad de la sentencia, la máxima latina *iura novit curi* y el principio de contradicción.

En lo que concierne a la división del tribunal en Salas, dicha propuesta está condicionada a que mediante la referida ley se le atribuya competencia al Tribunal Constitucional para conocer del recurso de amparo, ya que las materias que hasta ahora puede conocer deben ser decididas por el pleno de dicho órgano. El modelo de división en salas existe tanto en Alemania como en España. En el caso español, existen dos Salas, las cuales se encargan de conocer los amparos.³⁴³ Este mecanismo ofrece ventajas, entre las que destaca la agilización de los procesos sin sacrificar la calidad de los mismos ni de las decisiones. La agilización sería la consecuencia de que en lugar de atribuir toda la carga del trabajo al pleno del tribunal, se dividiría en las dos salas. Si a la división del trabajo agregamos el hecho de que las salas serían más ágiles que el pleno, en razón de que resulta más fácil que un grupo pequeño se ponga de acuerdo, no cabe duda que con la implementación del mecanismo propuesto la cantidad de asuntos resueltos sería superior en más de un ciento por ciento.

Una cuestión que no podemos dejar de abordar es la relativa al quórum y la mayoría necesaria para decidir los asuntos que se le sometan al tribunal. Conforme al mencionado artículo 186 se requiere de una mayoría calificada de nueve jueces o más para que la sentencia tenga validez. Por otra parte, los jueces que hayan emitido votos disidentes podrán hacer valer su motivación.

En torno a dicha mayoría calificada de nueve votos, nos surge la cuestión siguiente: ¿se requiere la misma sólo para

343 Nos remitimos al No. 10, pp. 96-101.

acoger la acción o, por el contrario, también se requiere para declararla inadmisibile o rechazarla?

Se trata de una cuestión que el constituyente debió aclarar, pero no lo hizo.

Si la mayoría calificada se exigiera para el rechazamiento o la inadmisión de las acciones en inconstitucionalidad, muchos asuntos se quedaría sin resolver. Toda vez, que es previsible que sean numerosos los casos en que una tesis de inadmisión o de rechazamiento no cuente con un número de votos mínimos de nueve.

La lógica jurídica nos indica que aunque el constituyente dominicano no lo haya establecido, la mayoría calificada de nueve votos sólo debe exigirse para que la acción en inconstitucionalidad sea acogida y que en todos los demás casos la tesis que debe prevalecer es aquella que cuente con la mayoría simple de votos.³⁴⁴

En el derecho comparado existen sistemas que siguen esta lógica, es el caso del mexicano. En dicho sistema la Suprema Corte de Justicia de la Nacional es la competente para conocer de la acción en inconstitucionalidad, está integrada por once miembros y para declarar inconstitucional una norma jurídica con efectos erga omnes es necesario un mínimo de ocho votos.

Según afirma FERRER MAC-GREGOR³⁴⁵ la "...exigencia de la mayoría calificada ha sido criticada por la doctrina y existen propuestas para suprimirla."

344 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Juicio de Amparo y Derecho Procesal Constitucional". Santo Domingo, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia. Mayo del 2010, pp.182-183.

345 Ob. cit., p. 188.

Finalmente, entendemos que la laguna que acusa la Constitución debe resolverlo la ley orgánica del Tribunal Constitucional o mediante sentencia de este último.

27. Tramitación de la acción en inconstitucionalidad

Carecemos de una ley de la jurisdicción constitucional, en consecuencia no existe un procedimiento escrito para tramitar la acción en inconstitucionalidad. La laguna anterior ha sido llenada por la Suprema Corte de Justicia de manera casuística.

Tres aspectos merecen nuestra atención en torno a la tramitación de la acción en inconstitucionalidad. Me refiero a: la forma de apoderamiento, el momento en que debe producirse dicho apoderamiento y la naturaleza del procedimiento.

El apoderamiento de la Suprema Corte de Justicia se hace mediante instancia, la cual debe estar debidamente motivada; particularmente debe especificarse la norma cuestionada y los textos constitucionales que les sirven de fundamento. Sólo cuando se cumplen estos requisitos se pone a la Suprema Corte de Justicia en condiciones de realizar el examen de constitucionalidad.

En este orden, el 3 de noviembre del año 2000³⁴⁶, la Suprema Corte de Justicia declaró inadmisibile una acción en inconstitucionalidad por el hecho de que no se identificó el texto de la Constitución violado. En dicha sentencia se estableció que: “Considerando, que en la presente acción se solicita la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley No. 14-91, que deja en vigencia el artículo 8 de la Ley 4378,

³⁴⁶ Véase sentencia No. 3 del 8 de noviembre del 2000, Boletín Judicial 1080, p. 15.

Orgánica de las Secretarías de Estado, del 10 de febrero de 1956; que sin embargo, no se especifica en ningún momento cuál de los principios o artículos de la Constitución contradice la mencionada Ley 14-91...”

El requisito de admisibilidad examinado nos parece razonable, aunque entendemos que debiera darse por satisfecho el mismo, en los casos en que el impetrante identifique claramente el derecho violado, sin que sea necesario identificar el texto constitucional en que está consagrado. Razonar en sentido contrario implicaría desconocer la vieja máxima, conforme a la cual corresponde a la parte establecer los hechos y al juez el derecho.

Dada la especialidad de la materia constitucional los jueces deben, por una parte, interpretar la indicada máxima de manera más abierta y, por otra parte, adaptarla y, en este sentido, requerir a la parte accionante que haga referencia al valor, al principio o al derecho constitucional violado.

Pero, reiteramos, no nos parece necesario exigir que se mencione el texto constitucional violado.

Finalmente, no podemos dejar de destacar que en la sentencia objeto de análisis hay una contradicción entre los motivos y el dispositivo. En efecto, en la motivación se establece que el principio o texto constitucional debe identificarse a pena de inadmisibilidad, mientras que en el dispositivo, en lugar de declarar inadmisibile la acción en inconstitucionalidad se rechaza. En razón de que de la motivación se desprende que el tribunal estaba convencido de la inadmisibilidad, entendemos que lo que ocurrió fue un error material. Partiendo de lo anterior, no nos cabe duda de que el requisito analizado no está vinculado al fondo de la acción, sino a la admisibilidad de la misma, aunque la sentencia examinada, para los fines del caso resuelto, tendrá los efectos procesales propios de las decisiones de fondo.

Por otra parte, toda persona física o moral de derecho privado que cuestione por la vía directa una norma tiene la obligación procesal de demostrar su condición de parte interesada, salvo, obviamente, que quien accione sea uno de los órganos políticos legitimados.³⁴⁷ Baste con indicar aquí que el accionante, persona física o persona moral de derecho privado, debe demostrar que tiene un interés legítimo y jurídicamente protegido.

Por último, en esta modalidad de control no existe posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia pueda autoapoderarse de una acción en inconstitucionalidad; sin embargo, una vez apoderada ella ha admitido la posibilidad de resolver la inconstitucionalidad de oficio. La hipótesis es la siguiente: planteada la acción en inconstitucionalidad, la misma fue declarada inadmisibile, bajo el fundamento de que los accionantes no demostraron su calidad de parte interesada, pero no obstante la declaratoria de inadmisibilidat, el tribunal mantuvo el apoderamiento, de oficio, examinó y resolvió el fondo de la acción.³⁴⁸

La solución adoptada por la Suprema Corte de Justicia no responde a una lógica procesal válida, en la medida en que resulta contradictorio declarar inadmisibile una acción

³⁴⁷ Mediante la sentencia No. 14 del 30 de septiembre de 1998, Boletín Judicial 1054, Tomo 1, páginas 80 y 81, la Suprema Corte de Justicia estableció que: "Considerando que parte interesada es 'aquella que figure como tal en una instancia, contestación o controversia de carácter administrativo o judicial, contra la cual realice un acto uno de los poderes públicos, basado en una disposición legal, pretendidamente inconstitucional, o que justifique un interés legítimo, directo y actual, jurídicamente protegido, o que actúe como denunciante de la inconstitucionalidad de la ley, decreto resolución o acto, para lo cual se requerirá que la denuncia sea grave y seria. Considerando: que en la especie, del estudio del expediente formado con motivo de la presente acción resulta que el impetrante, a juicio de esta Suprema Corte de Justicia, no ha demostrado encontrarse en una de las situaciones previstas por la jurisprudencia dominante en esta materia, las cuales se citan precedentemente, para poder ejercer válidamente la acción en inconstitucionalidad de que se trata, por lo que al no haber justificado su calidad de parte interesada, procede que sea declarada inadmisibile".

³⁴⁸ Sentencia del primero de septiembre de 1995, Boletín Judicial No. 1018, página 164. Este criterio fue reiterado por la Suprema Corte de Justicia, mediante la sentencia del 19 de mayo del 2010. En razón de que esta última sentencia no solo aborda la cuestión del Autoapoderamiento, sino también del de la legitimación y el relativo a si la constitucionalidad de la propia Constitución puede ser contralada, aparece copiada íntegramente en el anexo 3 de esta obra.

y al mismo tiempo mantenerse apoderada. Desde que se pronuncia la inadmisibilidad desaparece el apoderamiento, de manera que en el caso que nos ocupa hubo un apoderamiento de oficio lo cual no encuentra respaldo en el derecho comparado.³⁴⁹

28. Momento en que debe interponerse la acción en inconstitucionalidad: viabilidad del control *a priori*

Este tema está vinculado con el relativo al que abordaremos en el siguiente número: la legitimación para accionar en inconstitucionalidad, ya que, los defensores del control *a priori* identifican el mismo con los órganos políticos legitimados.

La situación anterior aconseja que hagamos referencia a los órganos que están legitimados. Conforme al artículo 185.1 están legitimados para accionar en inconstitucionalidad el Presidente de la República, una tercera parte de los senadores, una tercera parte de los diputados y cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido.

Como se observa, el texto mencionado en el párrafo anterior difiere del texto de la Constitución de 1994, en la medida que la legitimación de los presidentes de las Cámaras del Congreso fue eliminada y atribuida a un tercio de los miembros de cada una de dichas Cámaras.

El mencionado aspecto procesal mantiene divida a la doctrina, ya que una parte sostiene que los Presidentes de las Cámaras del Congreso -con la nueva Constitución un tercio de los senadores o de los diputados- deben

349 Para la época primaba el criterio restrictivo de parte interesada y no se reconocía la acción popular, de suerte que como los accionantes no demostraron la existencia de un proceso previo en el cual la normativa atacada fuera pertinente ni que tuvieran un interés legítimo y protegido, su acción fue declarada inadmisibile.

accionar en inconstitucionalidad antes de que la ley sea enviada al Presidente y, en el caso de este último, antes de la promulgación. Otra parte de la doctrina entiende que dichos órganos deben incoar la acción cuando ya el proyecto se ha convertido en ley y ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico.³⁵⁰

Quienes defienden la primera de las tesis, entienden que en nuestro sistema existe el control *a priori* o preventivo; mientras que los partidarios de la segunda sostienen que dicho control es *a posteriori*.

La Suprema Corte de Justicia, en un primer momento, se identificó con los partidarios del control preventivo, al menos en lo que se refiere al Presidente de la República. En efecto, mediante la sentencia No. 1 de fecha 3 de enero del 2002³⁵¹, dicho tribunal admitió una acción en inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra una ley pendiente de promulgación y de publicación. En la especie se trataba de una ley que declaraba la necesidad de la reforma de la Constitución Política, y el Presidente de la República, en desacuerdo con la misma, la remitió a la Suprema Corte de Justicia para que examinara su conformidad con la Constitución.

350 En lo concerniente al procedimiento que debe seguirse para la aprobación de una ley, el artículo 98 establece que: "Artículo 98. Discusiones legislativas. Todo proyecto de ley admitido en una de las Cámaras se someterá a dos discusiones distintas, con un intervalo de un día por lo menos entre una y otra discusión. En caso de que fuere declarado previamente de urgencia, deberá ser discutido en dos sesiones consecutivas." El artículo 99 establece: "Artículo 99. Trámite entre las cámaras. Aprobado un proyecto de ley en una de las cámaras, pasará a la otra para su oportuna discusión, observando las mismas formalidades constitucionales. Si esta cámara le hace modificaciones, devolverá dicho proyecto modificado a la cámara en que se inició, para ser conocido de nuevo en única discusión y, en caso de ser aceptadas dichas modificaciones, esta última cámara enviará la ley al Poder Ejecutivo. Si las modificaciones son rechazadas, se considerará desechado el proyecto." Y el artículo 101 establece que: "Artículo 101. Promulgación y publicación. Toda ley aprobada en ambas cámaras será enviada al Poder Ejecutivo para su promulgación u observación. Si este no la observare, la promulgará dentro de los diez días de recibida, si el asunto no fue declarado de urgencia, en cuyo caso la promulgará dentro de los cinco días, y la hará publicar dentro de los diez días a partir de la fecha de la promulgación. Vencido el plazo constitucional para la promulgación y publicación de las leyes sancionadas por el Congreso Nacional, se reputarán promulgadas y el Presidente de la Cámara que la haya remitido al Poder Ejecutivo las publicará".

351 Véase Boletín Judicial 1094, p. 3.

En dicha sentencia la Suprema Corte de Justicia estableció el siguiente criterio:

“Considerando, que el artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República dispone que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley, conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada; que esa disposición ha sido interpretada en sentido lato y, por tanto, comprensiva, al tenor del mandato del artículo 46 de la misma Constitución, además de la ley emanada del Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo, de todos los actos que, dentro de sus atribuciones, emitan los poderes públicos reconocidos por la Constitución y las leyes; que de ello resulta que si bien una ley del Congreso Nacional, no promulgada ni publicada por el Poder Ejecutivo, no adquiere, en principio, su fuerza obligatoria hasta que tales requisitos hayan sido satisfechos, no menos cierto es que las leyes votadas por el Congreso Nacional, por el hecho de no estar promulgadas y publicadas por el Poder Ejecutivo, conforme al artículo 55, inciso 2, de la Carta Fundamental del Estado, no dejan de constituir un acto propio, el más característico, del Poder Legislativo, independientemente de que haya recibido o no la sanción que en virtud del canon citado corresponde impartir al Presidente de la República; que desde esa perspectiva la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer de la acción de que se trata, constituyéndose en la especie en control preventivo de la constitucionalidad de la ley sometida a su examen por el Presidente de la República, en uso de la facultad que le reconoce el artículo 67, inciso 1, parte in fine, de la Constitución, ya citado”.

Una parte importante de la doctrina nacional entendió que mediante la referida decisión se había introducido en el sistema dominicano un verdadero control *a priori* de la constitucionalidad de las leyes. En este orden, PELLERANO GÓMEZ³⁵² sostuvo que: "...es preciso reconocer que el recurso del Poder Ejecutivo tiene un carácter preventivo; esto es, que una vez aprobada la ley por las cámaras legislativas no la promulgue sino que apodere a la Suprema Corte de Justicia a fin de que estatuya sobre su constitucionalidad. Obviamente, en caso de ser rechazado su recurso, el Presidente estará obligado a promulgar la ley, y si la constitucionalidad de la ley es parcialmente acogida, deberá enviarla nuevamente al Congreso para su rectificación."

Según el mismo autor, lo que justifica el control *a priori* del Presidente de la República es el hecho de que "...sería un contrasentido y una forma irregular de ejercer los mandatos constitucionales que el ejecutivo después de ordenar la ejecución de una ley mediante su promulgación y publicación, con lo que la eleva a la categoría de ley vigente, interponga un recurso principal de declaratoria de su inconstitucionalidad."³⁵³

Igual razonamiento hace PELLERANO GÓMEZ,³⁵⁴ en relación a los demás órganos políticos legitimados para accionar en inconstitucionalidad. En efecto, el autor entiende que "el recurso de cualquiera de los Presidentes de las Cámaras legislativas, en tales funciones tiene el mismo carácter preventivo. Sería una actuación injustificable la de atacar de inconstitucionalidad una ley con cuya participación fue creada."³⁵⁵

352 Juan Manuel Pellerano Gómez, *El control de la constitucionalidad*, Santo Domingo, República Dominicana: En Estudios jurídicos, Breviario 4, 1998, p. 37.

353 *Ibíd.*

354 *Ibíd.*

355 Actualmente están legitimados un tercio de los senadores o un tercio de los diputados, según el artículo 185.1 de la Constitución.

Finalmente, PELLERANO GÓMEZ³⁵⁶ concibe la acción en inconstitucionalidad de los órganos políticos de referencia como un “veto previo” de la ley, que tiende a impedir tanto su entrada en vigencia como una posterior declaratoria de inconstitucionalidad. Este recurso previo tiende a hacer efectiva la supremacía de la Constitución.”

Tanto JORGE PRATS³⁵⁷ como VALERA MONTERO³⁵⁸ comparten la tesis del control preventivo desarrollada por PELLERANO GÓMEZ.

Como se observa, aunque en el caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia el objeto del control de constitucionalidad era una ley aprobada por ambas cámaras del congreso y sólo pendiente de promulgación y publicación e, inclusive, en una hipótesis en la cual el Presidente de la República no contaba con la potestad de observación y sólo tenía la alternativa de promulgarla, se entendió que a partir de dicha decisión se había instaurado un sistema de control preventivo general.

Dado el hecho de que surgieron recursos de inconstitucionalidad cuyo objeto lo constituían proyectos de leyes, el 10 de octubre del 2004 la Suprema Corte de Justicia estableció el alcance de la decisión que nos ocupa.

En dicha sentencia se estableció que no procedía la acción en inconstitucionalidad contra un proyecto de ley, sino solamente contra “leyes no publicadas,” y a condición de que el Presidente de la República no tuviera la potestad de observarla. Para la Suprema Corte de Justicia una “ley no publicada” es un proyecto de ley aprobado por las Cámaras legislativas, a condición de que el Presidente de la República

356 Juan Manuel Pellerano Gómez, ob. cit., p. 38.

357 Eduardo Jorge Prats, ob. cit., p. 331.

358 Miguel Aníbal Valera Montero, *El control concentrado de la constitucionalidad en la República Dominicana*, p. 64.

no pueda observarla. Un ejemplo de lo anterior, y el único que se contempla en nuestro ordenamiento, es la ley que declara la necesidad de la reforma de la Constitución, la cual según el artículo 117 de la Constitución de 1994 y el 270 de la actual no puede ser observada por el Poder Ejecutivo.³⁵⁹

Una posición radicalmente opuesta a la defendida por los autores anteriormente mencionados, e incluso contraria a la última decisión de la Suprema Corte de Justicia, es sustentada por CATRAIN³⁶⁰, quien entiende que no exista el control preventivo de constitucionalidad de las leyes en el sistema de justicia constitucional vigente en la República Dominicana. En efecto, dicho autor sostiene que: “Atenernos al tenor literal del precepto constitucional transcrito implica, necesariamente, tener que negar la existencia del control preventivo del control de constitucionalidad en nuestra carta fundamental.”

“Lo que nuestra Constitución en su propio lenguaje propone expresamente es la existencia de un único mecanismo de control concentrado de constitucionalidad que se ejerce a cargo de la Suprema Corte de Justicia y a instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada.”³⁶¹

“La Constitución jamás propone dos mecanismos distintos de control de constitucionalidad. No se establece distinción constitucional alguno entre la acción en declaratoria de inconstitucionalidad que puede ejercer el Poder Ejecutivo, uno

359 El artículo 117 de la anterior Constitución fue sustituido por el 270 de la vigente, conforme al cual “La necesidad de la reforma constitucional se declara por una ley de convocatoria. Esta ley, que no podrá ser observada por el poder ejecutivo, ordenará la reunión de la Asamblea Nacional Revisora, contendrá el objeto de la reforma e indicará el o los artículos de la Constitución sobre los cuales versará.”

360 Salvador Catrain, “No existe el control previo de constitucionalidad en la República Dominicana”. En revista *Gaceta Jurídica*, año 5, No. 121, República Dominicana, 2001, p. 21.

361 Actualmente están legitimados un tercio de los senadores o un tercio de los diputados, según el artículo 185.1 de la Constitución.

de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada.”

La tesis de la inexistencia del control preventivo es la más coherente con la intención del constituyente derivado de 1994. En efecto, conforme consta en el acta de la segunda sesión celebrada por la Asamblea Nacional, el 13 de agosto de 1994, en ocasión de la convocatoria hecha por el Presidente de la República de la época para conocer de la reforma a la Constitución, en la propuesta original hecha en relación al artículo 67.1 se establecía que la Suprema Corte de Justicia tenía competencia para “Conocer en única instancia de las causas penales seguidas al Presidente y al Vicepresidente de la República, a los Senadores, Diputados, Secretarios de Estado, Subsecretarios de Estado, Jueces de la Suprema Corte de Justicia, Procurador General de la República, Jueces y Procuradores Generales de las Cortes de Apelación, Abogado del Estado ante el Tribunal de Tierras, Jueces del Tribunal Superior de Tierras, a los miembros del Cuerpo Diplomático, de la Junta Central Electoral y de la Cámara de Cuentas; y de la constitucionalidad de las leyes y los proyectos de ley, a instancias del Poder Ejecutivo o de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional.”³⁶²

Como se observa, en la indicada propuesta se incluía en el objeto del control de constitucionalidad, no sólo la ley, sino también los proyectos de leyes. El hecho de considerar objeto de control los proyectos de leyes supone, obviamente, instaurar el control *a priori*.

Esta primera propuesta encontró la oposición del diputado Vinicio Alfonso Tobal Ureña, quien manifestó desacuerdo con la posibilidad de que un proyecto de ley pudiera

³⁶² Véase página 141 del acta de la segunda sesión celebrada por la Asamblea Revisora, reunida el 13 de agosto de 1994.

ser objeto de control de Constitucionalidad. En efecto, el mencionado diputado expresó lo siguiente: “Nosotros creemos que en la reforma a este artículo 67 dentro del inciso primero en la parte final del mismo, cuando se refiere a la constitucionalidad de las leyes, que sería más o menos la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales por parte de la Suprema Corte de Justicia, para conocer en única instancia de esa constitucionalidad, yo pienso, que no sería prudente ni aconsejable que, cuando se dice en esta parte infine, ‘y de la constitucionalidad de las leyes y los proyectos de ley’, no sería prudente -repito- que aquí se exprese ‘y los proyectos de ley’. Esto así, por tres razones; primero, porque un proyecto de ley no tiene fuerza jurídica; segundo, porque un proyecto de ley es una iniciativa tanto del Legislador como del Presidente de la República, como asimismo de la Junta Central en asuntos electorales, y sería hasta cierto punto a priori someter la inconstitucionalidad de una ley; y tercero, el proyecto regularmente (en términos de procedimiento) debe pasar por varias fases: se incluye en Agenda, el proponente lo motiva, y tiene que ir a una Comisión de estudio en la cual generalmente hay abogados, pudiéndose ahí determinar si es o no inconstitucional. Por lo tanto, sugerimos respetuosamente que este artículo 67 sea modificado en su ordinal primero, para que diga así: ‘1) Conocer en única instancia de las causas penales seguidas al Presidente y al Vicepresidente de la República, a los Senadores, Diputados, Secretarios de Estado, Subsecretarios de Estado, Jueces de la Suprema Corte de Justicia, Procurador General de la República, Jueces y Procuradores Generales de las Cortes de Apelación, Abogado del Estado ante el Tribunal de Tierras, Jueces del Tribunal Superior de Tierras, a los miembros del Cuerpo Diplomático, de la Junta Central Electoral y de la Cámara de Cuentas; y de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada’.”

Conforme a lo transcrito en el párrafo anterior, todo parece indicar, por una parte, que la oposición del indicado diputado se fundamenta en que, de alguna manera, el control de constitucionalidad de los proyectos de leyes no era compatible con el complejo trámite que debe seguirse en ocasión de la aprobación de las leyes y, por otra parte, parece fundamentarse en que el control preventivo no era necesario porque en el proceso de aprobación de las leyes participan abogados.

De los dos fundamentos indicados, el primero me parece muy válido, porque en los países que cuentan con el control *a priori* han tenido serias dificultades. Aunque justo es decir que los problemas que han tenido países como Costa Rica no se deben, en realidad, al control *a priori* como tal, sino al mal uso que ocasionalmente se hace. El segundo de los argumentos no me parece válido, porque aunque entre los legisladores haya especialistas en la materia, siempre existe la posibilidad del error o de interpretaciones constitucionales discutibles.

La oposición del diputado Tobal fue apoyada por el Senador Max Puig, quien manifestó: “En primer lugar yo quisiera identificarme en cuanto acaba de manifestar el constituyente Vinicio Tobal Ureña, ya que comparto los dos planteamientos que él hace en el sentido de eliminar el control de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley. Esto no es procedente y parece ser que los redactores de este texto modificador pensaron en otros sistemas jurídicos en donde hay organismos que no son la Suprema Corte de Justicia y que emiten opiniones acerca de la constitucionalidad o no de los proyectos de ley, pero no es el caso nuestro. Por otra parte, me identifico asimismo con el Diputado Tobal por la extensión que hace en cuanto al derecho que tendrían los particulares para argüir a su favor la inconstitucionalidad de la ley, porque yo creo que esto puede ser un aporte de mucha trascendencia al sistema jurídico dominicano.”

Lo aprobado definitivamente por la Asamblea Nacional en ocasión de la reforma constitucional de 1994 es el texto que estuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la actual Constitución y en el cual no se incluyeron los proyectos de leyes como objeto del control de constitucionalidad.

No cabe duda de que la tesis que abogaba por la inclusión de los proyectos de leyes en el objeto del control de constitucionalidad no tuvo acogida en el seno de la Asamblea Revisora de 1994, de manera que en base al texto que se aprobó no era posible fundamentar el control preventivo.

En esta última reforma tampoco se incluyen los proyectos de leyes en el objeto del control de constitucionalidad, de manera que la tesis de la inexistencia del control preventivo sigue estando bien fundamentada.

Contrario a lo que sostienen los partidarios de la existencia del control preventivo, entendemos que en el caso particular los legisladores -anteriormente los presidentes de las cámaras-³⁶³, no hay inconveniente en que accionen con posterioridad a la promulgación de la ley, porque el hecho de que hayan participado en los trámites de aprobación de la misma no supone una contradicción. Lo anterior lo decimos porque en los organismos colegiados las decisiones se toman por mayoría; lo que implica que las observaciones que haga una parte minoritaria pueden acogerse o no y, en definitiva, la mayoría se impone. Por otra parte, no puede descartarse la posibilidad de que uno o varios legisladores adviertan un vicio de constitucionalidad después que la ley haya sido aprobada, promulgada y publicada.

En lo que respecta al Presidente de la República, nos parece que la situación es similar y en consecuencia no

³⁶³ Actualmente están legitimados un tercio de los senadores o un tercio de los diputados, según el artículo 185.1 de la Constitución.

vemos inconveniente en que ejerza el control a posteriori, en particular porque también es posible que advierta la irregularidad con posterioridad a su promulgación. Sin embargo, me identifico con el sistema costarricense, en el cual se permite al Presidente de la República consultar a la Sala Constitucional antes de promulgar la ley, en caso de que entienda que existen vicios de constitucionalidad.

En conclusión, entendemos que en nuestro sistema de justicia constitucional no existe el control preventivo de constitucionalidad, salvo en lo que respecta a los tratados internacionales, porque así se consagra de manera expresa en el artículo 185 de la Constitución vigente. La posibilidad de controlar preventivamente los tratados internacionales tiene una gran importancia tal y como lo indicamos en otra parte de esta obra (al respecto nos remitimos al No. 11, p. 104-120).

Entorno al control preventivo de los tratados internacionales nos parece que es conveniente que en la ley de la jurisdicción constitucional establezca que no se trata de una acción en inconstitucionalidad, sino de un trámite administrativo que debe agotar el Presidente de la República para que el tratado internacional pueda ser ratificado por el Congreso Nacional.

En este sentido, entendemos que si el Poder Ejecutivo envía al Congreso Nacional un tratado internacional para ser ratificado, sin que previamente se haya verificado su conformidad con la Constitución, dicho tratado no debe ser ratificado y el Poder Legislativo tiene la facultad de devolverlo al Poder Ejecutivo para que se cumpla con el trámite constitucional.

La cuestión que estamos planteando no es ociosa, porque ya existe un precedente. En efecto, el 9 de marzo del 2010, la Comisión Permanente de Relaciones Exteriores y

Cooperación Internacional de la Cámara de Diputados envió una comunicación a la al Presidente de la Suprema Corte de Justicia, mediante la cual solicitaba que se realizara el control de constitucionalidad preventiva de las Convenciones sobre Tráfico Internacional de Menores suscrita en México el 18 de marzo de 1994 y Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, suscrita en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984,

Respecto de dicha solicitud, la Suprema Corte de Justicia dictó el 15 de abril del 2010, la Resolución 754-2010, mediante la cual decidió devolver la referida comunicación, por los motivos siguientes:

“Atendido, que siendo atribución del Presidente de la República someter al órgano legislativo para su aprobación los tratados y convenios internacionales, es a éste a quien corresponde requerir al Tribunal Constitucional, su opinión a los fines del control preventivo de dichos instrumentos internacionales;

Atendido, que en tal virtud el Congreso Nacional, órgano legislativo a que se refiere el artículo 185, numeral 2 citado, no puede proceder conforme se señala en ese texto, sin antes el Poder Ejecutivo haber apoderado a la Suprema Corte de Justicia, en virtud de lo que dispone la Tercera Disposición Transitoria de la Constitución, a los fines de saber si los compromisos suscritos por la República Dominicana, antes de su entrada en vigor, son conformes a la Constitución”.

29. La naturaleza del procedimiento

La contradicción constituye un principio fundamental y básico del proceso, en la medida que universalmente se admite que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado. Este principio, aunque con algunas matizaciones, alcanza también a la materia constitucional.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de que el procedimiento no es contradictorio, porque no implica un juicio contra el Estado, ni contra ninguna otra persona. Sin embargo, admite la intervención en el proceso de cualquier persona que tenga un interés particular o general.³⁶⁴

PELLERANO GÓMEZ³⁶⁵ es partidario de que haya contradicción. Sostiene el mencionado autor que: “Aún cuando no hay un demandado propiamente dicho, entiendo que la Corte apoderada debe seguir la costumbre saludable establecida por la jurisdicción contencioso administrativa por la que se solicita una especie de defensa u opinión del órgano administrativo que emitió el acto impugnado. El dictamen del Procurador General de la República siempre es necesario.”

VALERA MONTERO³⁶⁶ disiente, sin embargo, de la posición asumida por PELLERANO GÓMEZ, ya que entiende que ni siquiera la comunicación al Procurador General de la República es necesaria.

364 Mediante sentencia del 1 de septiembre del 1995, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que no era contradictorio el procedimiento que debía seguirse en materia de control de constitucionalidad por la vía directa. Dicho criterio fue reiterado en todos los casos posteriores en que fue necesario, como, por ejemplo, mediante la sentencia del 8 de septiembre del 2000, sentencia No. 3, Boletín Judicial 1080, página 14, ocasión en la cual estableció: “Considerando que contrario a lo planteado por el Procurador General de la República, en su dictamen, ha sido juzgado por esta Suprema Corte de Justicia, que ella es apoderada por instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso o de parte interesada; que esa facultad constitucional es ejercida por quienes son autorizados, para que esta Corte, en virtud de esa competencia excepcional, juzgue si la ley, decreto o resolución o acto sometido a su escrutinio es contrario o no a la Constitución, sin que estén obligados a notificar su instancia a las personas o instituciones que pudieren resultar eventualmente afectadas, puesto que al conocer la Corte del asunto, lo hace sin contradicción y por tanto, sin debate, a la vista solamente de la instancia que la apodera y del dictamen u opinión, si se produjera, del Procurador General de la República, a quien se le comunica el expediente, lo que no impide que aquellos que lo consideren útil en interés propio o general, sometan por escrito dirigido a la Suprema Corte de Justicia, sus observaciones a favor o en contra del pedimento, máximo cuando dicha acción no implica un juicio contra el Estado, ni ninguna otra persona sino contra una disposición legal alguna de inconstitucionalidad; que esas actuaciones que no incluyen las citaciones, constituyen el procedimiento que se observa en esta materia, el cual fue instituido por la sentencia del 1ero. de septiembre de 1995, de esta Suprema Corte de Justicia, el que se ha seguido observando cada vez que ha tenido la oportunidad de hacerlo.”

365 Juan Manuel Pellerano Gómez, *El control de constitucionalidad*, p. 41.

366 Miguel Aníbal Valera Montero, ob. cit., p.136.

La tesis defendida por la Suprema Corte de Justicia es contraria a la que prevalece en la mayoría de los sistemas de justicia constitucional, en los cuales la instancia contentiva de la acción en inconstitucionalidad se comunica, en particular, al órgano que dictó el acto atacado, así como a los órganos políticos legitimados para accionar. En el caso español, por ejemplo, una vez que ha sido admitida a trámite la acción, se le comunica a todos los órganos políticos legitimados para que estos puedan intervenir, si fuere de su interés.³⁶⁷

En el sistema costarricense la situación es similar, en la medida en que la instancia contentiva de la acción en inconstitucionalidad se le comunica al Procurador General y a la parte adversa que figura en el procedimiento principal.³⁶⁸ La parte que figure en el proceso principal, o aquellos con interés legítimo, pueden participar en el proceso, para lo cual tienen un plazo de quince días contados a partir de la fecha en que se realice la publicación a que se refiere el artículo 81 de la L. J. C.³⁶⁹

Aunque no compartimos la tesis defendida por la Suprema Corte de Justicia, consideramos positivo el hecho de que permite la intervención de las personas físicas o morales que manifiesten su interés en participar en el proceso. Se

³⁶⁷ El artículo 34.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español establece que: "Admitida a trámite, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de su Presidente, al Gobierno por conducto de su ministerio de justicia y en caso de que el objeto del recurso fuera una ley dictada por una Comunidad autónoma a los órganos legislativo y ejecutivo a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que consideren oportunas." Mientras que el artículo 34.2, establece que: "La personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de quince días, transcurrido el cual el tribunal dictará sentencia en el plazo de 10 días, salvo que mediante resolución motivada, el propio tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso podrá exceder de 30 días".

³⁶⁸ En el segundo párrafo del artículo 79 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se establece que: "...Además con todo escrito o documentos se acompañarán siete copias firmadas para los magistrados de la Sala, y las necesarias para la Procuraduría y las partes contrarias en el proceso o procedimiento principal."

³⁶⁹ El artículo 83 de la L. J. C. establece que: "En los quince días posteriores a la primera publicación del aviso a que alude el párrafo segundo del artículo 81, las partes que figuren en los asuntos pendientes a la fecha de la interposición de la acción, o aquellos con interés legítimos, podrá apersonarse dentro de esta, a fin de coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que le interesa."

trata de un mecanismo muy útil, que pudiera funcionar mejor si existiera un sistema de publicidad de las acciones en inconstitucionalidad que permita que la comunidad jurídica y la población en general se enteren de los procedimientos constitucionales en curso.

Nosotros abogamos porque el procedimiento sea contradictorio, aunque la aplicación de esta garantía procesal no tenga el mismo alcance que en el derecho común. Porque, contrario a lo que sostienen muchos, cuando se acciona en inconstitucionalidad el juicio no es exactamente contra la norma, sino contra el órgano que la dictó, a quien, en cierta forma, se le imputa haber dictado un acto al margen de la Constitución o de haber hecho una incorrecta interpretación de ésta.

Comunicándole la instancia al órgano que la dictó y creando un mecanismo de publicidad que permita que los interesados puedan participar en calidad de coadyuvantes, por una parte, el órgano competente para conocer la acción, puede recibir informaciones y explicaciones útiles, y, por otra parte, el proceso se hace más participativo y democrático, lo que se traduce en una mayor legitimación de la sentencia.

30. Legitimación para accionar en inconstitucionalidad

La acción en inconstitucionalidad por la vía directa puede interponerla, según el artículo 185.1, el Presidente de la República, una tercera parte de los diputados o de los senadores y cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegida. Si comparamos el contenido de este texto con el de la anterior Constitución, advertimos cambios sustanciales. En efecto, conforme al artículo 67.1 de la anterior Constitución, podía accionar en inconstitucionalidad el Presidente de la República, los presidentes de las Cámaras del Congreso y una parte interesada.

No cabe duda que las novedades que consagra la Constitución vigente en el aspecto procesal que nos ocupa son sustanciales y relevantes. A dichas novedades nos referiremos en los párrafos que siguen.

a) Legitimación del Presidente de la República

La legitimación del Presidente de la República tiene su fundamento en el hecho de que representa uno de los poderes del Estado: el ejecutivo. En su calidad de titular del Poder Ejecutivo, puede interesarse en cuestionar la constitucionalidad de una ley que interfiera en el buen desenvolvimiento de la administración pública.

En la mayoría de los países el Presidente de la República o su equivalente está legitimado para accionar en inconstitucionalidad.

b) Legitimación de los legisladores

En la Constitución anterior los legisladores no podían accionar en inconstitucionalidad, tal facultad se le atribuía a los presidentes de ambas cámaras. Actualmente está legitimada una tercera parte de los miembros de una cualquiera de las Cámaras del Congreso Nacional. La nueva normativa sobre la materia es más democrática que la anterior.

Los presidentes de las Cámaras del Congreso, sólo representan al órgano cuando se trata de cuestiones administrativas o protocolares. Pero cuando se trate de tomar decisiones sus votos tienen el mismo valor que el de los demás legisladores. En este sentido, carecía de sentido atribuir a los mencionados presidentes la facultad de accionar en inconstitucionalidad.

Permitir que un grupo de diputados o de senadores accione en inconstitucionalidad por la vía directa tiene un

enorme valor democrático, porque permite a las minorías congresuales cuestionar las normas aprobadas por la mayoría al margen de los principios y valores constitucionales. Pienso, sin embargo, que exigir una tercera parte de una de las cámaras desnaturaliza el mecanismo, ya que dicho requisito sólo puede cumplirlo uno de los dos grandes partidos mayoritarios: Partido de la Liberación Dominicana (PLD) y Partido Revolucionario Dominicano (PRD). En efecto, el Congreso Nacional está integrado por ciento setenta y ocho diputados y treinta y dos senadores, de manera tal que la tercera parte de los primeros equivale a sesenta y tres y a once de los segundos.

Convencido de que un treinta y tres por ciento es un requisito que no pueden cumplir los partidos minoritarios, sugerimos, mediante carta pública y antes de la aprobación definitiva de la actual Constitución, que dicho porcentaje fuera reducido.³⁷⁰

En otros sistemas de justicia constitucional es más viable la institución que nos ocupa. En España, por ejemplo, el Congreso de los Diputados -equivalente a nuestra cámara de diputados -cuenta con 346 miembros y la Cámara de Senadores de 218 y sólo se exige para accionar en inconstitucionalidad la firma de cincuenta de los miembros de una cualquiera de dichas cámaras³⁷¹. Mientras que Francia cuenta con 577 diputados y 341 senadores y sólo se exigen sesenta diputados o sesenta senadores.³⁷² Otro ejemplo es Costa Rica que cuenta 57 diputados -no existe cámara de senadores- y sólo exige 10 diputados.³⁷³

Conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, mientras en nuestro país se exige el equivalente el 33 % de la matrícula

370 Dicha carta fue publicada en la edición del *Listín Diario* del 8 de septiembre del 2009, bajo el título "Carta pública a los legisladores."

371 Artículo 162 de la Constitución española.

372 Artículo 61 de la Constitución francesa.

373 Artículo 96 y 97 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.

de una cualquiera de las Cámaras del Congreso para accionar en inconstitucionalidad, en los países indicados se exige menos de un 21% en promedio. Sin dudas, se trata de diferencias extremas e injustificables, que no favorece la democracia.

Es muy lamentable que este mecanismo, vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, no dé los resultados esperados, como ha ocurrido en otros sistemas, como el francés, donde el control de constitucionalidad se dinamizó, después que la legitimación de los presidentes de las Cámaras del Parlamento fue atribuida a grupos de parlamentarios. (Véase al respecto el No. 11 p. 106)

c) Legitimación de los particulares

Las estadísticas revelan que la legitimación reconocida a las personas físicas y a las morales de derecho privado es la más relevante. En efecto, en los dieciséis años que tuvo de vigencia el sistema de control concentrado instaurado en la Constitución anterior, el Poder Ejecutivo ejerció la acción en una ocasión, mientras que los Presidentes de las Cámaras del Congreso nunca lo hicieron.³⁷⁴

En la Constitución anterior se dejó abierta la posibilidad de que una persona física o moral pudiera accionar en inconstitucionalidad. En efecto, el artículo 67.1 de dicha Constitución establecía que la acción en inconstitucionalidad podía ser incoada por cualquier “parte interesada”. Sin duda que la expresión “parte interesada” era vaga e imprecisa, realidad que dio lugar a controversia en la doctrina y en la jurisprudencia.

³⁷⁴ La única acción en inconstitucionalidad que ha interpuesto uno de los órganos políticos que se mencionan en el artículo 67.1 de la Constitución y específicamente el Presidente de la República, ocurrió el 28 de diciembre del 2001. Mediante dicha acción se le solicitó a la Suprema Corte de Justicia que examinara la constitucionalidad de la ley del 23 de diciembre del año 2001, que declaraba la necesidad de reformar los artículos 49, 55, 82, 89, 90, 117 y 118 de la Constitución de la República. En otra parte de esta investigación haremos algunos comentarios sobre la sentencia dictada en relación a dicha acción. Véase la Sentencia No. 1, del 3 de enero del 2002, Boletín Judicial 1094.

La primera sentencia en la cual la Suprema Corte de Justicia definió la noción de “parte interesada” fue dictada el primero de septiembre de 1995, en ocasión en que se cuestionaba la constitucionalidad de la ley del 11 de agosto de 1994 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, así como la reforma constitucional misma. Fue, precisamente, mediante la indicada reforma que se introdujo el modelo concentrado de control de constitucionalidad que estuvo vigente hasta que entró en vigencia la nueva Constitución, el 26 de enero del 2010.

La acción de referencia la interpuso un grupo de personas, y la Suprema Corte de Justicia la declaró inadmisibile, porque entendió que los mismos no reunían los requisitos para ser “parte interesada”. Conforme a dicha decisión para ser “parte interesada” era necesario: figurar como parte en una instancia administrativa o judicial o haber sido perjudicado con la ejecución de un acto emanado de uno de los poderes públicos en ejecución de una ley considerada inconstitucional. Ninguno de los requisitos mencionados los reunían los accionantes.³⁷⁵

Del examen del criterio sustentado en la mencionada sentencia se advierte que para la Suprema Corte de Justicia de la época la acción en inconstitucionalidad sólo procedía en dos eventualidades: cuando existiera un caso previo en la jurisdicción administrativa o judicial, o cuando se ejecutare un acto fundamentado en una ley considerada inconstitucional. De manera que desde esa óptica no había la posibilidad de que un particular pudiera promover una acción en inconstitucionalidad en abstracto, sino únicamente en concreto.

El criterio anterior varió desde el 6 de agosto de 1998, fecha en la cual la Suprema Corte de Justicia interpretó la noción de “parte interesada” de una manera más abierta,

375 Véase Boletín Judicial No. 1018, p. 52 y en particular la p. 55.

en la medida en que agregó dos hipótesis a las que fueron indicadas en la sentencia anterior. En efecto, además de la condición de parte en un proceso administrativo o judicial y el hecho de ser afectado por la ejecución de un acto dictado por uno de los poderes públicos, se comenzó a considerar como “parte interesada” a quienes justificaran tener un interés legítimo, directo y jurídicamente protegido, o a quienes actuaran como denunciante de la inconstitucionalidad de la ley, decreto resolución o acto, para lo cual se requerirá que la denuncia fuera grave y seria”.³⁷⁶

En la mencionada sentencia la Suprema Corte de Justicia sostuvo que: “Considerando, de otra parte, que en armonía con el Estado de Derecho que organiza la Constitución de la República y los principios que sirvieron de fundamento al constituirse la sociedad dominicana en nación libre e independiente, entre ellos el sistema de control de la constitucionalidad por vía de la excepción, hoy ampliado mediante la instauración en 1994, con el derecho de demandar la inconstitucionalidad de la ley por vía directa debe entenderse por parte interesada “aquella que figure como parte en una instancia, contestación o controversia de carácter administrativo o judicial, contra la cual realice un acto uno de los poderes públicos, basado en una disposición legal, pretendidamente inconstitucional, o que justifique un interés legítimo, directo y actual, jurídicamente protegido, o que actúe como denunciante de la inconstitucionalidad de la ley, decreto resolución o acto, para lo cual se requerirá que la denuncia sea grave y seria.”

El cambio jurisprudencial que se produjo mediante la indicada sentencia fue muy significativa, en particular, porque al admitirse la acción a todo aquel que quiera denunciar una infracción a la Constitución se dejó abierta la posibilidad para que pudiera hacerlo cualquier persona. En todo caso,

376 Véase el Boletín Judicial 1053, p. 6.

parece que el tribunal tenía interés en ponerle un límite a dicha legitimación, cuando indicó que "...se requerirá que la denuncia sea grave y seria"; sin embargo, dicha condición está vinculada al fondo más que a la calidad o admisibilidad de la acción.

Esta sentencia es compartida por algunos de nuestros constitucionalistas, y criticadas por otros. JORGE PRATS³⁷⁷ se encuentra entre los que la consideran positiva, ya que entiende que con ella se consagró "...una verdadera acción popular que garantiza el derecho constitucional a todo individuo a denunciar la inconstitucionalidad y a proteger así no sólo un derecho subjetivo violado sino garantizar el ordenamiento constitucional, actuando como verdadero centinela de la Constitución y de las leyes."

Mientras que ADRIANO M. TEJADA³⁷⁸ no la comparte y en relación a la misma sostiene "Como se puede ver la última decisión de la Suprema Corte de Justicia que comentamos amplió el concepto de "parte interesada" de manera desproporcionada, a nuestro juicio, ahora, una "parte interesada" no es solamente aquella que "justifique un interés legítimo, directo y actual, jurídicamente protegido", que es la definición clásica de interés, sino que se considera también como parte interesada al "denunciante" del vicio de inconstitucionalidad de la norma, estableciendo como único requisito que la denuncia sea "grave y seria" apreciación que, por supuesto queda en manos de los jueces."

377 Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, pp. 341-342. La acción popular es un mecanismo que permite a cualquier ciudadano incoar la acción en inconstitucionalidad cuando entienda que una norma viola la Constitución, sin necesidad de demostrar ningún interés personal. Las figura es considerada una creación del constitucionalismo colombiano. En efecto, según Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 401, "Fue el acto legislativo número 3 de 1910 el que vino a establecer, por primera vez en el mundo, como se ha señalado la acción de inexecutable, llamada acción pública, por cuanto está abierta a todos los ciudadanos."

378 Adriano Miguel Tejada, entrevista publicada en la Revista *Gaceta Judicial*, bajo el título "Los juristas y la Constitución". Año 3, No. 65, septiembre 1999, pp. 10-11.

ADRIANO M. TEJADA³⁷⁹ entiende, además, que como en nuestro sistema coexisten los dos modelos de control judicial de constitucionalidad "... parece muy cuesta arriba que pueda ampliarse indiscriminadamente una atribución que debiera estar limitada a los intereses legales de las partes."

En una reciente sentencia, la Suprema Corte de Justicia volvió a abordar el tema de "parte interesada" y varió significativamente su jurisprudencia. Nos referimos al caso "The Sunland Corporation, R. D., S.A." fallado en fecha 18 de diciembre del 2008.³⁸⁰

En la especie, el señor FIDEL SANTANA Y COMPARTE así como el PARTIDO REVOLUCIONARIO DOMINICANO (PRD),³⁸¹ incoaron una acción en inconstitucionalidad por la vía directa contra el "contrato de obras prioritaria para el Estado Dominicana, suministro de materiales y equipos suscrito entre el Gobierno de la República Dominicana y la empresa The Sunland Corporation, R.D., S. A." fundamentado en que dicho contrato fue formalizado sin haber sido sancionado por el Congreso, a pesar de que del mismo se derivaba una deuda pública .

Mediante la referida sentencia se declaró inadmisibile la acción en inconstitucionalidad en el entendido de que los accionantes no eran parte interesada y, en consecuencia, carecían de legitimación.

Para la mayoría de los miembros de la Suprema Corte de Justicia, en los casos como los de la especie, sólo tiene calidad para defender la supremacía de la Constitución uno de los presidentes de las cámaras legislativas.

379 Ob. cit. p. 10.

380 Por la importancia que tiene la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el 18 de diciembre del 2008, en el anexo 4 de esta obra transcribimos los argumentos sustentados por la mayoría de los integrantes del tribunal, así como los de los magistrados disidentes y los de los que salvaron sus votos.

381 El señor Fidel Santana es el líder de una organización popular denominada "Foro Alternativo"; mientras que el Partido Revolucionario Dominicano ha estado en el poder en tres ocasiones y actualmente es el principal partido de oposición.

La referida decisión no fue tomada a unanimidad, más bien los votos estuvieron muy divididos y la tesis de la inadmisibilidad se impuso por el voto de calidad del presidente de la Suprema Corte de Justicia. (Buscar texto en la ley orgánica de la Suprema Corte de Justicia)

En efecto, de un total de dieciséis jueces tres emitieron votos disidentes, y cinco lo salvaron.

Los magistrados disidentes sostuvieron que la noción de parte interesada equivale en nuestro sistema a una acción popular, que permite a cualquier persona física o moral denunciar las violaciones que se infrinjan a la Constitución y que en ese orden los accionantes, en el caso que nos ocupa, tenían legitimación.

En lo que concierne a los votos salvados, los sustentantes de los mimos entendieron, por una parte, que la inadmisibilidad no debía fundamentarse en la falta de calidad, sino en el hecho de que el contrato objeto de la acción en inconstitucionalidad ya se había dejado sin efecto por decisión de las partes. Y, por otra parte, que a pesar de que la acción en inconstitucionalidad era inadmisibile procedía conocer el fondo de la misma, porque la materia constitucional no puede verse limitada por los formalismos del derecho común.

Volviendo sobre la decisión tomada por la mayoría, no cabe duda de que se trata de un fallo errático y regresivo, en la medida en que restringe considerablemente la legitimación de los particulares para defender la supremacía de la Constitución, restricción que se produce en la especie menos adecuada.

Efectivamente, la legitimación de los ciudadanos para defender las violaciones constitucionales adquiere relevancia en la medida en que puede servir para compensar la apatía de los órganos políticos.

En este sentido, si bien es cierto que en los casos en que se viole el principio de división y de distribución de competencia, el poder al cual se le han usurpado las funciones es el más idóneo para reclamar el imperio de la Constitución, pero, en modo alguno, debe implicar que los particulares no puedan accionar.

No cabe duda que la noción de “parte interesada” es muy ambigua y abierta, realidad que es la que explica las diversidades de interpretaciones. Dada la situación anterior nos parece conveniente hacer el intento de descubrir cuál fue la intención del constituyente de 1994.

Pues bien, conforme consta en el acta levantada en la Sesión 2 celebrada por la Asamblea del Congreso reunida con la finalidad de reformar la Constitución de la República el 13 de agosto de 1994, la primera propuesta hecha en relación al artículo 67.1 sugería que la Suprema Corte de Justicia tuviera, entre otras atribuciones la de conocer “(...) de la constitucionalidad de las leyes y de los proyectos de ley, a instancias del Poder Ejecutivo o de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional.”³⁸²

Hecha la propuesta anterior, en la cual está ausente la noción de “parte interesada”, el diputado Vinicio Alfonso Tobar Ureña sugirió que la Suprema Corte de Justicia tuviera competencia para conocer: “(...) de la constitucionalidad de las leyes a instancias del Poder Ejecutivo o de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada.”³⁸³

Este nuevo texto introdujo la noción de “parte interesada” y reducía el objeto del control de constitucionalidad a las leyes, eliminado los proyectos de leyes. De las dos innovaciones sólo

382 Véase Sesión 2 celebrada por la Asamblea del Congreso, reunida con la finalidad de reformar la Constitución de la República, el 13 de agosto de 1994, p. 142.

383 Véase Sesión 2 celebrada por la Asamblea del Congreso, reunida con la finalidad de reformar la Constitución de la República, el 13 de agosto de 1994, pp. 143 y 144.

nos interesa la segunda, ya que a la primera nos referimos en los párrafos anteriores. Es muy lamentable que el autor de la importante innovación no haya motivado su propuesta.

El vacío dejado por el autor de la propuesta fue llenado, parcialmente, por el senador Max Puig, quien en ocasión de apoyar la moción que comentamos sostuvo: “(...) Por otra parte, me identifico asimismo con el Diputado Tobar por la extensión que hace en cuanto al derecho que tendrían los particulares para argüir a su favor la inconstitucionalidad de la ley porque yo creo que esto puede ser un aporte de mucha trascendencia al sistema jurídico dominicano.”³⁸⁴

Aunque la explicación que se da es muy lacónica, me parece que la noción de “parte interesada” no fue concebida pensando en que cualquier ciudadano pudiera denunciar violaciones a la Constitución, sino en el caso en que una ley afectara los intereses del ciudadano. En efecto, el mencionado senador concibió el mecanismo como una vía para que los particulares pudieran: “...argüir a su favor la inconstitucionalidad de la ley.” La expresión “a su favor”, es relevante, porque puede referirse a aquellos casos en que una norma o acto de uno de los poderes públicos viole derechos y libertades fundamentales.

Desde nuestro punto de vista, la tesis restrictiva encuentra mayor referencia en el derecho comparado, porque normalmente el mecanismo de la acción en inconstitucionalidad, vía el control concentrado, no es una figura popular, ya que, la generalidad de los individuos no se interesa por los problemas constitucionales en abstracto, los cuales en la mayoría de los casos tiene una profundidad que lo convierten en materia de especialistas. La cara opuesta a la acción en inconstitucionalidad es el recurso de amparo previsto para proteger los derechos fundamentales; en otras

384 Véase Sesión 2 celebrada por la Asamblea del Congreso, reunida con la finalidad de reformar la Constitución de la República, el 13 de agosto de 1994, p. 144.

palabras, este último es el recurso de la cotidianidad y por esta razón no debe ser muy abierto y desprovisto de formalismos innecesarios.

Lo anterior es lo que explica que en sistemas que constituyen paradigmas para el mundo, como es el caso del alemán, el particular sólo puede acceder al Tribunal Constitucional Federal cuando se le ha violado un derecho fundamental; o el español en el cual está legitimado el defensor del pueblo cuando fuere necesario defender un derecho fundamental; o el sistema costarricense, caso en el cual el ciudadano puede acceder a la Sala Constitucional cuando exista una violación a un derecho difuso o un derecho colectivo.

No obstante lo anterior, somos partidarios de que se continúe aplicando la noción de parte interesada, como si se tratara de una acción popular, ya que por las debilidades que acusa nuestro sistema no es conveniente que la defensa de la Constitución dependa, exclusivamente, de órganos políticos.

La práctica constitucional de los últimos catorce años avala lo expuesto en el párrafo anterior, ya que, de todas las acciones en inconstitucionalidad que hasta la fecha se han incoado, solamente una fue interpuesta por un órgano político, en particular el Presidente de la República.

En la actual constitución, el constituyente derivado sustituyó la noción de “parte interesada por la de “cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido.”³⁸⁵

Con la nueva expresión se advierte un interés del constituyente en reivindicar el criterio restrictivo defendido por la Suprema Corte de Justicia en la referida sentencia de 1995. Decimos esto porque al establecer el requisito

385 Véase la parte *in fine* del artículo 185.1 de la Constitución dominicana.

del interés legítimo y jurídicamente protegido, el particular, persona física o moral, que acciona en inconstitucionalidad tiene la obligación de demostrar que la norma cuestionada afecta un derecho que le está jurídicamente protegido. En tal sentido, siguiendo la lógica y tal vez la intención del constituyente, no le bastará al accionante demostrar que tiene interés en denunciar una violación a la Constitución. En otras palabras, lo que se ha querido es eliminar la institución de la acción popular, conforme a la cual el particular puede accionar en inconstitucionalidad fundamentado en la necesidad de salvaguardar los intereses generales y la supremacía de la Constitución.

En este orden RAMÍREZ MORILLO³⁸⁶, entiende que la actual Constitución consagra un sistema restringido de acceso al Tribunal Constitucional. Este sistema, a juicio del autor "...generó fuertes críticas en importantes sectores y personalidades que inciden en la opinión pública nacional, en el proceso de debate previo a la reforma constitucional, del 2010." Para el autor la mayoría de los críticos del nuevo sistema: "...no entendía, la verdadera misión de una jurisdicción constitucional. Por tanto, como una vía para garantizar los derechos fundamentales y hacer que los procesos judiciales tengan una marcha más rápida, debido a que el mismo implica una descentralización de las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, por el contrario, se hicieron la ilusión de que el Tribunal Constitucional sería un órgano que utilizarían para hacerle oposición al propio sistema jurídico y político, dedicándose a la labor de presentar recursos de inconstitucionalidad contra las normas jurídicas".³⁸⁷

El carácter restrictivo del nuevo sistema de justicia constitucional, en lo que concierne al acceso al Tribunal Constitucional ha sido asimilado por la Suprema Corte de Justicia, ya que ha sostenido que "...una persona tiene un

386 Berlarmino Ramírez Morillo, *Derecho constitucional dominicano*. Santo Domingo, República Dominicana, Fundación de Estudios Sociopolíticos y Económicos, 2010, p. 80.

387 Ob. cit., p. 80.

interés legítimo y jurídicamente protegido cuando demuestre ser titular de un derecho o interés consagrado por la Constitución de la República, leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, cuya violación sea susceptible de causarle un perjuicio”³⁸⁸ Tratase, sin duda, de una interpretación restrictiva.

Sin embargo, es conveniente destacar que las consecuencias negativas de dicha interpretación resultan significativamente mitigadas, en razón de que la Suprema Corte de Justicia conoció la acción en inconstitucionalidad.

Finalmente corresponderá al Tribunal Constitucional, interpretar la noción de “cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido”, tomando en cuenta, al mismo tiempo, el espíritu de la misma y la realidad política, social y cultural imperante en el país.

Si el Tribunal Constitucional mantuviera el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia, no habrá acciones en inconstitucionalidad o, en el mejor de los casos habrán muy pocas, a menos que, a pesar de la ausencia de legitimación, conozca de la acción en inconstitucionalidad, como lo ha venido haciendo la Suprema Corte de Justicia.

Nuestra apreciación se sustenta en las razones indicadas en las páginas 260-261.

31. Objeto de la acción en inconstitucionalidad

En la Constitución anterior el constituyente derivado fue muy lacónico al momento de establecer el objeto del control de constitucionalidad de la ley, ya que sólo se hizo referencia a la “ley”. Tal situación originó una interesante controversia.

³⁸⁸ Este criterio fue sustentado en la sentencia dictada el 19 de mayo del 2010, la cual aparece copiada en el anexo 3 de esta obra.

En efecto, al amparo del vieja Constitución se generó un debate, en torno al concepto “ley”. Una parte de la doctrina entendía que solo se hacía referencia a aquellas normas que aprueba el Poder legislativo, mientras que otra parte partía de una interpretación extensiva, y consideraba el concepto “ley” como cualquier norma de obligación general. En cabio la Suprema Corte de Justicia defendió, en una primera etapa, la tesis restrictiva y en una segunda etapa, la tesis extensiva.

La discusión tenía un trasfondo político, en la medida de que si se asumía que el objeto del control de constitucionalidad se limitaba a la ley en sentido estricto, quedarían fuera de dicho control los decretos dictados por el Poder Ejecutivo. Ello, y no otra razón, es lo que explica el interés que generó la cuestión en la doctrina nacional.³⁸⁹

En la actual Constitución el objeto del control de constitucionalidad está consagrado en el artículo 185.1, texto según el cual el Tribunal Constitucional tiene -cuando comience a funcionar y mientras tanto la Suprema Corte de Justicia- competencia para conocer de “...las acciones directa en inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos y ordenanzas...”

En este nuevo texto constitucional se recoge la tesis extensiva desarrollada por la Suprema Corte de Justicia, en la mencionada sentencia de 1998. En dicha sentencia el indicado tribunal estableció que la noción de ley debía interpretarse de manera extensiva y que en tal sentido el objeto del control de constitucionalidad no sólo abarcaba la ley adjetiva y de alcance general, sino también los decretos, reglamentos y resoluciones.

389 Para que se tenga una idea del alcance del debate desarrollado en lo que concierne a la noción de “ley”, en el anexo 5 de esta obra transcribimos lo que escribimos sobre el tema, en ocasión de la tesis presentada en la maestría en Derecho Constitucional y Justicia Constitucional Hispanoamericana, organizada por la Universidad Castilla La Mancha de España (UCLM) y la Universidad Estatal de Costa Rica (UCR). En la primera universidad fue presentada en abril 2009 y en la segunda el 12 de marzo del 2009.

No obstante lo anterior, hay un aspecto que la nueva Constitución no resuelve, me refiero al relativo a la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de la propia Carta Sustantiva. Este es un tema relevante, porque tanto en ocasión de la anterior reforma como en esta se interpusieron acciones en inconstitucionalidad con el objeto indicado.³⁹⁰

En lo que concierne a este tema, la Suprema Corte de Justicia sostiene que en aplicación del artículo 120 -anterior Constitución- no puede declarar nula la Constitución. En efecto, en una sentencia del año 1995 el tribunal estableció que “Considerando, que aún en el caso de que la ley del 11 de agosto de 1994, fuera susceptible de ser declarada nula, la Constitución de la República, votada y proclamada por la Asamblea Nacional, constituida en Asamblea Revisora de la Constitución, el 14 de agosto de 1994, no podría ser declarada nula por la Suprema Corte de Justicia, por aplicación del artículo 120 de la misma Constitución, que consagra una prohibición radical y absoluta en este sentido, al disponer: “ la reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma indicada en ella misma, y no podrá jamás ser suspendida por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamación pública”.³⁹¹

El criterio anterior fue reiterado en la sentencia dictada el 19 de mayo del 2010, en ocasión de una acción en inconstitucionalidad interpuesta contra ley No. 70-09 del 27 de febrero del 2009, mediante la cual se declaró la necesidad de reformar la Constitución anterior.³⁹² En efecto, en esta sentencia la Suprema Corte de Justicia estableció que: “Considerando, que aún en el caso de que la Ley núm. 70-09 pudiera ser declarada nula, la Constitución de la

390 En el No. 12.2, pp.137-147, hacemos un estudio del tema relativo al control de constitucionalidad de la propia Constitución en el sistema costarricense, al cual nos remitimos.

391 Véase sentencia No. 1 del 1 de septiembre de 1995, Boletín Judicial 1018, p. 159.

392 Esta sentencia aparece copiada íntegramente en el anexo 3 de esta obra.

República, votada y proclamada por la Asamblea Nacional Revisora en fecha 26 de enero de 2010, no sería susceptible de ser anulada por el Tribunal Constitucional, ya que, tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, equivaldría a subordinar la Constitución a los poderes que de ella dimanar y regula, con el consiguiente abatimiento del principio de la supremacía de la Constitución, además que se desconocería el artículo 267 de la misma que contiene una prohibición radical y absoluta en este sentido, al consagrar lo siguiente: “La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma indicada en ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares”.

Como se observa, la Suprema Corte de Justicia sustentó la primera decisión en el artículo 120 de la anterior Constitución y la segunda en el artículo 267 de la Constitución vigente, lo cual nos parece errado, ya que el contenido del mencionado texto pueden extraerse argumentos para justificar una posición contraria a la defendida en la sentencias de referencia. Ciertamente, el constituyente exige que la Constitución sea reformada siguiendo el procedimiento especial previsto por ella misma, de lo cual se desprende que de no seguirse dicho procedimiento la reforma estaría viciada y algún órgano debe sancionar dicho vicio. En realidad, lo que prohíbe el indicado texto es la suspensión de una Constitución que ha sido el resultado de un procedimiento regular.

Entorno a este tema, ADRIANOM. TEJADA publicó un artículo titulado “¿Puede ser inconstitucional la Constitución?”³⁹³, este autor llega a la conclusión de que es posible cuestionar la constitucionalidad de la propia Constitución, en aquellos casos en que las circunstancias no permitan una nueva reunión

393 Véase el trabajo de Adriano Miguel Tejada, titulado: “¿Puede ser inconstitucional la Constitución?” Revista CAPELDOM, volumen V, número 1, enero-abril 1995, pp. 51 y siguientes.

de la Asamblea Nacional, porque en tales circunstancias, la única alternativa que queda para limitar al poder político es acudir ante los tribunales.

Otras conclusiones interesantes a las cuales llega el mencionado autor es que las causales de la inconstitucionalidad de la Constitución pueden ser tanto de procedimiento como de fondo. En lo que se refiere a la última causal reconoce que es muy complicada, partiendo del principio aceptado de que cada generación tiene el derecho y el deber de darse su propia Constitución, aunque también entiende que “no es menos cierto que, al menos como lección histórica, existen principio cuya lesión produciría tal caos que es muy cuestionable si no debiera tener asiento permanente en la Constitución.”³⁹⁴ Entre esos principios menciona, a modo de ejemplo, el de supremacía constitucional.³⁹⁵

Finalmente, el mencionado autor entiende que “Para los países de precaria institucionalidad, (...) el reconocimiento de la Suprema Corte de Justicia o de una jurisdicción constitucional especializada, como guardiana final de esos grandes principios, sería un instrumento de enorme utilidad frente a situaciones de tranque social y político.”³⁹⁶

Nosotros compartimos la posición defendida por el autor, en el entendido de que negar la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la propia Constitución equivale a dejar abierta la eventualidad de que, por ejemplo, la Asamblea Nacional pueda modificar la Constitución siguiendo el mismo procedimiento previsto para las leyes adjetiva y, en consecuencia obviar el procedimiento agravado previsto en la propia Constitución. Esto sería, por otra parte, olvidar la

394 Adriano Miguel Tejada, ob. cit., p. 62.

395 *Ibíd.*

396 *Ob. cit.*, p. 63.

diferencia esencial que existe entre el poder constituyente y el poder constituido.

En lo que respecta a los vicios materiales o de contenido, en el caso de nuestro sistema existen las cláusulas pétreas o intangibles, las cuales no pueden ser alteradas en una reforma constitucional.³⁹⁷ De suerte que si la Asamblea Nacional desconoce dicha cláusula la reforma es nula. Lo anterior no quiere decir que estemos de acuerdo con la existencia de cláusulas pétreas, lo que ocurre es que tanto la anterior Constitución como la actual, la consagran y en consecuencia hay que respetarlas.

En realidad, preferimos el sistema español y el costarricense, en los cuales no existen dichas cláusulas, pero para poder modificar los aspectos sustanciales de la Constitución es necesario agotar un procedimiento extremadamente agravado.

Antes de finalizar este tema, queremos destacar que existen sistemas de justicia constitucional en los cuales el objeto del control de constitucionalidad no incluye las normas infralegales. En el español, por ejemplo, el artículo 106.1 de la Constitución establece que: “los Tribunales controlan la facultad reglamentaria”. Dicha regla no es, sin embargo, absoluta, ya que la referida competencia corresponde al Tribunal Constitucional, cuando el reglamento viole derechos y libertades fundamentales y cuando viole la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.³⁹⁸

La lógica que se sigue en los indicados sistemas es simple: en relación a las normas infralegales no se plantea un problema

³⁹⁷ Según el artículo 268 de la Constitución vigente, “Ninguna modificación a la Constitución podrá versar sobre la forma de gobierno que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo”.

³⁹⁸ Respecto de este tema, véase Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, pp. 163 y siguientes.

de constitucionalidad sino de legalidad, porque, en el caso del reglamento, por ejemplo, no existe una subordinación directa a la Constitución sino a la ley.

32. Parámetro de constitucionalidad: bloque de constitucionalidad

Aunque en principio pudiera pensarse que el único parámetro de control de la constitucionalidad es el conjunto de artículos que integran la Constitución, la realidad es que no es esta la tesis que ha prevalecido. En efecto, tanto en doctrina como en jurisprudencia se maneja el concepto de bloque de constitucionalidad³⁹⁹ o su equivalente, el derecho de la Constitución, término este último propio del constitucionalismo costarricense.

Partiendo del concepto de bloque de constitucionalidad o del derecho de la Constitución, se entiende que la Constitución no sólo está integrada por el conjunto de artículos que la conforman, sino también por los principios, valores y los tratados internacionales sobre derechos humanos que hayan sido ratificados por el órgano correspondiente; así como por cualquier otra norma, inclusive adjetiva, a condición de que trate sobre derechos fundamentales o cualquier otra materia de orden constitucional. De ahí que al momento de realizar el juicio de constitucionalidad, no sólo hay que tomar en cuenta las disposiciones del texto constitucional.

33. La sentencia constitucional

El tema de la sentencia constitucional fue abordado de manera general en la primera parte de este libro, (Véase No.13, p. 168) por esta razón, en esta ocasión nos vamos a limitar a hacer un análisis de las particularidades que acusa el sistema de justicia constitucional dominicano, luego de la entrada en vigencia de la actual Constitución.

³⁹⁹ Respecto del origen y significado de la noción “bloque de constitucionalidad” nos remitimos al No. 12.1 a, p. 124.

Lo primero que debemos resaltar es que la Constitución vigente se ocupa de la regulación de la sentencia, a diferencia de la anterior, que ignoró totalmente dicha cuestión.

En la actual Constitución se tratan dos aspectos relativos a la sentencia: la naturaleza y el carácter vinculante de la misma. Nada prevé, sin embargo, sobre una cuestión tan importante como la es la publicidad, en este sentido continuamos con el mismo déficit que acusaba la Constitución anterior.⁴⁰⁰

a) La autoridad de cosa juzgada de la sentencia

Sobre la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia constitucional, la doctrina y la jurisprudencia está conteste en que dicha características es atribuible a aquellas que son estimatoria o que acogen la acción en inconstitucionalidad, no así a las que rechazan la acción y menos aún a las que la declaran inadmisibles (Véase No.13 d, p. 175)

Para la Suprema Corte de Justicia la sentencia constitucional tiene autoridad de cosa juzgada, sin importar que se trate de sentencias desestimatorias o estimatorias. En efecto, el indicado tribunal estableció que: “Considerando, que por sentencia dictada por esta Suprema Corte de Justicia, el 19 de julio del 2000, se decidió que la ley 6-86 del 4 de marzo de 1986, no es contraria a la Constitución, por lo que no procede juzgar de nuevo la inconstitucionalidad de la misma, ya que la cuestión ha sido resuelta con carácter de cosa juzgada y con efectos *erga omnes*.”

La tesis jurisprudencial desarrollada por la Suprema Corte de Justicia se aparta de la línea jurisprudencial y doctrinal dominante sobre la materia que nos ocupa.

400 Según el artículo 184 de la Constitución vigente “Habrà un Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional, y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado...”

Conforme al indicado artículo 184 de la Constitución vigente, las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables, sin distinguir las estimatorias de las desestimatorias. Resulta evidente que los redactores de la nueva Constitución, al igual que la Suprema Corte de Justicia, no tomaron en cuenta, en este aspecto, los criterios doctrinales ni la línea jurisprudencial predominante.

A pesar de la claridad del referido texto, nos parece que bajo ninguna circunstancias puede considerarse definitiva e irrevocable una sentencia que declara inadmisibile una acción en inconstitucionalidad o, incluso, aquellas que rechazan la acción.

En este orden, entendemos que los redactores de la ley de la jurisdicción constitucional deben resolver la cuestión comentada. Es necesario que en dicha ley se establezca de manera expresa que las sentencias desestimatorias no adquieren el carácter de definitiva e irrevocable, de manera tal que la norma objeto de la acción en inconstitucionalidad declarada inadmisibile o rechazada pueda volverse a cuestionar.

Pensamos, igualmente, que independientemente de que la ley de la jurisdicción constitucional resuelva el problema que nos ocupa, el Tribunal Constitucional puede, mediante sentencia, establecer que sólo las sentencias estimatorias adquieren la autoridad irrevocable de la cosa juzgada, no así las desestimatorias y menos aún las que declaran inadmisibile la acción en inconstitucionalidad.

La conveniencia de que las sentencias desestimatorias no adquieran la autoridad irrevocable de cosa juzgada radica, esencialmente, en que una nueva acción en inconstitucionalidad contra la misma norma, puede tener argumentos distintos o que simplemente el Tribunal Constitucional cambie de criterio.

b) Carácter vinculante de la sentencia

El carácter vinculante de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional es un tema de mucha relevancia, porque lo que está en juego es el principio de supremacía de la Constitución, cuyo principal defensor es el Tribunal Constitucional. Admitir que la sentencia tiene carácter vinculante implica que los poderes públicos no puede reincorporar la norma anulada y los jueces deben interpretar el derecho siguiendo las directrices trazadas por dicho Tribunal. Por ello tiene razón JORGE PRATS⁴⁰¹, cuando sostiene que si no se reconoce el carácter vinculante a las sentencias el control concentrado pierde su razón de ser.

En este orden, LAFUENTE BALLE⁴⁰² entiende que en materia constitucional no tiene sentido la vieja distinción entre la interpretación jurisdiccional anglosajona y la continental, conforme a la cual la primera crea norma y la segunda no. Entiende el autor que el Tribunal Constitucional cuando acoge una acción en inconstitucionalidad crea una norma negativa y cuando dicta una sentencia interpretativa crea una norma positiva.

Si partimos del criterio expuesto en el párrafo anterior, con el cual nos identificamos, el carácter vinculante de las sentencias constitucionales no puede admitir discusión, toda vez que toda norma se caracteriza por ser general y de cumplimiento obligatorio.

El artículo 184, transcrito anteriormente, establece que la sentencia constitucional tiene carácter vinculante en relación a todos los poderes públicos. La consagración expresa del carácter vinculante de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional es muy importante, tomando en cuenta que

401 Eduardo Jorge Prats, ob. cit., p. 369.

402 José Ma. Lafuente Balle, "La jurisdicción de la interpretación constitucional", citado por Eduardo Jorge Prats, ob. cit., pp. 370 - 371.

nuestro ordenamiento jurídico pertenece a la familia germano románico, en la cual los precedentes no se les imponen a los jueces inferiores. Cada juez es libre de interpretar la norma aplicable al caso, y sólo tomará en cuenta los precedentes si los comparte.

La pertinencia de la previsión que nos ocupa no admite cuestionamiento, sin embargo, entendemos que, al igual que como ocurre en el sistema costarricense, (Véase el No. 13 e, p. 180) el carácter vinculante no debe alcanzar al Tribunal Constitucional. La esencia de este órgano es la dialéctica, es un órgano vivo que debe evolucionar, en la misma medida que lo hace la sociedad. Si no se adapta y transforma, se convierte en un estorbo para el sistema social y democrático de derecho.

El precedente no puede constituirse en una camisa de fuerza para el órgano que lo establece, por el contrario, conviene dejar abierta la posibilidad de que la jurisprudencia evolucione, cuando razones objetivas así lo aconsejen. El definitiva, entendemos que en la ley de la jurisdicción constitucional debe establecerse que el carácter vinculante de la sentencia no alcanza al Tribunal Constitucional.

c) Publicidad de la sentencia

La sentencia constitucional se asimila a una ley negativa, en este sentido se considera necesario que los sistemas de justicia constitucional prevean mecanismos de publicidad, sino iguales, al menos parecidos aquellos que se contemplan para dar a conocer las leyes dictadas por el Poder Legislativo. No conviene a la seguridad jurídica y a la administración de justicia, que los jueces encargado de aplicar el derecho común y la comunidad jurídica en general ignore las sentencias constitucionales. (Para mayor edificación sobre el tema nos remitimos al No. 13 f, p. 182).

En materia de publicidad de la sentencia constitucional tenemos un vacío, en la medida que ni la Constitución anterior ni la actual consagran un sistema de publicidad. En este sentido, el único mecanismo mediante el cual la comunidad jurídica puede enterarse de las sentencias es a través del boletín judicial, órgano de difusión de las sentencias que dicta la Suprema Corte de Justicia y que fundamentalmente circula entre jueces, fiscales y abogados en ejercicio. Este medio de difusión no es adecuado, cuando se trate de sentencias constitucionales, las cuales deben ser conocidas más allá del ámbito judicial, por tratarse de verdadera leyes, en particular cuando son estimatorias y anulan parte o la totalidad de la norma jurídica cuestionada.

Pensamos que esta es otra de las cuestiones que debe resolver la ley de la jurisdicción constitucional. Es necesario que se establezca un mecanismo de publicidad similar al que existe para las leyes adjetivas y los decretos dictados por el Poder Ejecutivo, como existe en otros ordenamientos.

CAPÍTULO VII

El control difuso de la constitucionalidad de la ley

Capítulo VII

El control difuso de la constitucionalidad de la ley

El fundamento del control difuso aparece en la primera Constitución del año 1844 y se mantuvo en todas las reformas hasta el año 1924, cuando, como ya lo hemos indicado, se instauró el control concentrado de constitucionalidad que rigió hasta la reforma de 1927. Actualmente el control difuso está consagrado en el artículo 188 de la Constitución vigente, texto según el cual: “Los tribunales de la República conocerán de la excepción de inconstitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento.”

El texto de referencia constituye una novedad, ya que las Constituciones anteriores no consagraban de manera expresa el modelo de control de constitucionalidad que nos ocupa. Oportuno es destacar que ello no constituyó un obstáculo para su implementación.

En los párrafos que siguen abordaremos tanto aspectos adjetivos como sustantivos. En cuanto a los primeros analizaremos varios elementos vinculados al procedimiento y, en cuanto a los segundos los actos que quedan fuera del ámbito de esta modalidad de control constitucional y la sentencia.

A) Aspectos adjetivos: el procedimiento en materia de control difuso

El procedimiento mediante el cual se implementa el control difuso se distingue: porque el cuestionamiento de constitucionalidad surge como un medio de defensa en ocasión de un litigio; porque el juez debe conocerlo con prioridad al fondo y, además, porque puede ser invocado por una de las partes o de oficio.

34. Carácter previo del control difuso

El carácter previo del control difuso ha sido reiterado mediante varias sentencias de la Suprema Corte de Justicia, siendo la más reciente la del año 1987. En efecto, la Suprema Corte de Justicia estableció que si en el curso de un proceso se cuestiona la constitucionalidad de una norma, el juez apoderado del caso debe sobreseer el conocimiento del fondo del litigio de que se trate y examinar con prioridad el planteamiento de constitucionalidad.

En este orden de ideas, PELLERANO GÓMEZ⁴⁰³ entiende que como la Constitución tiene preeminencia, la excepción de inconstitucionalidad debe resolverse como cuestión previa, lo cual, a su juicio, “obliga al sobreseimiento del fondo del proceso hasta tanto se decida la cuestión de constitucionalidad. Esto es así porque la controversia sobre la constitucionalidad de la norma es una cuestión incidental previa a ser juzgada con anterioridad a su aplicación al caso de que se trate.”

Se trata de una exigencia que deriva de la propia lógica del procedimiento. En efecto, si una de las partes o el juez de oficio entiende que la norma pertinente para el caso entra en colisión con la Constitución debe resolver dicha cuestión con prioridad al fondo, porque la decisión que se tome al respecto tendrá incidencia, necesariamente, sobre lo principal. Ciertamente, si el tribunal llega a la conclusión de que la norma es inconstitucional desaparecería el fundamento legal de la demanda de que se trate.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, nada impide que se instruya el proceso y que al momento de estudiar y fallar el caso se le dé prioridad a la excepción de inconstitucionalidad. Lo anterior es más viable en materia civil, en la cual el proceso es esencialmente escrito y no tiene la complejidad propia de la materia penal.

403 Juan Manuel Pellerano Gómez, *El control judicial de la constitucionalidad*, p. 24.

Por otra parte, en materia civil existen incidentes procesales que deben resolverse con prioridad a la excepción de inconstitucionalidad. Estas hipótesis son, por ejemplo, la competencia del tribunal, la inadmisión o la nulidad de la demanda. Tales cuestiones procesales pueden resolverse primero, porque no depende de lo que se decida en relación a la inconstitucionalidad y sobre todo, porque si se acoge el primero de los incidentes, es decir, la incompetencia, el tribunal quedaría inhabilitado para examinar la constitucionalidad de la norma. El examen de inconstitucionalidad tampoco es posible si la demanda se anula o se declara inadmisibile, porque desaparece la cuestión principal; Ante cuya inexistencia no es posible implementar el control difuso de constitucionalidad.

Como nada impide que pueda instruirse el caso y, además, como pueden presentarse incidentes del procedimiento, entendemos que lo más apropiado es decir que la excepción de constitucionalidad es previa a la solución del fondo del caso en ocasión del cual surge la misma.

35. Carácter incidental

El carácter incidental del control difuso está vinculado al elemento examinado en el párrafo anterior, en la medida en que supone que la norma es cuestionada en ocasión de un litigio. De manera que estamos en presencia de un control concreto, y el juez o los jueces no pueden conocer sobre la constitucionalidad de la norma de manera abstracta.

En este sentido, en reiteradas ocasiones la Suprema Corte de Justicia ha establecido que el juez que examina la constitucionalidad de una norma fuera de un caso específico viola el principio de la separación de los poderes.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Véase sentencias del 15 de marzo de 1969, Boletín Judicial 670, p. 608, citadas por Eduardo Jorge Prats, *Derecho Constitucional*, p. 322.

De lo anterior resulta que el control difuso sólo puede tener lugar en presencia ocasión de un litigio, de lo contrario no puede ser implementado. Tal requisito no tiene mayores complicaciones en el actual sistema, ya que no sólo existe el control difuso sino el control concentrado; de manera que cualquier persona, física o moral, que reúna los requisitos previstos en el artículo 185 de la Constitución vigente puede cuestionar la constitucionalidad de una norma jurídica por la vía directa, es decir, en ausencia de litigio.

Otra era la situación antes de 1994, año en que surge el control concentrado, ya que la única vía para cuestionar la inconstitucionalidad de la norma era la incidental, circunstancia que hacía imprescindible la existencia de un caso previo. La dificultad indicada quedó evidenciada en ocasión del caso “colegiación de los periodistas” del 1 de septiembre de 1983, no existía ningún litigio ante los tribunales en el cual la ley 148 sobre la materia fuera pertinente, pero varios medios de comunicación entendía que la misma era inconstitucional y tenían interés en cuestionarla.

Para superar el obstáculo procesal que suponía la inexistencia de litigio, los interesados en cuestionar la constitucionalidad de la referida ley tuvieron el ingenio de autoincriminarse e inventar un proceso penal.

El asunto llegó hasta la Suprema Corte de Justicia, tribunal que mediante sentencia del 1 de septiembre de 1989, decidió lo siguiente: “Considerando, en cuanto a la violación de los artículos 147, 180 y 182 del Código de Procedimiento Criminal, materia del primer medio de casación; que tal como lo exponen los recurrentes, si bien el primero de los artículos por el que se prevé la comparecencia personal como forma de apoderamiento de la jurisdicción penal, fue concebido para regular la materia de simple policía, es constante que dicho texto ha sido generalmente aplicado para suplir el silencio en la materia correccional; que además, en el caso

que se examina, para mayor abundamiento, la actuación del ministerio público ante el Juez de Primera Grado, lejos de impugnar la actuación, dejó ratificado dicho apoderamiento en todos los actos de sus funciones, que en tal virtud, procede acoger válido el medio que se examina y casar el fallo impugnado en ese aspecto.”

Cumplido el requisito del caso previo, conforme el criterio de la Suprema Corte de la época, se creó la condición para que los interesados pudieran invocar como medio de defensa la inconstitucionalidad de la indicada ley, la cual fue anulada por dicho tribunal.⁴⁰⁵

Oportuno es señalar que la Suprema Corte de Justicia no tenía potestad para anular la referida ley, sino que debió limitarse a declararla inaplicable, en razón de que fue apoderada de una excepción de inconstitucionalidad y no de una acción directa en inconstitucional.

36. El tribunal competente

Después de lo expuesto en los párrafos anteriores, en torno a las características del control difuso, la determinación del tribunal competente es muy obvia. En efecto, este control puede ser ejercido por cualquier juez que esté apoderado de un litigio en el cual la norma objeto de dicho control tenga relevancia para la solución del mismo. No importa que se trate de un juez especializado o no, como tampoco importa la jerarquía que este tenga.

La Suprema Corte de Justicia, al interpretar el artículo 46 de la Constitución que sirve de fundamento al control difuso, estableció que la nulidad de pleno derecho de las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos y actos contrarios a la Constitución, corresponde a todos los jueces.

405 Véase Boletín Judicial No. 946, p. 1181.

En efecto, mediante la sentencia del 15 de marzo de 1969, la Suprema Corte de Justicia estableció que: “Considerando, que de conformidad con los principios de nuestro Derecho Constitucional, todo tribunal ante el cual se alegue la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, como medio de defensa, tiene competencia y está en el deber y la obligación de examinar y ponderar dicho alegato como cuestión previa al resto del caso.”

Aunque en el caso resuelto mediante la sentencia de referencia, una de las partes invocó la inconstitucionalidad, ello no significa que el juez no pueda hacerlo de oficio. Por el contrario, históricamente se le ha reconocido competencia al juez para inaplicar de oficio una norma inconstitucional.

En este sentido, la comisión redactora del proyecto de reforma constitucional del año 1942 propuso en la Constitución la posibilidad de que: “El examen de constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones o reglamentos o actos de cualquier naturaleza pueda promoverse como simple alegato en toda controversia entre partes, de cualquier estado de causa o hacerse de oficio por el juez apoderado del litigio, en razón de que ese examen es necesario para que el juez pueda decidir la contestación conforme a derecho y en ejecución de las disposiciones expresa del artículo 40 de la Constitución del Estado.”

A pesar de que un texto como el propuesto por la indicada comisión nunca ha sido consagrado en la Constitución, vacío del que adolece la Constitución actual, en varias ocasiones la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que el juez puede invocar la excepción de inconstitucionalidad de oficio. Así por ejemplo mediante sentencia del 16 de diciembre de 1983 estableció que: “...en presencia de una ley, reglamento o acto contrarios a la Constitución puede y debe pronunciar su nulidad aunque no lo hayan promovido las partes envueltas en el mismo, esto es de oficio...”

Recientemente la Cámara de lo civil de la Suprema Corte de Justicia declaró, de oficio, no conforme con la Constitución un artículo del Decreto No. 4807 de 1959. Nos referimos a la decisión dictada el 18 de diciembre del 2008.

En el artículo 3 de dicho decreto se establece que el propietario de un inmueble alquilado no tiene derecho a resolver el contrato de inquilinato fundamentándose en la llegada del término. Mediante la indicada disposición se derogó el artículo 1737 del Código Civil, texto según el cual “El arrendamiento termina de pleno derecho a la expiración del término fijado, cuando se hizo por escrito, sin haber necesidad de notificar el desahucio.”

En el mencionado artículo 1737 se consagra, sin dudas, la causa más razonable y natural de resolución de cualquier contrato, porque se trata de una causal cierta y prevista de manera voluntaria por las partes, lo cual proscribía la sorpresa y la eventualidad y permite a los contratantes prever y remediar inconvenientes económicos y de cualquier otra naturaleza que puedan derivar de la resolución contractual.

Lo que explica el contenido del mencionado artículo 3 del también mencionado decreto es el déficit habitacional advertido por el Presidente de la República de la época. El razonamiento que se hizo fue el siguiente: al eliminarse la llegada del término como causa de resolución del contrato de inquilinato se conjuraba dicho déficit, en la medida que el inquilino tenía la posibilidad de permanecer en el inmueble a pesar de que el plazo previsto hubiere llegado a su fin.

Ante el tribunal de fondo el mencionado artículo 3 fue aplicado, sin embargo, mediante la sentencia que analizamos dicho texto fue declarado, de oficio, no conforme con la Constitución por las razones siguientes: a) porque la situación de emergencia que justificaba el texto analizado había desaparecido y porque el mantenimiento del mismo

convertía el contrato de arrendamiento en una enfiteusis con características de perpetuidad, lo cual limitaba y restringía el derecho de propiedad que tiene rango constitucional.

La declaratoria de inconstitucionalidad pronunciada de oficio por la indicada Cámara de la Suprema Corte de Justicia, nos parece correcto, porque como nos dice SAGUÉS, si le quitamos la posibilidad al juez de que declare inconstitucional de oficio una norma, lo colocamos en la incongruente posición de desaplicar la misma norma inconstitucional en un caso y de aplicarla en otro, dependiendo de si una parte lo invoca o no.

Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que en todos los casos en que un juez decide un aspecto de oficio, viola el principio universal de la contradicción y el derecho de defensa, salvo que antes de dictar sentencia, ponga a las partes en condiciones de referirse a la cuestión. Esta solución ha sido consagrada en algunas legislaciones.

B) Aspectos sustantivos

Dos cuestiones abordaremos en esta parte: los casos que no se incluye en el control de constitucionalidad y la sentencia.

37. Cuestiones no controlables

En el capítulo IV tratamos el tema relativo a autocontrol o *self-restrain*, una institución que tiene su origen en el constitucionalismo estadounidense y que ha permitido a la Corte de Casación de los Estados Unidos de América abstenerse de conocer las denominadas “cuestiones políticas.”

Dado el hecho de que el tema ya fue tratado, baste decir aquí, que tradicionalmente la Suprema Corte de Justicia

ha considerado la materia electoral como no controlable, dictando al respecto varias sentencias.

A modo de ejemplo, podemos citar el caso “Partido Revolucionario Dominicano”, (PRD) del 20 de julio de 1978. En este caso el indicado partido político cuestionó una resolución de la Junta Central Electoral, mediante la cual el indicado órgano rechazó las impugnaciones relativas a las elecciones celebradas el 16 de mayo de 1978.

La Suprema Corte de Justicia se abstuvo de conocer el referido caso en el entendido de que ni la Constitución ni las leyes le daban facultad para ello. En efecto, el indicado tribunal sostuvo que: “atendido, a que por todo lo expuesto, es de toda evidencia, que la Suprema Corte de Justicia, no tiene ingerencia algunas en las actividades de los procesos electorales, no obstante cualquier violación a la Constitución y a las leyes que en una decisión de la Junta Central Electoral pueda haberse incurrido; que como consecuencia, tampoco pueden ser acogidas las conclusiones subsidiarias, de la organización política exponente...”

La razón por la cual la Suprema Corte de Justicia se abstuvo de conocer el caso fue básicamente, porque ninguna ley ni la Constitución la facultaba para ello.

Como es evidente, se trata de una sentencia en la que prácticamente no se desarrolla ninguna teoría jurídica ni política, razón por la cual nos limitamos a sostener, como lo hicimos en el capítulo IV, que el control de constitucionalidad debe alcanzar cualquier violación constitucional.

38. La sentencia en el control difuso

El control difuso, a diferencia del control concentrado, no es abstracto sino en concreto. De lo anterior resulta que el juez mediante este control no anula la norma sino que la inaplica por considerarla contraria a la Constitución.

Por otra parte y también como consecuencia de lo anterior, la sentencia estimatoria sólo tiene efecto en relación a las partes y en relación al caso en el cual se presentó la inconstitucionalidad, es decir, que su efecto no es *erga omnes* sino relativo.

Lo concerniente al efecto relativo de las sentencias dictadas en el ámbito del control difuso es un tema pacífico, salvo que la cuestión llegue a la Suprema Corte de Justicia, eventualidad en la cual una parte de la doctrina entiende que el efecto de la sentencia sigue siendo relativo, mientras que otra parte sostiene que tiene efectos *erga omnes*.

Para PELLERANO GÓMEZ, “La autoridad *erga omnes* de las sentencias dictadas bajo el control difuso sólo debe ser admitida en los casos en que el más alto tribunal haya tenido la última palabra sobre la cuestión de constitucionalidad mediante su decisión en el recurso de casación de que haya sido apoderada, y a la vez haya pronunciado la nulidad de la ley incriminada. A sus sentencias desestimatorias dictada bajo el control difuso no debe reconocérseles ese carácter debido a que se impediría a otros litigantes el libre acceso a la ley sustantiva y obstaculizaría la implantación de una interpretación evolutiva que adapte el texto de la Constitución a situaciones históricas cambiantes.”

En cambio para ADRIANO M. TEJADA, la sentencia, aunque haya sido dictada por la Suprema Corte de Justicia, tiene efectos relativos. Según dicho autor “(...) la decisión de la Suprema Corte de Justicia o de cualquier otro tribunal, si esta última no es cuestionada y adquiere la fuerza de la cosa irrevocablemente juzgada, mantendrá su carácter relativo y la ley atacada permanecerá vigente hasta una disposición legislativa en contrario, en virtud del principio de la separación de los poderes establecida en el artículo 4 de la Constitución.”

En torno a esta controversia, nosotros pensamos que si la Suprema Corte de Justicia tiene competencia para declarar inconstitucional una ley por la vía concentrada, su sentencia debe tener efectos erga omnes, cuando por la vía difusa la cuestión constitucional llega hasta ella. Ello así porque lo relevante no es si se trata del control difuso o del concentrado, sino de quién dicta la sentencia. De manera que siendo la Suprema Corte de Justicia la máxima intérprete de la Constitución, siempre debe tener la última palabra en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

AMIAMA, A. Manuel, *Notas de derecho constitucional*. 6ta. edic. revisada y ampliada por Raymundo Amaro Guzmán, Santo Domingo, República Dominicana: Editorial Tiempo, S.A., 1995.

BREWER-CARIAS, Allan R, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, [et al.], *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: Mc Graw Hill, 2000.

CARRIÓ, Genaro R., *Una defensa condicionada del judicial review*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando, *Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica: las cuestiones de constitucionalidad*. San José, Costa Rica. Tesis doctoral, Universidad Escuela Libre. San José Costa Rica, 2002.

FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*. 1ra. edic. española, Trad. Vicente Villacampa, de la 2da. edic. francesa, 1992. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

FAVOREU, Louis, [et al.], *Droit Constitutionnel*. 3ra. edic. París: Dalloz, 2000.

FERNÁNDEZ JURADO, Julio. *Jueces y Constitución en Costa Rica*. San José, Costa Rica: Editorial Juriscentro, 2003.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Editorial DYKINSON, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Terradillo Bosoco y Rocío Cantarero Bandrés, 4ta. edic. española, Valladolid: Editorial Trotta, 2000.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *El juicio de amparo y el derecho procesal constitucional*. Santo Domingo, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, mayo del 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma*. Reimpresión de la 3ra. edic. Madrid: Civitas, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, [et al.], *Curso de Derecho Administrativo*. 1ra. edic. argentina y duodécima edición española, 2 tomos. Buenos Aires: Thomson Civista, t. I, 2006.

GROS ESPIELL, Héctor, *El Derecho Internacional en la jurisdicción constitucional*. San José, Costa Rica: Editorial Juriscentro, 1993.

HALMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. *El federalista*. 6ta. reimpresión española, trad. Gustavo R. Velasco, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *El Derecho Procesal Constitucional*. San José, Costa Rica: Editorial Juriscentro, 1993.

_____, *Derecho de la Constitución*. 2 tomos, San José, Costa Rica: Editorial Juriscentro, 1993.

_____, *Constitución Política de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Editorial Juriscentro, 1998.

HESS ARAYA, Christian y BRENE ESQUIVEL, Ana Lorena, *Ley de la jurisdicción constitucional de Costa Rica*. Anotada,

concordada y con jurisprudencia procesal. San José Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S.A., 2006.

JORGE PRATS, Eduardo, *Derecho constitucional*. 2da. edic., 2 tomos, Santo Domingo, República Dominicana, Gaceta Judicial, t. I, 2005.

JORGE GARCÍA, Juan, *Derecho constitucional dominicano*. Santiago, República Dominicana: Editora Corripio, S.A., 1984.

KELSEN, Hans, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*. 2da. edic. española, Trad. Roberto J. Brie, Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1999.

LÓPEZ GUERRA, Luis, [et al.], *Derecho constitucional*. Valencia: Tirand Lo Blanch, 2003.

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *Estudio sobre la eficacia de la sentencia constitucional*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.

MOLAS, Isidre, *Derecho constitucional*. Madrid: Editorial TECNOS, 2002.

NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 9na. edic. Bogotá: TEMIS, 2003.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*. 10ma. edic. revisada y ampliada por Manuel Carrasco Durán, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

PÉREZ TREMP, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1985.

RAMÍREZ MORILLO, Berlamino, *Derecho constitucional dominicano*. Santo Domingo, República Dominicana, Fundación de Estudios Sociopolíticos y Económicos, 2010.

RODRÍGUEZ DEMORIZI, Emilio, *La Constitución de San Cristóbal*. Santo Domingo, República Dominicana: Editorial del Caribe, C. por A., 1980.

SAGUÉZ, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*. 2 tomos, 2da. reimpresión de la 3ra. edic., Buenos Aires: Astrea, t. I, 2003.

SANTIAGO NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1998.

SOLÍS FALLAS, Alex, *La dimensión política de la justicia constitucional*. San José, Costa Rica, 1999.

VALERA MONTERO, Miguel Aníbal, *El control concentrado de la constitucionalidad en la República Dominicana*. Distrito Nacional, República Dominicana: Editorial Capeldom Dominicana, S. A., 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructuras judiciales*. Santo Domingo, República Dominicana: Comisionado para la Reforma y Modernización de la Justicia, 2007.

ARTÍCULOS LIBROS

GROPPI, TANIA, “Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”. VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, los días 3, 4 y 5 de diciembre de 2003 (Traducción de Miguel Carbonell).

MODERNE, Frank, “Control *a priori* y control *a posteriori* de constitucionalidad”. En Memoria del Seminario sobre el Efectivo Acceso a las Jurisdicciones Constitucional y Contencioso Administrativo, San José, 2001.

QUIROGA LEÓN, Aníbal, “La Recepción española de la ‘judicial review’ americana: la cuestión de constitucionalidad”. Trabajo presentado en VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Sevilla los días 3, 4 y 5 del 2003. Sevilla, España: Thomson Aranzadi, 2006.

SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”. 2da. edic. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001. (Artículo que aparece en el Manual de Derecho Constitucional)

ARTÍCULOS REVISTAS

ARMIGO SANCHO, Gilbert, “La legitimación para interponer la acción en inconstitucionalidad: el interés difuso”. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Buenos Aires: KONRAD-ADENAUER -STIFTUNG A. C., CIEDLA, 2002.

CATRIN, Salvador, “No existe el control previo de constitucionalidad en la República Dominicana”. En revista Gaceta Jurídica, año 5, No.121, República Dominicana, 2001.

HAAS, Evelyn, “La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad”. Buenos Aires: KONRAD-ADENAUER -STIFTUNG A. C., CIEDLA, 2004, Tomo I.

_____, “El control de la constitucionalidad”. Santo Domingo, República Dominicana: En Estudios jurídicos, Breviario 4, 1998.

PELLERANO GÓMEZ, Juan Manuel, “El control judicial de constitucionalidad”. En revista Estudios jurídicos, Breviario No. 4, 1998.

TEJADA, Adriano Miguel, “Puede ser inconstitucional la Constitución”. Santo Domingo, República Dominicana. En Estudios jurídicos, Volumen V, No. 1, enero-abril 1995.

_____, “La inconstitucionalidad de las leyes por vicios de forma”. Revista de Ciencias Jurídicas, Segunda Época, año 1, No. 1, septiembre de 1984.

LEGISLACIÓN

Constitución Española
Constitución Dominicana
Constitución Costarricense
Constitución Francesa
Constitución Norteamericana
Constitución Alemana

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica
Otras constituciones

DOCUMENTOS

Acta de la Asamblea Revisora de los días 12, 13 y 14 de agosto de 1994, que recoge los debates de las discusiones desarrolladas en ocasión de la reforma de la Constitución dominicana

ANEXOS

ANEXO 1

Sentencia *Madbury vs. Madison*

ANEXO 1

Sentencia *Madbury vs. Madison*

En este anexo transcribimos la referida sentencia, mediante la cual la Corte Suprema de Costa Rica: a) desarrolló de manera clara y contundente el carácter normativo y supremo de la Constitución; b) declaró, por primera vez, inconstitucional una ley federal.

Antes de transcribir la opinión de la Corte, el relator sintetizó brevemente los antecedentes del caso, del siguiente modo: «En el último período, esto es, diciembre de 1801, William Madbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, a través de su abogado Charles Lee -ex ministro de Justicia de los EE.UU.- solicitaron al Tribunal que ordenara a James Madison manifestar las causas por las cuales la Corte debía abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a los demandantes donde se los designaba jueces de paz del Distrito de Columbia. Esta petición fue apoyada en testimonios (incluyendo uno del hermano de John Marshall -James-) de los siguientes hechos: que el señor Marshall estaba enterado de esta petición y que el señor Adams, ex presidente de los EEUU, elevó al Senado las nominaciones de los candidatos para ser designados en tales cargos; que el Senado aconsejó y consintió estas designaciones; que las correspondientes designaciones formales nombrándolos jueces fueron firmadas por el presidente y, finalmente, que el sello de los EEUU estaba puesto en debida forma en tales designaciones por el entonces secretario de Estado (John Marshall); que los solicitantes habían pedido al señor Madison que les entregara tales nombramientos con resultado negativo y que dichas designaciones les fueran retenidas. Sobre estas bases, fue emitida una orden para que el secretario de Estado diera cuenta de las causas que motivaron su conducta». Posteriormente, el 24 de febrero de 1803, la Corte emitió

la siguiente opinión conducida por el voto del presidente John Marshall: “Durante el último período la Corte expidió una orden para que el secretario de Estado exhibiera los motivos por los cuales se le denegaba a William Madbury la entrega de su designación como juez de paz del Condado de Washington, Distrito de Columbia. No se han dado razones de tal proceder y, ahora, la petición se dirige a obtener de la Corte un mandamiento que haga efectiva la entrega de dichos nombramientos. Lo particularmente delicado de este caso, la novedad de algunas de sus circunstancias, y la verdadera dificultad que encierran los puntos contenidos en el mismo, requieren una exposición completa de los fundamentos que sostienen la opinión que dará esta Corte.

Según el orden seguido en el análisis del caso, la Corte ha considerado y decidido las siguientes cuestiones: 1) ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda? 2) Si lo tiene, y ese derecho ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación? 3) Si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que corresponda a esta Corte emitir? La primera cuestión es: ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda? Es decididamente la opinión de esta Corte que, cuando un nombramiento ha sido firmado por el presidente la designación debe considerarse hecha; y que la misma es completa cuando tiene el sello de los EEUU puesto por el secretario de Estado. Por lo tanto, teniendo en cuenta que su nombramiento fue firmado por el presidente y sellado por el secretario de Estado, el Sr. William Madbury está designado; y como la ley que crea el cargo dio al funcionario (Madbury) el derecho de ejercerlo por 5 años en forma independiente del Ejecutivo, el nombramiento es irrevocable por conferir al funcionario designado derechos legítimos que están protegidos por las leyes de su país. La retención de su nombramiento, es por lo tanto, un acto que la Corte considera no respaldado por la ley y por ellos violatorio de legítimos derechos adquiridos. Esto nos conduce a la segunda cuestión: Si el derecho existe y ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación?

La esencia misma de la libertad civil consiste, ciertamente, en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes cuando han sido objeto de un daño.

Uno de los principales deberes de un gobierno es proveer esta protección.

El gobierno de los EEUU ha sido enfáticamente llamado un gobierno de leyes y no de hombres. Tal gobierno, ciertamente, dejaría de merecer ese alto calificativo si las leyes no brindarían modos de reparar la violación de un derecho legítimamente adquirido. Si tal cosa fuera a suceder en la jurisprudencia de nuestro país, ello sólo podría deberse a las especiales características del caso. Nos corresponde por lo tanto, preguntarnos si existe en este caso algún ingrediente que lo exima de investigaciones o que prive a la parte perjudicada de reparación legal. ¿Está dicho elemento presente en el caso? ¿Constituye -el acto de entregar o retener una designación escrita- un mero acto político reservado al Departamento Ejecutivo para cuyo cumplimiento nuestra Constitución ha depositado la total confianza en el Ejecutivo supremo, de modo que cualquier conducta desajustada a su respecto no tenga prevista la consecuente reparación para el caso que dañe a un individuo? Sin duda, tales casos pueden existir. Pero que cada deber asignado a algunos de los grandes departamentos del Poder Ejecutivo constituya uno de estos casos es, sin duda, inadmisibles. De ello se sigue, por lo tanto, que el examen de la legalidad de los actos de los titulares de las reparaciones dependientes del Ejecutivo, depende -en cada caso- de la naturaleza del acto. Por la Constitución de los EEUU, el presidente está investido de algunos importantes poderes políticos cuyo ejercicio está librado a su exclusivo arbitrio, y por el cual es sólo responsable ante el pueblo, desde el punto de vista político, y ante su propia conciencia.

Para colaborar con él en el cumplimiento de sus funciones, puede designar funcionarios que actúen bajo su autoridad y de conformidad con sus órdenes.

En estos casos, los actos de los funcionarios son los actos del presidente, y sea cual fuere la opinión que pueda merecer el modo en que el Ejecutivo utiliza sus poderes discrecionales, no existe ni puede existir poder alguno que los controle. Las materias son políticas, atañen a la Nación, no a derechos individuales, y habiendo sido confiadas al Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es terminante.

Lo dicho está claramente ejemplificado en la creación legislativa del Ministerio de Relaciones Exteriores. El ministro de Relaciones Exteriores debe desempeñarse, desde que su función es creación legislativa, precisamente de conformidad con la voluntad del presidente. Es meramente el órgano a través del cual se transmite la voluntad del presidente. Los actos de ese funcionario, en su calidad de tal, no pueden ser nunca examinados por los tribunales. Pero cuando el Congreso impone a ese funcionario otras obligaciones; cuando se le encomienda por ley llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento de tales actos, ese funcionario deja de ser funcionario del presidente para convertirse en funcionario de la ley; es responsable ante las leyes por su conducta y no puede desconocer a su discreción los derechos adquiridos de otros. La conclusión de este razonamiento es que cuando los titulares de los departamentos actúan como agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del presidente -en aquellos casos en que éste posee poderes discrecionales legal o constitucionalmente conferidos-, nada puede resultar más claro que el control de tales actos sólo puede ser político. Pero cuando se les asigna por ley una obligación determinada de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para obtener una reparación. Es por lo tanto la opinión de esta Corte que Madbury tiene derecho a su nombramiento y que la negativa

a entregárselo constituye una clara violación de ese derecho frente a la cual las leyes de su país brindan un remedio. Resta considerar ¿le corresponde el remedio que solicita? Ello depende de: a) la naturaleza de la medida que solicita, y b) el poder de esta Corte. Si la medida solicitada fuera concedida, debería dirigirse a un funcionario del gobierno, y el contenido de la misma consistiría, usando las palabras de Blackstone, en 'una orden de hacer algo en particular allí especificado, que atañe a su cargo y deberes y que la Corte a determinado previamente, o al menos, supuesto, que es correcto y ajustado a derecho'. O bien, en las palabras de Lord Mansfield, el solicitante, en este caso, tiene 'un derecho a ejecutar un cargo de interés público, y es privado de la posesión de ese derecho'. Estas circunstancias ciertamente se dan en este caso. Pero para que el mandamiento -la medida solicitada- surta los efectos deseados, debe ser enviada a un funcionario al cual pueda serle dirigida, sobre la base de los principios legales; y la persona solicitante de la medida debe carecer de otro recurso legal específico.

Respecto del funcionario al cual se dirigía la medida, la íntima relación política que existe entre el presidente de los EEUU y los titulares de los ministerios hace particularmente fastidiosa y delicada cualquier investigación legal de sus actos, y hasta puede dudarse de que corresponda llevar a cabo tales investigaciones. Es común que la gente en general no reflexione ni examine a fondo las impresiones que recibe y, desde tal punto de vista, no sería conveniente que en un caso como éste se interprete la atención judicial del reclamo de un particular como una forma de intromisión en la esfera de prerrogativas exclusivas del Poder Ejecutivo.

No es necesario que la Corte renuncie a toda su jurisdicción sobre tales asuntos. Nadie sostendría tan absurda y excesiva extravagancia ni por un momento. La competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar el cumplimiento de los

poderes discrecionales del presidente o sus ministros. Los asuntos, que por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, está reservados a la decisión del Ejecutivo no pueden ser sometidos a la opinión de la Corte. Pero si no se tratara de un asunto de tal naturaleza; si, lejos de constituir una intrusión en los asuntos propios del gabinete, estuviera únicamente vinculado con un papel cuya obtención la ley permite sólo a condición del pago de 10 centavos; si ello no supusiese intromisión alguna en materias sobre las cuales se considera al Ejecutivo como no sujeto a control alguno; ¿qué habría en la alta condición del funcionario que impidiera a un ciudadano reclamar sus derechos ante un tribunal de justicia, o que prohibiera a éste atender el reclamo, o expedir una orden mandando el cumplimiento de una obligación no dependiente de los poderes discrecionales del Ejecutivo, sino de los actos particulares del Congreso y de los poderes discrecionales del Ejecutivo, sino de los actos particulares del Congreso y de los principios generales del derecho?

Si uno de los titulares de los departamentos de Estado comete un acto ilegal amparándose en su cargo, dando lugar a un reclamo de un ciudadano afectado, no puede sostenerse que su cargo, por sí solo, lo exima de ser juzgado por el procedimiento ordinario y obligado a obedecer el juicio de la ley.

¿Cómo podría entonces su cargo exceptuarlo de la aplicación de este modo particular de decidir acerca de la legalidad de su conducta si el caso no reviste diferencia alguna con cualquier otro en el cual un individuo común sería procesado?

No es por el cargo que tenga la persona sino por la naturaleza de aquello que se le ordene hacer que se juzgará la pertinencia del mandamiento. Cuando un ministro actúa en un caso en que se ejercen los poderes discrecionales del

Ejecutivo y donde el funcionario actúa como mero órgano de la voluntad del presidente, correspondería rechazar sin la menor duda todo pedido a la Corte para que ejerza un control de tal conducta a cualquier respecto. Pero cuando la conducta del funcionario es encomendada por la ley -de modo tal que su cumplimiento o incumplimiento afecte los derechos absolutos de los individuos- la cual no se encuentra bajo la dirección del presidente y no puede presumirse que éste la haya prohibido, como por ejemplo, registrar un nombramiento o un título de propiedad que ha cumplido todas las formalidades de la ley, o entregar una copia de tales registros; en esos casos, no se advierte sobre qué bases los tribunales de la Nación podrán estar menos obligados a dictar sentencia que si se tratara de funciones atribuidas a otro individuo que no fuese ministro. Este, por lo tanto, es un claro caso en el que corresponde emitir un mandamiento, sea de entrega de la designación o de una copia de la misma extraída de los registros correspondientes, quedando entonces, por resolver, una sola cuestión: ¿puede la Corte emitir ese mandamiento?

La ley por la que se establecen los tribunales judiciales en los EEUU autoriza a la Corte Suprema a emitir mandamientos, en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designado en su oficio bajo la autoridad de los EEUU. Siendo el secretario de Estado un funcionario bajo la autoridad del gobierno de los EEUU., se encuentra precisamente comprendido en las previsiones de la ley precitada; y si esta Corte no está autorizada a emitir una orden de ejecución a tal funcionario, sólo puede ser a causa de la inconstitucionalidad de la ley, incapaz por ello, de conferir la autoridad y de asignar las obligaciones que sus palabras parecen conferir y asignar. La Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los EEUU. en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como en Congreso establezca en el transcurso del tiempo. Este poder se extiende expresamente al conocimiento de todas las

causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de los EEUU. y, consecuentemente, de algún modo puede extenderse al presente caso ya que el derecho invocado deriva de una ley de los EEUU. Al distribuir este poder la Constitución dice: «En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte ejercerá su jurisdicción por apelación». Se ha sostenido ante el Tribunal que, como otorgamiento constitucional de jurisdicción a la Corte Suprema y a los tribunales ordinarios es general, y la cláusula que asigna las causas de jurisdicción originaria a la Corte Suprema no contiene expresiones negativas o restrictivas, el Poder Legislativo mantiene la facultad de atribuir competencia originaria a la Corte en otros casos que los precedentemente indicados, tomando en cuenta que tales casos pertenecen al Poder Judicial de los Estados Unidos. Si se hubiera querido dejar librado a la discreción del Poder Legislativo la posibilidad de distribuir el Poder Judicial entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores, habría sido ciertamente inútil hacer otra cosa que definir el ámbito de competencia del Poder Judicial en general, mencionando los tribunales a los que corresponde ejercerlo. Si ésta es la interpretación correcta, el resto de la norma constitucional carece de sentido.

Si el Congreso tiene la libertad de asignar a esta Corte competencia por apelación en los casos en los que la Constitución le asigna competencia originaria y fijarle competencia originaria en los casos en que le corresponde ejercerla por apelación, la distribución hecha en la Constitución es la forma carente de contenido.

Las palabras afirmativas son, a menudo en su operatividad, negatorias de otros objetos que los prescriptos, y en este caso debe asignárseles ese sentido so pena de privarlas de sentido absoluto. No puede presumirse que cláusula alguna

de la Constitución este pensada para no tener efecto, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisiblesalvo que el texto expreso de la Constitución así lo manifieste. Cuando un instrumento legal organiza las bases fundamentales de un sistema judicial dividiéndolo en una Corte Suprema y en tantas inferiores como el Congreso decida, enumerando sus poderes y distribuyéndolos mediante la delimitación de los casos en los que la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria y aquellos en que la ejercerá por vía de apelación, el sentido evidente de las palabras parece ser que en una clase de casos la competencia será originaria y no en los demás. Si cualquier otra interpretación convirtiera en inoperante dicha cláusula, tendríamos allí una razón adicional para rechazarla y para adherir al sentido obvio de las palabras. Luego, para que esta Corte esté en condiciones de emitir una orden de ejecución como la que se pide, debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación. Se ha dicho en el Tribunal que la jurisdicción apelada puede ejercerse de diversos modos y que siendo la voluntad del Congreso que un mandamiento pueda ser emitido en el ejercicio de la jurisdicción apelada (ver ley de organización judicial de los EEUU de 1789), dicha voluntad debe ser obedecida. Esto es cierto, pero no obstante ello, la jurisdicción debe ser apelada y no originaria. Es el criterio esencial de la jurisdicción por apelación, que ella abarca tópicos previamente determinados y no crea otros nuevos. Por ello, aunque es posible emitir un mandamiento a los tribunales inferiores, hacerlo respecto de un funcionario para que entregue un documento es lo mismo que intentar una acción originaria para la obtención de dicho documento y por ello, no parece pertenecer a la jurisdicción apelada sino a la originaria. Tampoco es necesario en este caso, capacitar a la Corte para que ejerza su competencia por vía de apelación. Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la ley de organización judicial de los EEUU. para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, no parece estar respaldada en la Constitución, y hasta se

hace necesario preguntarse si una competencia así conferida pueda ser ejercida. La pregunta acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en ley vigente del país es profundamente interesante para los EEUU. pero, felizmente, no tan complicada como interesante. Para decidir esta cuestión parece necesario tan sólo reconocer ciertos principios que se suponen establecidos como resultado de una prolongada y serena elaboración. Todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene el derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser repetido con mucha frecuencia. Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede hacer sólo esto, o bien fijar, además, límites que no podrán ser transpuestos por tales poderes. El gobierno de los EEUU. es de esta última clase. Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. ¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que tal limitación sea escrita si ella puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan sujetos pasivos de la limitación?. Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

Hay sólo 2 alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema,

inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia. Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él. Sin embargo la cuestión merece recibir un atento tratamiento. Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si 2 leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la

Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren. Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Gobierno actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción. Reducir de esta manera a la nada lo que hacemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas -una constitución escrita- sería por sí mismo suficiente en América, donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la tesis. Pero las manifestaciones particulares que contiene la Constitución de los EEUU. construyen un andamiaje de argumentos adicionales en favor del rechazo de esta interpretación.

El Poder Judicial de los EEUU. entiende en todos los casos que versen sobre puntos regidos por la Constitución. ¿Pudo, acaso, haber sido la intención de quienes concedieron este poder, afirmar que al usar la Constitución, no debería atenderse a su contenido? ¿Que un caso regido por la Constitución debiera decidirse sin examinar el instrumento que lo rige? Esto es demasiado extravagante para ser sostenido.

En ciertos casos, la Constitución debe ser interpretada y analizado su contenido por parte de los jueces. Y si de este

modo los jueces pueden abrir y examinar la totalidad de la Constitución ¿qué parte de ella les está prohibido leer u obedecer?

Hay muchas otras partes de la Constitución que ilustran esta materia. Dice la Constitución que: ‘ningún impuesto o carga se impondrá sobre artículos exportados desde cualquiera de los estados’. Supongamos una carga impuesta sobre la exportación de algodón, o de tabaco o harina, y supongamos que se promueve una acción judicial destinada a exigir la devolución de lo pagado en virtud de dicha carga. ¿Debe darse un pronunciamiento judicial en tal caso? ¿Deben los jueces cerrar los ojos a la Constitución y ver sólo la ley?

La Constitución prescribe que: ‘No se sancionarán leyes conteniendo condenas penales individualizadas ni leyes retroactivas’. Si, no obstante, tales leyes son sancionadas y una persona es procesada bajo tales leyes ¿debe la Corte condenar a muerte a esas víctimas a quienes la Constitución manda proteger? Dice la Constitución: ‘Ninguna persona será procesada por traición salvo mediante el testimonio de 2 testigos sobre el mismo acto o mediante su confesión pública ante un tribunal de justicia’. En este caso, el lenguaje de la Constitución está especialmente dirigido a los tribunales. Les prescribe directamente una regla de prueba de la que no pueden apartarse. Si la Legislatura modificara esa norma y permitiera la declaración de un solo testigo o la confesión fuera de un tribunal de justicia como requisitos suficientes de prueba, ¿debería la norma constitucional ceder frente a esa ley? Mediante estos y muchos otros artículos que podrá seleccionarse es claro que los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la Legislatura. ¿Por qué motivo, si no, prescribe a los jueces jurar su cumplimiento? Este juramento apela, ciertamente, a su conducta en el desempeño de su cargo de carácter oficial. ¡Qué inmoralidad sería imponérselos, si ellos (los jueces) fueran a ser usados como instrumentos

-y como instrumentos conscientes- de la violación de lo que juran respetar! El juramento del cargo judicial impuesto por el Congreso, es también completamente ilustrativo de la opinión legislativa sobre esta cuestión. Este juramento dice: 'juro solemnemente que administraré justicia sin importar las personas y haré justicia igualmente al pobre como al rico; y que desempeñaré leal e imparcialmente todas las obligaciones atinentes a mi cargo como..., de acuerdo a mis mejores capacidades y comprensión, conforme con la Constitución y las leyes de los EEUU.' ¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los EEUU., si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para su gobierno? ¿Si estuviere cerrada sobre él y no pudiera ser inspeccionada por él? Si fuera ese el estado real de las cosas, constituiría algo peor que una solemne burla. Pero además de ello, imponer, tanto como jurar en esos términos sería una hipocresía. No es tampoco inútil observar que, al declarar cual será la ley suprema del país, la Constitución en sí misma es mencionada en primer lugar, y no todas las leyes de los EEUU tienen esa calidad, sino sólo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución.

De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EEUU confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento.

Por ello, se rechaza la petición del demandante. "Cúmplase".

ANEXO 2

**Sentencia No.2771-03, dictada el 4 de abril del 2003,
por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de
Costa Rica**

ANEXO 2

Sentencia No.2771-03, dictada el 4 de abril del 2003, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica

En este anexo transcribimos los fundamentos de la referida sentencia, mediante la cual se declaró inconstitucional el artículo 132 de la Constitución costarricense, texto que prohibía la reelección presidencial (sólo se copian los fundamentos de la sentencia)

“Se consigna a continuación la doctrina relevante al fondo del asunto, con el propósito de construir un marco referencial para resolver las acciones presentadas. A. LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES. El Estado de Derecho nació, de acuerdo a la historia y a la doctrina jurídica occidental, como una fórmula de compromiso que implicaba aunar un amplio grupo de derechos fundamentales con una serie de garantías formales y materiales, todo ello dentro de una Constitución que consagrara la división de poderes y los principios de legitimidad y legalidad. Tendente, esta suma de ideas, a evitar las arbitrariedades eventualmente provenientes de las instituciones estatales. Es así que la primacía de un grupo central de normas que caracterizan a la Constitución como ordenamiento superior descansa en (i) su carácter de expresión directa de la voluntad general y (ii) en su enunciación de los derechos humanos fundamentales y de las libertades ciudadanas. El “principio democrático”, expresado en la idea de la soberanía popular, es una respuesta jurídica al problema de la legitimación política, tanto en el plano material como formal. En el plano material, porque (a) establece la legitimación constitucional del derecho fundamental a la participación política de los ciudadanos, (b) obliga a las instituciones estatales a respetar los derechos fundamentales y (c) establece el reconocimiento social a la diversidad de iniciativas y valores de todos los

individuos; y en el plano formal, porque representa a la vez una fórmula de articulación racional del proceso político y, de nuevo, una limitación expresa al poder estatal -sea éste una manifestación de la función ejecutiva, legislativa, judicial, electoral o municipal-. El principio de soberanía popular se manifiesta como la principal condición limitante de la actuación de las instituciones estatales y está dirigido a asegurar que cualquier ejercicio del poder por parte de cualquier órgano del Estado respete su previa legitimación popular y el criterio del pueblo, externado por el poder constituyente originario. Es en lo anteriormente dicho que se fundamenta la trascendencia jurídico-política de haber insertado en la Constitución a los derechos fundamentales, los que a su vez constituyen un fuerte y esencial componente para la configuración del Estado de Derecho. Ejemplos de derechos fundamentales, son aquellos propios del ciudadano -ciudadanía, nacionalidad-; la libertad de las personas -libertad personal, de religión y conciencia, de residencia, de contratación, de elección de actividad económica, entre otros-; la igualdad jurídica entre las personas; el derecho de propiedad privada; y aquellos que permiten el acceso de las personas al control jurisdiccional. Es así que el pensamiento jurídico occidental ha declarado innegociable que los derechos fundamentales constituyan la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de que los sistemas jurídico y político, en su conjunto, en un Estado de Derecho, estén orientados hacia el respeto y la promoción de la persona humana, hacia el desarrollo humano y hacia una constante ampliación de las libertades públicas. Asimismo, le corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre los que se ha edificado la sociedad democrática. Dicho en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos han prestado su consentimiento y también la de establecer la sujeción de las instituciones estatales a tales

principios. Los derechos fundamentales, en el orden constitucional, ostentan una doble dimensión, son derechos subjetivos y son derechos objetivos. Por un lado son subjetivos, o sea derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan la libertad en el ámbito de la convivencia democrática. Por otro lado, son elementos esenciales del ordenamiento objetivo, por cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica. En razón de su importancia, la Constitución ha previsto instrumentos normativos, especialmente reforzados, dirigidos a evitar la alteración de su contenido o la limitación de sus alcances por cualquier institución estatal: las garantías constitucionales. De lo anteriormente argumentado se deduce que la mutación o limitación del estatuto de los derechos fundamentales no implica una mera amputación parcial de la Constitución, sino que entraña la sustitución plena de la Constitución y el irrespeto a la voluntad popular. Todo lo anterior explica, porqué desde las primeras constituciones costarricenses, se consagró el principio de la “rigidez”, es decir, de la inalterabilidad del catálogo de derechos fundamentales y libertades ciudadanas o públicas. El principio de rigidez, que como principio de reserva del poder originario será analizado posteriormente, además de establecer una frontera impenetrable para la actividad legislativa y ejecutiva al ámbito de los derechos fundamentales, también alcanza, como garantía constitucional, a las llamadas “decisiones políticas fundamentales”, que son aquellas resoluciones de la sociedad que son determinantes acerca de un principio constitucional y que representan una forma históricamente duradera del sentir y pensar social. Las dos decisiones más importantes con las que se enfrenta una sociedad son, la elección de su modelo económico y la de su sistema político (parte de la doctrina considera que en el fondo ésta es una sola y única decisión). Dentro del sistema político, la sociedad opta por una forma de elegir a sus representantes y gobernantes y por los requisitos que debe tener quien pueda ser electo para un puesto público: ambas,

coinciden los expertos de forma aplastante, son decisiones políticas fundamentales. La fuente de la que nos alimentamos, la jurisprudencia constitucional, ha coincidido en que la reforma de las decisiones políticas fundamentales corresponde exclusivamente al pueblo como soberano a través de la competencia que delega en las asambleas nacionales constituyentes, electas para este efecto y representativas de la voluntad popular general. Estas cláusulas son modificables pero el único sujeto autorizado para reformarlas es el poder constituyente.

B. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES, DE LAS DECISIONES POLÍTICAS TRASCENDENTALES Y DE LAS DECISIONES JUDICIALES. La doctrina constitucional reconocida define como principios constitucionales las ideas fundamentales acerca de la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadoras y a la vez interpretativas respecto del total del ordenamiento jurídico. De esta manera, los principios constitucionales forman parte del bloque de constitucionalidad y todas las instituciones estatales están obligadas a obedecerlos y a respetarlos. Estos principios derivan tanto en potestades institucionales como en derechos de los habitantes, su eventual violación hace emerger al sistema de garantías, también desarrollado “con rango constitucional”, que incluye las acciones de amparo, de hábeas corpus y de inconstitucionalidad. Los principios no se pueden confundir con los derechos fundamentales, ya que los primeros sirven de base a los segundos, y a la vez permiten su tutela mediante el sistema de garantías. Tampoco los principios se pueden confundir con los valores sociales de los ciudadanos, pues éstos son conceptos axiológicos que implican criterios morales que no generan deber jurídico alguno, mientras que los principios son conceptos deontológicos, es decir, que implican mandatos y deberes, y su incumplimiento implica una consecuencia jurídica; los principios son el resultado de discusiones espontáneas, algunas veces violentas que derivan

en acuerdos sociales que se proyectan, mediante los derechos fundamentales y las libertades públicas, a los cuerpos normativos de naturaleza positiva. En materia constitucional, como se enunció antes, son principios las ideas sobre las que se basa la organización política del Estado, o sea aquella decisión del poder originario constitucional acerca del tipo de sistema político por el que se optó colectivamente. Podemos hablar apropiadamente, como ejemplos relevantes para esta decisión judicial, del principio democrático, de interdicción de la arbitrariedad, del principio de sujeción de los poderes públicos a la Constitución, de igualdad de los individuos, del principio de seguridad jurídica y el de jerarquía de las normas. De previo a describir sucintamente tales principios, hay que agregar que el pensamiento jurídico establece que los principios constitucionales jamás podrían estar en contradicción con la Constitución, sino que son ellos su misma esencia. Los principios no se pueden equiparar a las normas, ya que carecen de su formalidad de producción, pero constituyen su racionalidad, su lógica intrínseca. El principio es la razón de ser de la norma y se manifiesta mediante ella, o sea, es el “espíritu” de la norma. Existe una estrecha relación entre los principios, los derechos fundamentales y los límites implícitos en general, y es a todos ellos, a los que se debe recurrir para medir o evaluar la constitucionalidad de una reforma parcial de la Constitución, producto del poder derivado. Esta calidad referencial dota a los principios de una potencia hermenéutica de principal importancia, la que a su vez significa una limitación a la actividad legislativa ordinaria. El principio constitucional ordena al sistema normativo en general, es una “norma” de las normas, establece el derecho “prima facie”. Quien invoca una ley, obtiene del juez la atribución definitiva del derecho que pretende; quien invoca la inconstitucionalidad de una norma, sea legal o constitucional, obliga al juez respectivo a buscar el “espíritu” histórico de tal norma, o sea la expresión real y auténtica del pueblo, lo obliga a acudir a los principios constitucionales. El uso por parte del juez constitucional de los

principios constitucionales como punto de referencia en una acción de inconstitucionalidad, también le obliga a exigir que la eventual fuerza invalidante de la norma cuestionada sea reconocida consistentemente en la Constitución histórica. De esta forma, la búsqueda de certidumbre judicial lleva al juez constitucional necesariamente a establecer líneas de comunicación con el derecho comparado histórico y con el desarrollo de los derechos humanos y los derechos fundamentales. En nuestra Constitución hay una importante cantidad de principios políticos y son los que deben servir para medir la constitucionalidad, tanto de las leyes, como de una reforma constitucional efectuada por el poder derivado. Los derechos fundamentales no solo se originan en los principios constitucionales, pero su esencia sí incluye un fuerte y determinante componente de éstos. Componente éste que se puede encontrar, tanto en la dimensión subjetiva como en la objetiva de la estructura de esos derechos. Ilustramos el punto retomando los principios constitucionales previamente citados en este acápite: una decisión judicial centrada en la consideración de si actuó o no fuera de su mandato el legislador ordinario, al reformar el artículo relativo a la reelección presidencial, debe ser necesariamente analizado a la luz del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad. Este permite establecer a su vez, si se redujo, violó o suprimió un derecho, por cuanto cualquier discriminación reductora o cercenadora de un derecho fundamental implicaría una arbitrariedad, entendida la misma como: (a) el sacrificio excesivo e innecesario de un derecho fundamental y (b) como una actuación en contra de la tendencia histórica manifestada por el desarrollo constitucional costarricense. Dicho en sentido contrario, la clave para establecer ausencia de arbitrariedad es el concepto de motivación, o sea todo cambio debe ser congruente con la voluntad soberana del pueblo, expresada por el poder constitucional originario, sostenible en la realidad histórica de la nación y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos aunque no sea compartida por todos ellos. La mal llamada “judicialización

del poder político” (en realidad es un ajuste al orden jurídico de tal poder), implica imponerle un conjunto de límites materiales y formales, que lo alejen de decisiones convenientes a los intereses de sub-grupos, o explicables por circunstancias transitorias y situarlo en la dimensión donde se decide de acuerdo con la voluntad del constituyente originario. En la dialéctica Derecho-Poder, la lucha contra la arbitrariedad se ha manifestado como una inclinación a favor de lo jurídico, en detrimento de lo circunstancialmente político, o sea privilegiar a la norma histórica y socialmente aceptada, frente al criterio de los legisladores de turno. Otro principio a considerar para determinar si hubo o no arbitrariedad, es el de sujeción de los poderes públicos a la Constitución: los titulares de estos poderes además del deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, tienen un deber general positivo de acatamiento de los principios y normas constitucionales. Un tercer principio relevante es el de igualdad de los individuos ante la justicia, el que exige una política legislativa coherente que no genere perjuicios a los derechos de una sola persona (si una sola persona se ve perjudicada, se perjudican todas). Un Estado social y democrático de Derecho, necesariamente debe incluir entre los principios superiores de su ordenamiento a la justicia y a la igualdad (entendida la igualdad de manera amplia y la justicia como imparcialidad). Debe exigir de los poderes públicos un comportamiento que propicie la efectividad de tales principios superiores. Un cuarto principio, también relevante, es el de seguridad jurídica, que se conforma por la suma de certeza, legalidad y proporcionalidad, entre otros subprincipios. Es decir, la seguridad jurídica es un principio complejo, necesariamente balanceado de forma tal que asegure, a su vez, la igualdad y la libertad. Este principio es sustentado por la confianza ciudadana de que las instituciones, en su actividad, respetarán aquellas normas que, el Poder Constituyente Originario escogió para conformar el sistema político y económico. La seguridad jurídica es un principio dirigido a las instituciones generadoras

o aplicadoras de las normas, que las obliga a desarrollar una actividad cuyo producto o resultado, sean normas o actos administrativos, que estén siempre caracterizados de la máxima tutela de los derechos fundamentales. La organización política debe preservar, defender y ampliar hasta donde sea razonablemente posible estos derechos y la Asamblea Legislativa en uso de la competencia prevista en el artículo 195 de la Constitución Política, jamás debe limitarlos, en cuanto así le fue ordenado por el poder constituyente. Diferente es lo que sucede en el ámbito legislativo, cuando el legislador derivado, a través de su actividad ordinaria desarrolla los contenidos del derecho fundamental dentro del marco que le señaló el poder originario. Por último, debe señalarse que el orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, sin embargo, dicha sucesión no es interminable, sino que tiene un límite superior y otro inferior. El primero se denomina norma fundamental. De ella dependen las leyes, de éstas últimas surgen los reglamentos y así va operando la gradación de las normas, hasta llegar a los actos jurídicos concretos. El principio fundamental sobre el que descansa nuestro régimen constitucional, es la supremacía de la Constitución. La norma suprema es un principio límite, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría, la base de todo orden jurídico. Se encuentra en el vértice o cúspide de la pirámide jurídica y a partir de ella surge la jerarquización de las normas, que establece su prioridad, ya que como producto originario de la soberanía del pueblo es la expresión misma de dicha voluntad popular. Así es como la supremacía de la Constitución, responde no sólo a que ésta es la expresión de la soberanía, sino también a que por serlo está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades. Es la Ley que rige las leyes y que habilita a las autoridades. Su superioridad deriva del hecho de ser emanación de la más alta fuente de imperio, y por ello tiene como presupuesto dos condiciones: una, que el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos y, segunda, que la Constitución es rígida y escrita. El constituyente

precede a los poderes constituidos, es decir, es anterior a él y una vez que ha elaborado su obra formulando y emitiendo la Constitución, desaparece para ser sustituido por los órganos creados por él, los poderes constituidos, quienes deberán respetar su supremacía. En consecuencia, las normas que se dicten deben formar parte de la ley suprema, deben “emanar” de aquélla, tener su fuente en la Constitución, no desviarse de su mandato. Con ese requisito de conformidad con la Constitución, las leyes y los Tratados pasan a formar parte de la norma suprema. De este modo, existe una separación precisa entre el poder Constituyente quien es el depositario de la soberanía popular y autor de la Constitución, y los poderes constituidos, que no son soberanos, los cuales, de acuerdo al principio de legalidad, sólo tienen las facultades que expresamente les otorga la Constitución. Es por ello, que en caso de que una ley afecte la jerarquía, los principios constitucionales o el orden constitucional establecido, el Estado o el ciudadano puede hacer uso del recurso de inconstitucionalidad impugnando dicha norma, por su falta de valor jurídico.

C. ORIGEN Y SENTIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO DE LIBERTAD.

Para definir la especial capacidad generadora de otros derechos que posee el derecho de libertad, es importante destacar la estrecha relación que tienen los derechos fundamentales con los derechos humanos. Estos últimos se pueden entender, como el conjunto de institutos que, con el desarrollo histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, en un amplio contexto geográfico que desborda a un Estado o una región y que tiene vocación universal. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se alude a aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular, y que se caracterizan por una tutela reforzada. La Constitución de 1949, según reforma operada por Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, en el artículo 48 incorporó el derecho internacional de los derechos humanos al parámetro de constitucionalidad.

Incluso, en casos en que la norma internacional reconozca derechos fundamentales en forma más favorable que la propia Constitución, debe ser aplicada la norma internacional y no la interna. Los derechos fundamentales se encuentran garantizados, en consecuencia, tanto por el derecho constitucional interno, como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para el caso de estudio resulta necesario acudir a los Derechos Humanos de primera generación, entendiéndose como aquellos derechos humanos constituidos por los derechos civiles o individuales y políticos que resultan del ejercicio del derecho primigenio de libertad. En razón de lo anterior, los derechos fundamentales se conocen también como derechos de la primera generación o derechos de libertad, ya que se configuran por la libre participación de los individuos en los procesos de formación de la voluntad general. El consenso social, en algunos casos alcanzado mediante cruentas luchas políticas y sociales, constituye la legitimación de los Derechos Humanos fundamentales y a su vez, el ejercicio del derecho de libertad es el que permite arribar a tal consenso. Encontramos, de nuevo, que es esa decisión original tomada de forma libre por el pueblo, la única que le da legitimación a la construcción de los derechos. De esta forma la búsqueda de un fundamento absoluto (jusnaturalismo) cede el paso a una dialéctica de libertad que conduce a un acuerdo consensuado. En este proceso histórico, primero se generan los principios y posteriormente, mediante el poder constituyente originario, se transforman en derechos fundamentales. La confrontación inicial de criterios y opiniones no es, en muchos casos evidente pero tampoco es arbitraria o secreta. Los “pensadores” de cada época no podían pretender que sus elucubraciones se tornaran en derechos, sino en la medida en que eran sometidas y aceptadas por el pueblo en general. Consenso no significa, para este efecto, unanimidad, pero tampoco la expresión de una irracionalidad arbitraria o de la imposición de unos pocos. Tal como se ha manifestado, en documentos seriamente construidos, acerca de la Declaración Universal

de los Derechos Humanos de 1949, se generó una corriente mayoritaria que, de manera libre, “ha encontrado buenas razones para aprobarla”. “Estas buenas razones” se traducen en un consenso de validez que no coincide, necesariamente, con la unanimidad social, pero al que se llega mediante el ejercicio del principio democrático y del derecho de libertad. Este acuerdo sólo puede ser producto de una actividad democrática y libre, cuyo sujeto únicamente puede ser el pueblo mismo. Este consenso ha desbordado a la construcción estricta de los derechos fundamentales, ya que además de considerarlos restricciones negativas del poder político (legislativo o ejecutivo), los ha transformado en exigencias positivas ampliadoras de las libertades ciudadanas. De esta forma, consideramos también, se comienza a armar la primera regla de interpretación no solo de las normas constitucionales, sino de la constitucionalidad de una reforma: *in dubio constitutionalis, pro libertatis*. El sentido entonces de la validez de un derecho humano fundamental, consiste en que la decisión sea tomada sin coacción, de forma espontánea, por el propio pueblo y que se haya sostenido por un largo período de tiempo. Sin duda, además de que sea el pueblo el que lo decida, -voluntad expresada mediante un grupo de representantes exclusivamente seleccionados para manifestarla-, el debate debe ser racional, libre de coacción y en el que los participantes tengan una razonable igualdad para presentar sus criterios. Las fuentes y orígenes de los derechos humanos se encuentran en las ideas filosóficas, políticas, morales, que son causas y resultantes a su vez de las luchas y debates sociales en búsqueda de los máximos niveles posibles del imperio de la justicia, la igualdad, la dignidad y la libertad. Principios, que tienen mucho que ver con la capacidad del ser humano de darle un sentido a su vida, y que son los únicos que pueden determinar o generar la responsabilidad de sus acciones. La relación entre los Derechos Humanos fundamentales y el poder es sumamente compleja, por cuanto se halla compuesta por el balance entre, por un lado, la racionalidad y la eficacia del Derecho

y del Estado para regular la vida individual o colectiva de la sociedad, y por el otro, la libertad y los otros derechos individuales citados. Abundamos al repetir que el Derecho contribuye a hacer patente un sistema de legitimidad que presupone, a su vez, una serie de principios que se construyen mediante el consenso histórico, resultante de debates y luchas sociales en sede popular. Lo opuesto, el disenso, la no aceptación, la desobediencia, la no abdicación de posturas o de perspectivas de sub-grupos, ha sido demostrado históricamente, propician la disociación anarquizante de una nación. En el proceso histórico de construir a los Derechos Humanos y a su manifestación constitucional, los derechos fundamentales han recibido diferentes nombres, intercambiables en algunos momentos; estas diferencias terminológicas son importantes como en toda ciencia o disciplina, sin embargo, para efectos de esta sentencia, resultan irrelevantes. En realidad lo que cuenta de estos términos es que sean tutelados efectivamente por la jurisdicción, respetados por las instituciones estatales en general, que se le reconozca al de libertad su capacidad germinal de todos los demás, y que únicamente puedan ser contruidos por el pueblo -mediante un debate libre y democrático-, que sean trasladados o reformados en la Constitución por el poder constituyente originario, lo que tampoco significa la eliminación o contracción de la autonomía individual concedida por el pueblo, mediante el poder constitucional originario, a los individuos que lo forman. De esta clara concepción el pensamiento jurídico desprende dos conclusiones: la primera de ellas es que la creación o modificación de las libertades públicas sólo puede realizarse por normas supra-legales dictadas por el poder constituyente originario, ya que de otra forma no sería posible limitar adecuadamente las competencias de la Asamblea Legislativa y del Poder Ejecutivo. La segunda consecuencia es que los administrados disponen de medios de impugnación muy precisos contra la violación de las libertades públicas, dentro de éstos destaca la acción de inconstitucionalidad. El poder

político a su vez, constituye una manifestación de la libertad, está fundamentado en ella y limitado por ella, está sujeto a una regulación razonable que nunca puede reducir y menos eliminar los derechos fundamentales. En toda sociedad políticamente organizada, en general, la libertad aparece limitada de alguna forma. En un sistema democrático constitucional, en particular, esas limitaciones deben ser razonables, responder a la necesidad de salvaguardar los intereses individuales y de la comunidad. La decisión de limitarla corresponde exclusivamente al poder originario constituyente, para que eventuales limitaciones a la libertad no puedan conducir a su total desconocimiento o a limitaciones lesivas de la esencia del derecho individual.

D.- EL DERECHO DE ELECCIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

Históricamente la soberanía ha sido el instrumento apriorístico para justificar y legitimar al poder estatal, entendido este último como la superioridad frente a cualquier otra fuerza que se desenvuelva en el ámbito del Estado, y que ejerzan los diversos grupos sociales que integran el elemento humano de la organización política. El poder estatal debe sin embargo, respetar siempre la voluntad popular manifestada mediante las decisiones de las asambleas constituyentes originarias. La libertad-participación constituye una esfera de autonomía individual que le otorga al individuo la posibilidad de actuar o participar en lo político y social, de acuerdo a su propia voluntad, mientras respete las normas especiales de cada actividad. La titularidad de ese derecho, en lo que atañe a su ejercicio, y por imposición de la idea política dominante en la actual sociedad, corresponde al grupo humano que integra el Estado, el cual lo ejerce directamente, o por medio de sus representantes que lo conforman, en el plano originario el poder constituyente y en el derivado el gobierno y los legisladores. Los derechos políticos se dirigen a los ciudadanos para posibilitarles participar en la expresión de la soberanía nacional: derecho al voto en las elecciones y votaciones, derecho de elegibilidad, derecho de adhesión a un partido político, etc. Son los que

posibilitan al ciudadano a participar en los asuntos públicos y en la estructuración política de la comunidad de que forma parte. El ejercicio de estos derechos en sede estatal, lejos de colocar al ciudadano electo en lejanía, separación u oposición a tal Estado, lo que hace es habilitarlo para tomar parte en la articulación y planificación política de la sociedad de la cual es miembro. Son derechos que están destinados a los ciudadanos para posibilitarles la participación en la expresión de la soberanía nacional; su fin primordial es evitar que el Estado (mediante cualquiera de sus funciones, ejecutiva, legislativa, judicial, electoral o municipal) invada o agreda ciertos atributos del ser humano. Es así que suponen por lo tanto, una actitud pasiva o negativa del Estado, una abstención por parte de éste, dirigida a respetar, a no impedir y a garantizar el libre y no discriminatorio goce de los mismos. Son derechos, por tanto, que se ejercen para afirmar y confirmar el poder soberano del pueblo sobre el Estado, y proveen a sus titulares, los ciudadanos, de medios y garantías para defenderse contra el ejercicio arbitrario del poder público. Precisamente a través del reconocimiento y ejercicio de las libertades políticas, opera la participación de los individuos en el proceso del poder, y al ser la democracia una forma de toma de decisiones colectivas, tal ejercicio a su vez es la esencia del principio democrático. La diferencia entre las libertades civiles y las libertades políticas no reside en su naturaleza, sino en la finalidad a la cual responde su ejercicio. Una de las varias libertades públicas jurídicas a que nos referimos en esta sección, consiste en el derecho de los ciudadanos de participación política y siempre su análisis lleva al estudio del concepto de soberanía popular, ya que ésta es la fuente y única legitimación del poder político. Es el pueblo que la articula mediante sus representantes, -diputados constituyentes, presidente y vice-presidentes de la República, diputados a la Asamblea Legislativa y alcaldes municipales- y les encomienda el ejercicio de tal poder de forma provisional. Las libertades de participación política están destinadas a los nacionales mayores de edad, y están

encapsulados en el derecho fundamental de ciudadanía, la que puede suspenderse únicamente por interdicción judicialmente declarada y por sentencia que imponga la pena de suspensión de los derechos políticos. No hay otra restricción del derecho y jamás el poder político puede arbitrariamente limitarlo. Para ciertos puestos públicos, el Constituyente originario decidió por un mínimo de edad que supera la frontera de la mayoría civil, pero mantuvo su prohibición para que los poderes públicos restringieran esta libertad pública jurídica. El derecho de elección, como derecho político, también constituye un derecho humano de primer orden, y por ende, es un derecho fundamental. La reelección tal y como se pudo constatar en el considerando V, estaba contemplada en la Constitución Política de 1949 y constituye una garantía del derecho de elección, pues le permite al ciudadano tener la facultad de escoger, en una mayor amplitud de posibilidades, los gobernantes que estima convenientes. Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección. De hecho, a pesar de que la reforma parcial en cuestión se produjo posteriormente, esto se viene a confirmar luego con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 23 establece: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades... b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores,...”; y que no admite mayores limitaciones, que las siguientes: “2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.” De este último párrafo de la Convención de Derechos Humanos, se desprenden de manera clara, las únicas razones por las

cuales pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos ahí declarados. La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existentes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena. Por otro lado, Costa Rica suscribió este Convenio sin reserva alguna, aceptando el ejercicio de tales derechos en la mayor libertad posible, asumiendo como únicas limitaciones las que deriven del inciso 2 del artículo 23. De resultar inconstitucional la forma en que la Asamblea Legislativa suprimió este derecho, implicaría que su restauración deba sujetarse al procedimiento correspondiente.

VII. DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN.

Ninguna norma, por su necesario ajuste al cambio de los tiempos puede revestirse de la calidad de estática, de perpetua. La norma constitucional, aun cuando muestra una elasticidad menor que las de menor rango, tampoco es inalterable. Es así que es indispensable la armonización y ajuste constante de las normas en general a los cambios de actitudes y a las nuevas necesidades sociales. En el caso de la reforma a la Constitución se presenta una gran e importante diferencia: aquellas normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales o a decisiones políticas trascendentales, sólo pueden ser reformadas por una asamblea constituyente de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Política. En beneficio de la contundencia de la afirmación, repetimos que las normas originarias acerca de los derechos fundamentales y los sistemas políticos y económicos, únicamente pueden ser disminuidas por una asamblea constituyente. Las otras normas de la Constitución y las leyes secundarias son susceptibles de ser revisadas por la Asamblea Legislativa en uso de las atribuciones que le da el numeral 195 constitucional; tal es su ámbito de competencia

en materia de reforma legislativa. No es lo mismo establecer una Constitución que reformarla, pues lo primero es un acto de máxima soberanía popular, un acto creador; es la facultad soberana del pueblo para darse su propio ordenamiento jurídico-político. La reforma es un procedimiento para la revisión de lo ya establecido y cuyos mecanismos, alcances y sujetos se encuentran estipulados en la Constitución. Repetimos, existen algunos límites al poder de revisión constitucional por la Asamblea Legislativa y ello es debido a que esta potestad normativa no puede oponerse al poder constituyente en aquellos aspectos explicados extensamente en este texto. La existencia del poder legislativo no supone un desdoblamiento de la soberanía popular, sino simplemente, la delimitación jurídico-institucional de una competencia dada por el propio poder originario y que actúa dentro de la organización del Estado, subordinada en todo momento a la voluntad del pueblo. La doctrina ha sido insistente en señalar que “los elegidos son los representantes de la nación soberana, pero no los representantes soberanos de la nación”. En nuestro país el órgano competente para reformar parcialmente la Constitución es la Asamblea Legislativa, de conformidad con el Título XVII de la Constitución Política, artículos 195 y 196, siempre y cuando su actividad no afecte negativamente a los derechos fundamentales, ni al sistema político y económico, que sustancialmente se dieron los costarricenses mediante el poder constituyente. Por otra parte, la institución estatal obligada a decidir si en algún momento la Asamblea Legislativa sobrepasó sus potestades, es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y el mecanismo de garantía de que disponen los ciudadanos para instar a la Sala es la Acción de Inconstitucionalidad y en su caso, los Recursos de Amparo y Hábeas Corpus. En esta línea de pensamiento, la Sala misma, no debe sobrepasar su mandato de defensa de los derechos fundamentales generando normas. Con esta fórmula, la Constitución se defiende a sí misma y se protege como conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico. Es también por ello que se ideó un

procedimiento especial agravado para su reforma, con lo que se pretende evitar que la superioridad de ciertas normas constitucionales pueda ser desvirtuada, ya sea mediante actividad legislativa o judicial. El pueblo costarricense, tal como lo demuestra su historia constitucional y tal como lo interpreta esta Sala Constitucional, no ha querido, desde la independencia, dejar a la voluntad de una o varias instituciones, ni el núcleo de derechos fundamentales, ni el sistema político y económico, sino que cualquier cambio en estos sentidos debe ser producto de un acuerdo que abarque un espectro político mucho mayor y mucho más independiente de los avatares político-electorales, de tal forma que su extensa aceptación social no solo sea perdurable en el tiempo, sino que sea efectivamente una manifestación de la voluntad popular. Según lo dicho en anteriores considerandos, el principio de la rigidez es una resultante de especial importancia del pacto social y por tanto, es también, en buena parte, el fundamento de la legitimidad del Estado. Se erigió como la condición determinante para que los ciudadanos dieran su consentimiento al texto constitucional. Este principio opera, en oposición, no sólo ante cualquier intento de modificación del estatuto de los derechos fundamentales por parte del gobierno, sino también ante la actividad del legislador ordinario o de cualquier autoridad en el mismo sentido. El costarricense históricamente ha querido mantener para su Constitución un procedimiento agravado y ésta sólo se puede reformar en relación con las tres dimensiones dichas -derechos fundamentales, sistema político y sistema económico- por una asamblea constituyente convocada expresamente para ello. En razón de lo anterior y aceptando -debido a la trascendencia de la decisión inserta en esta sentencia- el riesgo de que se califique este texto como reiterativo, volvemos a señalar, que tal es la razón por la cual existe un control constitucional sobre las reformas a la Constitución y que este control lo ejerce esta Sala, o sea no se trata que la Sala reforma el texto constitucional, se trata de que el mandato de esta Sala incluye la defensa de

la Constitución y trata de evitar que se reformen las normas relativas a derechos fundamentales y al sistema político y económico por vía no autorizada por el pueblo, autorización expresada mediante el poder reformador originario. Es así que este control, competencia de esta Sala Constitucional, procede cuando la reforma se produce con vicios de procedimiento, ya sea por violación a las reglas específicas previstas en los artículos 195 (en relación con el 124) y 196 de la Constitución Política, o bien cuando sea empleado el procedimiento de reforma parcial para la modificación de un aspecto esencial de la Constitución, por haberse reformado disposiciones, cláusulas o estructuras que no son susceptibles de enmienda, por estar expresamente sustraídas de una reforma parcial, o por estarlo implícitamente, en el caso de los derechos fundamentales. Estos derechos pueden ser objeto de reforma parcial, únicamente cuando se trate de modificaciones positivas, que son aquellas que amplían los contenidos de los derechos ciudadanos, -particularmente el de libertad- por la Asamblea Legislativa, sin embargo, las negativas, que son aquellas que reducen los contenidos de los derechos ciudadanos, únicamente pueden ser reformadas por una Asamblea Constituyente. Es decir, la Asamblea Legislativa puede ampliar los contenidos y alcances de los derechos fundamentales, pero no puede el poder constituyente derivado suprimir o reducir tales contenidos, pues de esta forma podría destruir el orden básico instituido por el poder constituyente originario. La rigidez de la Constitución no admite que tales disposiciones sufran detrimento por la actividad legislativa o de gobierno, porque si ello fuera admisible, podría suponerse que el poder legislativo o ejecutivo tienen competencia legítima para emitir normas en contra de la Constitución, -lo que a su vez significaría que podrían sustraerle la soberanía al pueblo, ya que actuarían en contra de sus intereses declarados. Al instituir la Constitución competencias al poder legislativo, a la vez las enmarca e impone, por tanto, limitaciones a su actividad. Agregamos que esta lectura tiende a su vez a proteger a la Asamblea

Legislativa, ya que incluye en su razonamiento que todo acto que desborde o contradiga el mandato constitucional destruiría también la base de la propia actividad legislativa y el fundamento legítimo de su autoridad. VIII.- EL PRINCIPIO DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL. La rigidez relativa de nuestra Constitución Política está fundada en la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo el ordenamiento, al que deben someterse tanto los habitantes de la República como TODAS las autoridades institucionales. El principio de rigidez constitucional es una garantía que el pueblo decidió darse. La “rigidez” significa que el pueblo costarricense, mediante sus múltiples asambleas constituyentes acontecidas en nuestra historia, ha estimado necesario establecer ciertas cautelas en el trámite de la reforma constitucional con el propósito de que sus normas no solamente mantengan estabilidad, sino que, en caso de encontrarse necesaria una reforma, para llevarla a cabo deban superarse escenarios político-electorales, de naturaleza circunstancial y transitoria. Si, como algunos han sostenido tanto en los medios de comunicación como en ensayos técnicos, fueran irrelevantes para esta decisión judicial, la calidad de Derecho Humano fundamental de la libertad pública de participación política, el propósito de las cláusulas pétreas y el objetivo del principio de rigidez, no tendría explicación que nuestro Constituyente, de forma consistente como se demuestra en el desarrollo histórico que aparece en este texto, se hubiera molestado en incorporarlos con tanta precisión en nuestra Carta Fundamental. Y menos aún, que se ocupara en señalar de forma expresa y contundente, que cualquier reforma parcial a la Constitución debe darse “con absoluto arreglo” a los procedimientos, condiciones, limitantes, requisitos, por ella prevista. Es imperativo tomar en consideración que la Junta de Gobierno de 1949 elaboró su propio Proyecto de Constitución Política, con el fin de incorporarlo a las discusiones en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. Tal pretensión no prosperó, por cuanto los Diputados Constituyentes no coincidieron en que tal documento fuera la

base de sus debates. Ya con esta decisión, tomada en una circunstancia histórica que podría haber conducido al Constituyente a satisfacer las pretensiones del Ejecutivo, los delegados demostraron que reconocían únicamente al pueblo como soberano y que no permitirían que su voluntad fuese manipulada o reducida por un grupo determinado. No obstante que lo propuesto en aquellos días por la Junta de Gobierno, no fue admitido como el documento base de discusión para el poder originario, lo cierto es que, al representar el sentir de una parte de la población, sí fue parcialmente introducido en el curso de las deliberaciones mediante mociones de los Constituyentes que lo favorecerían, y aunque es de aceptación muy extensa por los historiadores constitucionales que tales iniciativas generaron resultados limitados, algunas propuestas fueron de recibo por el Poder Reformador Originario. El Proyecto presentado por la Junta según las actas de la Asamblea Nacional Constituyente en el Tomo I, indicaba: "Costa Rica ha tenido la experiencia, sobre todo durante los últimos años, de la poca o ninguna importancia que se concede a la majestad de la Constitución Política, como base indispensable e imperativa que es deber de toda legislación. Las reformas a la Constitución, de acuerdo con la derogada de 1871, se efectuaban en forma bastante fácil, y, en cualquier momento, por razones que quizá no ameritaban una medida de tanta gravedad, un grupo de diputados propiciaba una modificación que la opinión pública no tenía tiempo u ocasión de madurar, discutir o combatir. Es necesario que las reformas a la Constitución obedezcan a evidentes necesidades nacionales y que reciban el apoyo tanto de las mayorías que gobiernan como de los ciudadanos que tienen derecho de expresar su criterio al respecto. En esa forma, la Constitución adquirirá la necesaria estabilidad, que garantice el respeto por las instituciones y podrá adaptarse mediante los cambios necesarios..." Como queda demostrado, el Proyecto de la Junta asumió en este particular una posición históricamente coherente, pues se constata en este texto que su pretensión se dirigía a mantener

e incluso aumentar la rigidez del procedimiento de reforma parcial. Esto es visible en la explicación de motivos de tal proyecto, que entendía que el procedimiento que se venía utilizando en virtud de lo dispuesto en la Constitución de 1871, podía devaluar al texto constitucional. Tal desnaturalización del espíritu o respeto a los principios de la Constitución, al proponerse y aprobarse reformas sin ese necesario itinerario requerido para una suficiente maduración mediante profunda discusión, lleva a concluir que la Junta le daba especial importancia a la voz del pueblo histórico. IX.- De todas las consideraciones insertas en esta sentencia, se deduce que la Asamblea Legislativa carece de competencia para hacer una reforma parcial que afecte los derechos fundamentales y las decisiones políticas fundamentales, por el procedimiento establecido en el artículo 195 de la Constitución Política. La Asamblea Nacional Constituyente estableció en el numeral 132 de la Constitución regulaciones a los derechos políticos de quienes aspiren al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República. En el caso que nos ocupa en esta decisión judicial, el inciso 1) prohibía la reelección únicamente para aquellos que hubieren ejercido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección. La reforma operada por ley No. 4349 prohibió en forma total la reelección presidencial, afectando negativamente derechos políticos de los ciudadanos y al actuar así, la Asamblea Legislativa, en ejercicio del Poder Constituyente de reforma parcial, excedió los límites de su competencia. La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir, amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante el procedimiento de reforma general, regulado en el artículo 196 de la Constitución Política y en estricto apego a lo allí dispuesto, se podría

intentar una reforma de tal naturaleza. Habiendo llegado a este punto del razonamiento judicial, es pertinente aclarar que la reforma parcial o total de la Constitución Política no se refiere a la cantidad de normas reformadas, sino que apunta a un aspecto cualitativo. Cualitativo, en el sentido de que si la pretendida reforma implica variación de aspectos esenciales de la vida político-social y económica de la nación, o restricción a derechos y garantías fundamentales, y aún cuando lo sea de una sola norma constitucional -o de uno de sus incisos-, no podría la Asamblea Legislativa, mediante el procedimiento de reforma parcial, aprobar la reforma sin violentar toda la Constitución. Una de las razones de sentido común en que se fundamenta la distinción entre reforma parcial y general, es que el criterio para determinar la capacidad de reforma parcial no sea cuantitativo, sino cualitativo, porque de lo contrario, por vía de la primera podrían reformarse todas y cada una de las normas constitucionales, -incluso aquellas que definen la fuente del propio poder legislativo que las promulga-, lo cual sería una *contradictio in absurdum*, porque implicaría la posibilidad de que la Asamblea se despojara de su propia competencia constitucional, e incluso alterara la fuente misma del poder constituyente, es decir la titularidad de la soberanía. Se trata entonces de proteger y defender a la Constitución como conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico. El principio de rigidez constitucional basado precisamente en el principio de soberanía popular, no tiene otro objeto que procurar que el Estatuto que recoge el modelo ideológico de la sociedad, así como las convicciones y valores comúnmente compartidas relativas a Derechos Humanos, no sean variados. Por ello, para llevar a cabo una reforma constitucional como la aquí cuestionada, mediante la cual se limita un derecho político dado por el constituyente originario, es necesario hacerlo a través del mecanismo de reforma general previsto en el artículo 196 constitucional y ser, necesariamente manifestación de la voluntad del pueblo, la cual deberá recogerse a través de los mecanismos idóneos

para ello. En razón de lo anterior en el caso concreto, sea en la reforma al artículo 132 de la Constitución Política, operada mediante la Ley N°4349, se produjo una violación al procedimiento previsto según lo señalado. Por ende, la consecuencia lógica y jurídica de una reforma constitucional tramitada con un vicio de tal naturaleza, implica su nulidad, ya que, como ha tenido oportunidad de declarar la Sala, los requisitos de procedimiento que la propia Constitución Política se esmera en precisar son fundamentales (“esenciales”, según se expresó en la sentencia N°5833-93), en tanto orientados a fortalecer la rigidez de su texto, esto es, orientados a una mayor dificultad de enmienda y en respeto de los derechos fundamentales que han sido reconocidos

ANEXO 3

**Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el 19
de mayo del 2010**

ANEXO 3

Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el 19 de mayo del 2010

En este anexo transcribimos la referida sentencia, la cual tiene mucha relevancia, ya que en ella se define la noción de “interés legítimo y jurídicamente protegido” y además, la Suprema Corte de Justicia reitera que no es posible controlar la constitucionalidad de la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional ni de la Constitución. Igualmente, reivindica el criterio procesal consistente en que puede quedar apoderada de la acción en inconstitucionalidad, a pesar de que el accionante no tenga calidad.

REPÚBLICA DOMINICANA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Rec.: Bunel Ramírez Merán

Exp.: 2009-1603

Rechaza

Dios, Patria y Libertad

República Dominicana

En Nombre de la República, la Suprema Corte de Justicia, regularmente constituida por los Jueces Jorge A. Subero Isa, Presidente; Rafael Luciano Pichardo, Primer Sustituto de Presidente; Eglys Margarita Esmurdoc, Segundo Sustituto de Presidente; Hugo Álvarez Valencia, Julio Ibarra Ríos, Enilda Reyes Pérez, Dulce Ma. Rodríguez de Goris, Julio Aníbal Suárez, Víctor José Castellanos Estrella, Ana Rosa Bergés Dreyfous, Edgar Hernández Mejía, Darío O. Fernández Espinal, Pedro Romero Confesor y José E. Hernández Machado, asistidos de la Secretaria General, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, Capital de la República, hoy 19 de mayo de 2010, años 167^o de la Independencia y 147^o de la Restauración, actuando

en funciones de Tribunal Constitucional, dicta en audiencia pública, la siguiente sentencia: Sobre la acción directa en declaratoria de inconstitucionalidad impetrada por Bunel Ramírez Merán, dominicano, mayor de edad, abogado de los Tribunales de la República, portador de la cédula de identidad y electoral número 011-0003868-4, matriculado en el Colegio de Abogados de la República Dominicana con el núm. 30883-1096-00, con domicilio procesal en la Av. Las Palmas 31, segundo nivel, Savica, Santo Domingo Oeste, provincia Santo Domingo, contra el artículo 4 de la Ley núm. 70-09, que declara la necesidad de reformar la Constitución de la República Dominicana;

Visto, la instancia firmada por el Licdo. Bunel Ramírez Merán, depositada en la Secretaría de la Suprema Corte de Justicia el 13 de abril de 2009, que concluye así: “PRIMERO: En cuanto a la forma, DECLARAR regular y válida la presente Acción en Inconstitucionalidad por haberse presentado conforme a la Constitución;

SEGUNDO: En cuanto al fondo, comprobar y declarar que el Art. 4 de la Ley No.70-09 del 27 de febrero de 2009 no está conforme a la constitución y en consecuencia, declarar su inconstitucionalidad e ineficacia jurídica”;

Visto, el dictamen del Magistrado Procurador General de la República del 13 de enero de 2010, el cual termina así: “Único: Que procede declarar inadmisibles las acciones de inconstitucionalidad interpuestas por vía directa contra la ley 70-09, del 27 de febrero de 2009, que declara la necesidad de la reforma de la Constitución de la República”;

La Suprema Corte de Justicia después de haber deliberado, y visto el artículo 185 de la Constitución de la República Dominicana, así como los textos legales invocados por los impetrantes;

Considerando, que el impetrante Bunel Ramírez Merán, solicita declarar no conforme a la Constitución el artículo 4 de la Ley núm. 70-09 y en consecuencia declarar su inconstitucionalidad e ineficacia jurídica;

Considerando, que el impetrante alega en síntesis lo siguiente: 1) Que la Ley núm. 70-09 no puede ordenar la inclusión de nuevos artículos a la Constitución en razón de que los artículos 117, 118 y 120 de la anterior Constitución lo impiden; 2) Que la Constitución no se refiere a la creación de nuevos artículos, sino a la reforma de uno, varios o todos los artículos existentes; 3) Que el artículo 4 de la Ley núm. 7009 es contrario a la Constitución toda vez que deja abierta la posibilidad de desbordamiento del poder limitado otorgado por el soberano al Legislativo;

Considerando, que la Constitución de la República proclamada el 26 de enero de 2010, en su tercera disposición transitoria dispone que la Suprema Corte de Justicia mantendrá las funciones atribuidas al Tribunal Constitucional hasta tanto se integre esta instancia;

Considerando, que la propia Constitución de la República establece en su artículo 185 que el Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia de las acciones directas en inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas a instancias del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido;

Considerando, que en virtud del citado artículo 185 de la Constitución de la República los particulares tienen calidad para accionar en inconstitucionalidad cuando posean un interés legítimo y jurídicamente protegido;

Considerando, que una persona tiene un interés legítimo y jurídicamente protegido cuando demuestre ser titular de un derecho o interés consagrado por la Constitución de la República, leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, cuya violación sea susceptible de causarle un perjuicio;

Considerando, que la presente acción, sin entrar en aspectos sobre la calidad de los impetrantes para ejercerla, carece de objeto pues con la proclamación de la Constitución en fecha 26 de enero de 2010 ha dejado de existir la Ley núm. 70-09 que declara la necesidad de reformar la Constitución de la República Dominicana y por vía de consecuencia, los textos constitucionales alegadamente violados por dicha Ley;

Considerando, que sin embargo, por la solución que se le dará al caso en el dispositivo de esta sentencia, se precisa que su contenido sea debidamente conocido, analizado y fallado al amparo de la Constitución actual, conforme al criterio de nuestra justicia constitucional;

Considerando, que ha sido criterio de esta Suprema Corte de Justicia que la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional sólo tiene por propósito convocar a la Asamblea Nacional, declarar la necesidad de la reforma e indicar los textos de los artículos que se han de modificar, sin que ello impida que la Asamblea Nacional una vez reunida, decida, en uso de su poder soberano, ampliar o reducir dicha reforma, con la única restricción que resulta de la prohibición de modificar la forma de gobierno;

Considerando, que aún en el caso de que la Ley núm. 70-09 pudiera ser declarada nula, la Constitución de la República, votada y proclamada por la Asamblea Nacional Revisora en fecha 26 de enero de 2010, no sería susceptible de ser anulada por el Tribunal Constitucional, ya que, tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, equivaldría a

subordinar la Constitución a los poderes que de ella dimanar y regula, con el consiguiente abatimiento del principio de la supremacía de la Constitución, además que se desconocería el artículo 267 de la misma que contiene una prohibición radical y absoluta en este sentido, al consagrar lo siguiente: “La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma indicada en ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares”;

Considerando, que, aparte de que en la Constitución en vigor ni en la anterior se previó la reunión de una asamblea constituyente para la reforma constitucional, la reforma producida a la Carta Magna y que tuvo su culminación con la proclamación de la misma el 26 de enero de 2010, fue realizada al amparo del poder de revisión de que es titular la Asamblea Nacional en uso del poder constituyente derivado de que está investida; que, no obstante, el examen de la Constitución reformada permite advertir que los cambios operados a la misma no afectaron su estructura orgánica, conservando en toda su extensión la división tripartita de poderes, el orden jurídico-político existente desde la fundación de la República y los principios fundamentales que le dieron origen, todo lo cual indica que la revisión no produjo cambios sustanciales o profundos a la organización del Estado que justificara la reunión de una asamblea constituyente, inexistente, por demás, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico;

Considerando, que la Constitución de la República, una vez proclamada por la Asamblea Nacional, momento a partir del cual entra en vigencia, no puede ser declarada inconstitucional, lo que no impide que sus disposiciones puedan tener efecto retroactivo y alterar o afectar situaciones jurídicas establecidas conforme a una legislación anterior, pudiendo incluso ser contraria a otro texto constitucional que haya estado vigente anteriormente;

Por tales motivos,

RESUELVE:

Primero: Rechaza la acción de inconstitucionalidad incoada por Bunel Ramírez Merán; Segundo: Ordena que la presente sea comunicada al Procurador General de la República, a las partes interesadas para los fines de lugar, y publicada en el Boletín Judicial para general conocimiento.

Jorge A. Subero Isa
Rafael Luciano Pichardo
Eglys Margarita Esmurdoc
Hugo Álvarez Valencia
Julio Ibarra Ríos
Enilda Reyes Pérez
Dulce Ma. Rodríguez de Goris
Julio Aníbal Suárez
Víctor José Castellanos Estrella
Ana Rosa Bergés Dreyfous
Edgar Hernández Mejía
Darío O. Fernández Espinal
Pedro Romero Confesor
José E. Hernández Machado

La presente sentencia ha sido dada y firmada por los señores Jueces que figuran en su encabezamiento, en la audiencia pública del día, mes y año en él expresados, y fue firmada, leída y publicada por mí, Secretaria General, que certifico.

Grimilda Acosta
Secretaria General

ANEXO 4

**Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el 18
de diciembre del 2008**

ANEXO 4

Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia el 18 de diciembre del 2008

En este anexo transcribimos los fundamentos de la controversial sentencia en la cual se decidió la acción mediante la cual se cuestionaba la constitucionalidad del contrato firmado entre el Estado dominicano y la empresa The Sunland Corporation R.D., S.A., de la República Dominicana. Igualmente se transcriben los fundamentos de los votos salvados y de los votos disidentes. Esta decisión tienen una gran importancia desde el punto de vista constitucional y del derecho procesal constitucional. Esencialmente se aborda el tema de la legitimación de las personas físicas y morales para accionar en inconstitucionalidad.

“Considerando, que, ciertamente, como ha sido alegado en la especie, el Poder Ejecutivo estaba en el deber ineludible de someter el acto impugnado a la sanción del Congreso Nacional, de conformidad con nuestra normativa constitucional; que, sin embargo, cuando se demanda la inconstitucionalidad o la nulidad de uno de los actos comprendidos en el artículo 46 de la Carta Magna por el no cumplimiento de un trámite que debió ser agotado por ante el Poder del Estado correspondiente, sólo puede hacerlo el mismo órgano o poder a quien la propia Constitución le atribuye esa competencia; Considerando, que, en consecuencia, siendo una potestad exclusiva del Senado de la República y de la Cámara de Diputados aprobar o no el préstamo a que se contraen las acciones en inconstitucionalidad en cuestión, solamente los presidentes de esas cámaras pueden ser considerados, al tenor del artículo 67 inciso 1, de la Constitución de la República, como parte interesada y, por lo tanto, con calidad para ejercer dicha acción; Considerando, que del estudio del expediente formado en la ocasión, resulta obvio que los impetrantes no ostentan la calidad de presidentes de

las Cámaras Legislativas, situación específicamente prevista en el artículo 67 de la Carta Fundamental, para poder ejercer válidamente las acciones en inconstitucionalidad de que se trata, por lo que al no tener los impetrantes esa condición, procede que dichas acciones sean declaradas inadmisibles, por falta de calidad; Por tales motivos: Primero: Declara inadmisibles, por falta de calidad, las acciones en inconstitucionalidad intentadas por Fidel E. Santana, Víctor Jerónimo, Manuel R. Castañón, Ricardo A. Florenzán, Santa Daniela Rodríguez, Socorro Monegro, Jesús Adón, Juan Hubieres, Eduardo Callado Rosa, Amparo Chantada y Jesús Caraballo; y por el Partido Revolucionario Dominicano (PRD) contra el contrato de construcción de obras prioritarias para el Estado Dominicano, suministro de materiales y equipos, suscrito entre el Gobierno de la República Dominicana y The Sunland Corporation, R. D., S. A., y sus documentos complementarios, de fecha 15 de mayo de 2006; Segundo: Ordena que esta sentencia sea comunicada al Magistrado Procurador General de la República y a los impetrantes, para los fines de lugar, y publicada en el Boletín Judicial, para su general conocimiento.

Jorge A. Subero Isa

Rafael Luciano Pichardo, Eglys Margarita Esmurdoc,

Hugo Álvarez Valencia, Juan Luperón Vásquez,

Margarita A. Tavares, Julio Ibarra Ríos,

Enilda Reyes Pérez, Dulce Ma. Rodríguez de Goris,

Julio Aníbal Suárez, Víctor José Castellanos Estrella,

Ana Rosa Bergés Dreyfous, Edgar Hernández Mejía,

Darío O. Fernández Espinal, Pedro Romero Confesor,

José E. Hernández Machado,

Grimilda Acosta (Secretaria General)

La presente sentencia ha sido dada y firmada por los señores Jueces que figuran en su encabezamiento, en la audiencia pública del día, mes y año en él expresados, y fue firmada, leída y publicada por mí, Secretaria General, que certifico. A. A. F.

Voto disidente

Es criterio de los suscribientes: Ana Rosa Bergés Dreyfous, Eglys Margarita Esmurdoc y Julio Aníbal Suárez, que la Suprema Corte de Justicia, actuando como Corte Constitucional no puede abandonar ni restringir el concepto de parte interesada que ha sido consagrado y mantenido a partir de la sentencia que fuera pronunciada el 8 de Agosto de 1998, en la cual se estableció: “que en armonía con el estado de derecho que organiza la Constitución de la República y los principios que le sirvieron de fundamento al constituirse la sociedad dominicana en nación libre e independiente, entre ellos el sistema de control de la constitucionalidad por vía de excepción, hoy ampliado mediante la instauración en 1994, con el derecho a demandar la inconstitucionalidad de la ley por vía directa, debe entenderse por parte interesada, aquella que figure como tal en una instancia, contestación o controversia de carácter administrativo o judicial, o contra la cual se realice un acto por uno de los poderes públicos, basado en una disposición legal, pretendidamente inconstitucional, o que justifique un interés legítimo, directo o actual, jurídicamente protegido, o que actúe como denunciante de la inconstitucionalidad de la ley, decreto, resolución o acto, para lo cual se requerirá que la denuncia sea grave y seria;” enunciado que aparece incluso citado en el primer considerando de esta sentencia, con lo cual se admite que las personas que cumplan con una de esas condiciones tienen la facultad de perseguir la declaratoria de inconstitucionalidad de cualesquiera de los actos de los poderes públicos que no estén acordes con nuestra Carta Sustantiva. Este concepto ampliado de “parte interesada” coincide con lo que los tratadistas han denominado *quivis expopulo*, el cual “se ha consagrado como una verdadera acción popular que garantiza el derecho constitucional de todo individuo a denunciar la inconstitucionalidad y a proteger así, no sólo un derecho subjetivo violado, sino a garantizar el ordenamiento constitucional, actuando como un verdadero centinela de la Constitución y las leyes; es así

como la acción directa en inconstitucionalidad se erige en una verdadera acción popular en la que cualquier individuo puede ejercer la acción en inconstitucionalidad, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial. Y es que en Derecho Constitucional el interés, contrario a lo que ocurre en Derecho Civil, no es la medida de la acción, sino la lesión o vulneración de la Constitución. Esta acción popular convierte a la Suprema Corte de Justicia en lo que Peter Haberle, refiriéndose al tribunal constitucional alemán, ha denominado un ‘tribunal ciudadano’” (Jorge Prats: *Derecho Constitucional*, Tomo I, pág. 341). Es por ello que lejos de ser restringido el marco de acción de los ciudadanos, éste debe ser ampliado, porque permite al máximo tribunal de justicia del país ejercer su función de guardiana de la Constitución y las leyes. En otro orden de ideas, la decisión así adoptada constituye un impedimento al acceso a la justicia, lo que vulnera el principio de la protección jurídica de los derechos y de las garantías procesales, reconocidos por la Constitución Dominicana y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, para cuyo ejercicio han sido instituidos en el país el recurso de amparo y el Ombudsman o Defensor del Pueblo. Que al adoptar el criterio de que la inconstitucionalidad o nulidad de un acto comprendido en el artículo 46 de nuestra Carta Magna por el no cumplimiento de un trámite requerido, sólo puede ser solicitado por el órgano de la administración pública, ante el cual deba realizarse el mismo, al tiempo que limita el acceso a la justicia de los ciudadanos, como se ha expresado anteriormente, impide que las acciones puedan ser ejercidas, en caso de que los funcionarios frente a los cuales tenga que realizarse la gestión coincidan en dicha omisión, lo que haría surgir un estado de inercia que no podría ser vencido por la ciudadanía. Que de igual manera lo decidido en esta sentencia puede dar como resultado que se contraigan obligaciones a cargo del Estado, al margen del control congresional y judicial, desconociendo el equilibrio que debe

primar entre los poderes del Estado y frente a los cuales la ciudadanía estaría privada de ejercer acción alguna. En tal virtud, somos de opinión que en la especie el tribunal debió declarar admisibles las acciones de que se trata y abocarse al conocimiento del fondo de las mismas, a fin de determinar su procedencia o no, ya que a nuestro juicio no existe ninguna causa que determine su inadmisibilidad.

Ana Rosa Bergés Dreyfous, Eglys Margarita Esmurdoc,
Julio Aníbal Suárez

Voto Salvado:

De los magistrados Rafael Luciano Pichardo, Hugo Álvarez Valencia, José E. Hernández, Machado, Margarita A. Tavares y Darío O. Fernández Espinal.

Por considerar ineludible fundamentar más que en la falta de calidad, en la falta de objeto, la inadmisibilidad de las acciones en inconstitucionalidad de los impetrantes, salvamos el voto, contrario por ello a lo resuelto, en parte, por la decisión.

Introducción:

Es la segunda vez que en el término de dos años la Suprema Corte de Justicia, en su rol de Tribunal Constitucional, aborda el examen de la constitucionalidad de un contrato en que es parte el Estado Dominicano. En la primera ocasión el fallo fue asumido en la sentencia, como se verá más adelante, del 26 de abril de 2006, la que votamos afirmativamente en vista de la validez de la solución adoptada. Ahora bien, a contrapelo de las consideraciones que hacen la mayoría de los magistrados que forman el pleno, para retener sólo la inadmisibilidad de las dichas acciones por falta calidad de los impetrantes, en el caso que ahora nos ocupa, exponemos a continuación las razones que entendemos como válidas para agregar la inadmisibilidad por falta de objeto:

1.- Las dos acciones acumuladas persiguen la declaratoria

de inconstitucionalidad del contrato de construcción de obras prioritarias para el Estado Dominicano, suministro de materiales y equipos, suscrito entre el Gobierno de la República Dominicana y The Sunland Corporation, R. D., S. A., el 15 de mayo de 2006, así como de los diecinueve (19) pagarés o notas promisorias suscritas conjuntamente con el contrato, en el cual intervino en representación del Estado el Director de la Oficina de Ingenieros Supervisores de Obras del Estado, Adscrita al Poder Ejecutivo, en virtud del Poder Especial No. 106-06 que al efecto le otorgara el Presidente de la República, el 12 de mayo de 2006, por no haberse sometido el contrato a la aprobación del Congreso Nacional, básicamente.

2.- El estudio de las acciones comprendió la ponderación de los documentos que se señalan en el encabezamiento. Por tanto, hemos llegado a la conclusión de que resulta conveniente agregar, en adición a los razonamientos precedentemente expuestos, que sustentan la inadmisibilidad por falta de calidad de los referidos impetrantes, las razones que propusimos con los mismos fines, fundamentadas en la terminación por mutuo acuerdo del contrato del 15 de mayo del 2006, ya mencionado y sus addenda, lo que tuvo efecto el 28 de noviembre de 2007. Con tales propósitos hicimos valer las razones y motivos que se exponen a continuación, sin dejar de tocar, accesoriamente, las cuestiones de fondo del asunto.

3.- En fecha 28 de noviembre de 2007 las mismas partes suscribientes del contrato del 15 de mayo de 2006 para las obras que serían ejecutadas, convinieron de mutuo acuerdo declarar resuelto el citado contrato y sus addenda haciendo valer las razones y motivos siguientes: “Conforme al informe de supervisión de trabajos realizados en aplicación de los indicados acuerdos por parte de la OISOE y avalados por Tecnoamérica, S. A., en calidad de empresa supervisora de las obras, la Segunda Parte sólo ha financiado obras por treinta

y un millones novecientos ochenta y cuatro mil ochocientos cuarenta y seis con 13/100 dólares norteamericanos (US\$31, 984,846.13). En las circunstancias descritas, es evidente que, en el tiempo transcurrido entre la fecha del contrato inicial (15-05-2006) y el momento actual, el interés original para la Primera Parte de acelerar la terminación de las obras prioritarias descritas en el contrato de fecha 15 de mayo de 2006, el acuerdo de fecha 5 de diciembre del 2006 y el addendum de fecha 25 de octubre del 2007, no ha sido satisfecho por la Segunda Parte y por consiguiente los recursos que se consignarán en el presupuesto de la Primera Parte en el año 2008, en lugar de ser utilizados para pagar a la Segunda Parte por financiamiento a los contratistas de obras podría aplicarlos la Primera Parte en forma directa y con resultados mas satisfactorios. Es igualmente, en las circunstancias descritas que ha devenido en innecesario y en consecuencia sin interés para la Primera Parte el financiamiento referido en el contrato del 15 de mayo de 2006 y sus modificaciones posteriores, según se consigna en la comunicación enviada, en fecha 02 de noviembre de 2007, por la Secretaría de Estado de Hacienda, en atención a solicitud de pronunciamiento sobre el caso de fecha 29 de octubre del año 2007, del Presidente de la República”;

4.- En atención a las puntualizaciones del preámbulo del contrato del 28 de noviembre de 2007 mediante el cual se deja sin efecto el contrato de obras del 15 de mayo de 2006, dichas partes establecieron, con el fin de finiquitar sus relaciones contractuales, las convenciones y cláusulas que sustentan la resolución del citado contrato, siguientes: “Primero: Las partes convienen en dejar resueltos de manera definitiva e irrevocable: a).- El contrato de fecha 15 de mayo de 2006, para la construcción, suministro de materiales y equipamiento de obras prioritarias para el Estado Dominicano, con firmas debidamente legalizadas por el Notario Público de los del número del Distrito Nacional, Licdo. Eduardo Antonio Rojas Matos; b).- El acuerdo firmado por las partes,

en fecha 5 de diciembre del 2006; c).- El addendum al contrato de fecha 15 de mayo del 2006, firmado por las partes, en fecha 25 de octubre de 2007, con firmas debidamente legalizadas por el Notario Público de los del número del Distrito Nacional, Licda. Hildegarde Suárez Castellanos. Y, en consecuencia, otorgarse recíprocos recibos de descargo y finiquito para todos los efectos y consecuencias derivados y por derivarse de los mismos; sin perjuicio de las obligaciones que quedan pendientes entre las partes, según las cláusulas que se consignan en los ordinales que siguen; Párrafo: La presente resolución ha sido convenida, pactada y firmada en el entendido de que las cláusulas que se consignan a continuación son de estricta interpretación en cuanto a las obligaciones pendientes de ejecución a cargo de la Primera Parte; Segundo: La Segunda Parte declara: a).- Haber realizado pagos a los contratistas de las obras descritas en el contrato de fecha 15 de mayo del 2006 y sus modificaciones, por un monto de treinta y un millones novecientos ochenta y cuatro mil ochocientos cuarenta y seis con 13/100 dólares norteamericanos (US\$31,984,846.13) por concepto de obras realizadas y cubicadas y dinero avanzado a los contratistas para ejecutar trabajos pendientes a cargo de la Oficina de Ingenieros Supervisores de Obras del Estado; b).- No haber hecho ningún otro pago a los contratistas, por concepto de construcción de obras, suministro de equipos y supervisión de dichas obras; y en consecuencia, que la obligación de repago a su favor por la Primera Parte sólo alcanza a la indicada suma de treinta y un millones novecientos ochenta y cuatro mil ochocientos cuarenta y seis con 13/100 dólares norteamericanos (US\$31,984,846.13). c).- La inexistencia de obligaciones adicionales derivadas de los indicados contratos, a cargo de La Primera Parte; Tercero: A la vista de la declaración que antecede hecha por la Segunda Parte y en cumplimiento de los indicados contratos, La Primera Parte declara y acepta que es su obligación repagar a la Segunda Parte la suma de treinta y un millones novecientos ochenta y cuatro mil ochocientos cuarenta y seis

con 13/100 dólares norteamericanos (US\$31,984,846.13), por los conceptos descritos en el ordinal que antecede; Cuarto: Por este mismo documento, La Segunda Parte declara: a).- Que es su obligación utilizar la suma de treinta y un millones novecientos ochenta y cuatro mil ochocientos cuarenta y seis con 13/100 dólares norteamericanos (US\$31,984,846.13) a ser pagada por la Primera Parte para saldar las obligaciones consignadas en las notas promisorias Nos. 6-19, 9-19, 10-19, 11-19 y 12-19, que fueran emitidas en fecha 15 de mayo del 2006, por la Primera Parte a favor de la Segunda Parte y en aplicación del contrato de la misma fecha; b).- Su obligación de no poder destinar dichos fondos a ningún fin diferente al consignado en el literal “a” de este ordinal; c).- Que una vez realizado el pago de la indicada suma de la Primera Parte dichas notas promisorias quedan sin ningún valor ni efecto; d).- No haber contraído ninguna otra obligación adicional relacionada con las notas promisorias anteriormente descritas; Quinto: Al momento de la firma de este documento, igualmente la Segunda Parte declara: a).- Haber pagado las cantidades consignadas y los intereses adicionales devengados en las notas promisorias Nos. 3-19, 4-19, 5-19, 7-19 y 8-19, emitidas por la Primera Parte, en fecha 15 de mayo de 2006, por un total de treinta y cinco millones noventa y siete mil doscientos sesenta y uno con 80/100 de dólares norteamericanos (US\$35,097,261.80); b).- Haber pagado los intereses y demás accesorios generados por la renegociación de dichas notas promisorias; c).- Que el pago de las notas promisorias precedentemente descritas se realizó con el dinero procedente de la venta de diecisiete notas promisorias de las emitidas por la Primera Parte a favor de la Segunda Parte, el 15 de mayo de 2006; d).- Que, en consecuencia, las notas promisorias descritas en este ordinal han quedado sin ningún valor ni efecto y sin obligación alguna a cargo de la Primera Parte, por lo que, al momento de la firma de este acuerdo, la Segunda Parte entrega, libres de cargas y gravámenes, dichas notas promisorias a la Primera

Parte; Sexto: Al momento de la firma de este documento, igualmente la Segunda Parte declara: a) Haber entregado a la Primera Parte las notas promisorias Nos. : 4-19A, 5-19A, 6-19A, 7-19A, 8-19A, 9-19A, 10-19A, 11-19A y 12-19A, que habían sido emitidas por la Primera Parte a favor de la Segunda Parte en sustitución de las notas promisorias Nos. 4-19, 5-19, 6-19, 7-19, 8-19, 9-19, 10-19, 11-19, 12-19; respectivamente; b).- Que las notas promisorias Nos.: 4-19A, 5-19A, 6-19A, 7-19A, 8-19A, 9-19A, 10-19A, 11-19A y 12-19A están libres de cargas y gravámenes; c).- Que con relación a las notas promisorias descritas en este ordinal la Segunda Parte no contrajo en momento alguno ninguna obligación; Séptimo: La Segunda Parte, al firmar este documento, declara que con dinero proveniente de la colocación de las notas promisorias emitidas en fecha 15 de mayo del 2006, readquirió la nota promisoría No. 16-19, inmediatamente después de su venta; por lo que esta última nota promisoría ha quedado sin ningún valor ni efecto y sin obligación alguna a cargo de la Primera Parte; en consecuencia, la entrega libre de cargas y gravámenes, a la Primera Parte; Octavo: La Segunda Parte declara que, pese que se encontraban en su poder desde la fecha misma de su emisión, en momento alguno transfirió, endosó o contrajo obligaciones relacionadas con las notas promisorias Nos.: 1-19, 2-19 y 3-19A por lo que, al haber sido rescindido por acuerdo de las Partes el contrato de fecha 15 de mayo de 2006 y sus “addenda”, estas notas promisorias han quedado sin ningún valor ni efecto y sin obligación alguna a cargo de La Primera Parte. En consecuencia, al momento de la firma de este acuerdo, la Segunda Parte entrega, libres de cargas y gravámenes, dichas notas promisorias a la Primera Parte; Noveno: La Segunda Parte declara que las notas promisorias Nos. 13-19, 14-19, 15-19, 17-19, 18-19 y 19-19 emitidas a su favor por la Primera Parte en fecha 15 de mayo del 2006, por un total de cuarenta y un millones cincuenta y dos mil seiscientos treinta dólares norteamericanos (US\$41, 052, 630.00), fueron endosadas y transferidas a favor de terceros

por la declarante, y en consecuencia, es obligación honrar con fondos propios el pago de las mismas, incluyendo sus accesorios; liberando, desde ahora y para siempre a La Primera Parte de toda obligación de pago vinculada a dichas notas promisorias. Párrafo: En razón de que las notas promisorias descritas en la parte capital del presente ordinal se encuentran en manos de terceros, La Segunda Parte entregará a la Primera Parte una carta de crédito irrevocable por la suma de US\$41,052, 630.00 como garantía de cumplimiento de las obligaciones de pago que pudieren originarse a cargo de la Primera Parte; Décimo: Las partes convienen en declarar de manera conjunta, que las fuentes de interpretación del presente acuerdo serán: en primer lugar, el contrato firmado por ellos en fecha 15 de mayo de 2006, el acuerdo del 5 de diciembre de 2006 y el addendum del 25 de octubre de 2007; en segundo lugar, el derecho público vigente en la República Dominicana; en tercer lugar, la jurisprudencia y doctrina comúnmente aceptadas en la materia en la República Dominicana; y en cuarto lugar, el derecho común, entendiéndose como tal, el Código Civil de la República Dominicana y la legislación especial en la misma materia; Undécimo: Para formar parte de este acto, comparece el señor Daniel Mejía, dominicano, mayor de edad, casado, identificado mediante el Pasaporte Norteamericano No. 048083659, con domicilio declarado en el 1214 North West, 137 TH. Pembroke Pines. FL 33028, Estados Unidos de Norteamérica y domicilio de elección, a los fines de este acto y todas sus consecuencias legales, en el Apto. No. 602 del Edificio No. 108, de la Av. Enriquillo, de la ciudad de Santo Domingo, D. N., República Dominicana, por sí y en su calidad de Presidente de R. O. & Internacional Trading Corp., según el poder societario otorgado al efecto, y quien declara, libre y voluntariamente, que se obliga por él y por la compañía representada, de manera solidaria y con renuncia al beneficio de excusión a pagar conjuntamente con The Sunland Corporation R. D., S. A., la suma de cuarenta y un millones cincuenta y dos mil seiscientos treinta dólares

norteamericanos (US\$41,052,630.00) por los conceptos especificados en el ordinal noveno de este acto.”;

5.- Es de principio que en cuanto a su ejecución, los contratos son sucesivos o instantáneos, siendo la duración en los primeros un elemento esencial de la convención, como ocurre en el arrendamiento de cosas, el contrato de trabajo, el préstamo, el contrato de seguro, el contrato de obra, entre otros, en los cuales los contratantes se ligan uno al otro por un cierto tiempo, contrario al caso de los contratos instantáneos, como la venta, el cambio o el mandato que se caracterizan, en principio, por una sola prestación; que, por esas características, desde el punto de vista del modo de su terminación, el contrato de ejecución instantánea cesa de tener efecto desde que la prestación es ejecutada, en tanto que, en el contrato de ejecución sucesiva, que implica la noción de duración, cada contratante está obligado frente al otro por el tiempo convenido, por lo que no puede ponerse fin, sin incurrir en responsabilidad, antes del término pactado sino por un acuerdo de sus voluntades, como es permitido por una de las reglas del artículo 1134 del Código Civil, según la cual las convenciones no pueden ser revocadas sino por mutuo consentimiento de aquellos que las han hecho, o por las causas que autoriza la ley.

6.- En ese orden, el estudio del contrato de obras pactado el 15 de mayo de 2006 entre el Gobierno Dominicano y The Sunland Corporation R. D., S. A., y de sus piezas complementarias, precedentemente reseñados, revela que la empresa contratista ejecutaría las obras de acuerdo al programa de obras, el cual prevé la terminación y entrega de las mismas a más tardar dentro de los doce (12) meses siguientes al inicio de los trabajos de la contratista. Esa sola cláusula inserta en el artículo 2.1 del contrato pone de relieve que se está ante un acuerdo de ejecución sucesiva susceptible de ser resuelto de mutuo acuerdo y, por su naturaleza, producir efecto ex nunc, esto es, para el futuro,

por no poder las partes hacer desaparecer los actos ya ejecutados ni aquellos pendientes ejecución, de lo que resulta que, no obstante la resolución, una o las dos partes quedan obligadas a ejecutar las obligaciones pendientes, aún no existiendo ya el contrato.

7.- El referido convenio y sus documentos complementarios han sido revocados por voluntad de las partes, según se revela en el acto suscrito el 28 de noviembre de 2007, el cual fue incorporado al expediente del caso, no existiendo evidencia de que entre las partes contratantes persista algún tipo de controversia que tenga su origen en la terminación anticipada del contrato ni en las obligaciones originadas con la emisión de las notas promisorias o pagarés respecto de los cuales The Sunland Corporation, R. D., S. A. ha extendido en favor del Estado Dominicano el más amplio y absoluto descargo, lo que se hace constar en el acuerdo revocatorio del 28 de noviembre de 2007, mencionado. Es por ello que los jueces carecen de competencia para pronunciarse en torno a la resolución de todo lo pactado.

8.- En una especie similar, ha sido juzgado por la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Tribunal Constitucional, con motivo de una acción en inconstitucionalidad intentada contra un contrato de concesión celebrado entre el Estado Dominicano y la LEIDSA., que: “Si bien es cierto que la cláusula novena del contrato intervenido entre la LN y la LEIDSA., el 30 de mayo de 1996, anteriormente transcrita, contiene disposiciones relativas a la obligación de gestionar, a cargo del Estado, exenciones, exoneraciones y limitaciones de impuestos a favor de LEIDSA., no menos cierto es que el addendum introducido a dicho contrato el 31 de enero de 1997, expresa categóricamente en la letra f), párrafo I, de su artículo primero, que se suprime el artículo noveno del contrato, por lo que, en la especie, resulta innecesario ponderar la solicitud de declarar no conforme con la Constitución una cláusula que ya ha sido revocada libre

y voluntariamente por las partes que intervinieron en su creación` (Constitucional: SCJ, 26 abril 2006, B. J. No. 1145, p. 14/23); que, en definitiva, lo que se perseguía era algo así como demandar la inconstitucionalidad o nulidad de una ley ya derogada y, por tanto, inexistente; que, en ese sentido cabría preguntarse ¿A quién se le ocurriría elevar una instancia semejante, por ejemplo, contra el abrogado Código de Procedimiento Criminal o de uno o más de sus artículos que estuvieron en vigor por más de una centuria?; Iniciativas como ésta, según se ha visto, han sido condenadas por la Suprema Corte de Justicia, como lo muestra la sentencia que se cita arriba, del 26 de abril del 2006;

9.- La solución de referencia se produjo en ocasión de una demanda en inconstitucionalidad de un contrato de ejecución sucesiva en que era parte el Estado, como es el caso, en que se fija la posición de esta Corte, en sus atribuciones de Tribunal Constitucional, en la materia, debió orientar la decisión que ha de adoptarse en el asunto bajo consideración, cuya única diferencia con aquél consiste en que, mientras en ese se impugnaba sólo una cláusula del contrato, en éste el contrato es atacado en toda su extensión por entender los impetrantes que viola determinados preceptos de la Constitución, de lo que resulta que habiéndose extinguido este último y sus accesorios por resolución bilateral de las partes, la acción en inconstitucionalidad analizada ha devenido sin objeto, causando una inadmisibilidad sobrevenida a consecuencia de esa extinción en virtud de la cual los actos concernidos quedaron fuera del control constitucional, por lo que la dicha acción resulta inadmisibile por carecer de objeto y, por tanto, de interés, lo cual es omitido en la sentencia que da lugar al presente voto salvado, como causa fundamental de la inadmisibilidad de las acciones en inconstitucionalidad intentadas.

10.- Por otra parte, en el hipotético caso de que el contrato de referencia, y sus documentos complementarios

no hubiesen sido revocados por las partes involucradas en el mismo, determinando así su desaparición como tal, y no obstante la inadmisibilidad de las acciones directas en inconstitucionalidad ejercidas por los impetrantes, entendíamos que la Suprema Corte de Justicia debió abocarse, en procura de preservar la supremacía de los valores constitucionales, a examinar adicionalmente el contenido de las referidas acciones; que tal proceder se justifica en atención a que las normas del Código de Procedimiento Civil, dirigidas a resolver controversias entre partes, que afectan sólo a ellas y a sus intereses, no pueden suplir necesariamente al Derecho Procesal Constitucional cuya primacía y efectividad, por los principios a que sirve de cauce, prima sobre aquellas, ya que no sólo tienen carácter erga omnes las decisiones que se adoptan en esta materia y por esta vía, sino que, por ello mismo, su procedimiento no puede verse limitado por formalismos de derecho común que traben la justicia constitucional; que en ese mismo orden conviene agregar, que es hoy admitido, conforme al citado principio de la supremacía de la Constitución, que la inconstitucionalidad de una ley o acto contrario a la letra o al espíritu de la Constitución, no debe ser declarada por el sólo hecho de que haya sido demandada, pues antes, es necesario agotar todas las posibilidades de lograr una interpretación conforme a la Constitución que haga innecesaria la declaratoria de inconstitucionalidad, la cual sólo deberá serlo cuando se descarte esa posibilidad;

11.- Que en ese interés, conviene repetir que las referidas acciones en inconstitucionalidad se fundamentan, como ya se ha dicho, en la alegada violación de los artículos 37, incisos 13 y 19; 46; 55, inciso 10; 110; 113; 4 y 8, numeral 5 de la Constitución, bajo el supuesto de que el contrato de obras mencionado y los documentos complementarios del mismo, comprometen el presupuesto nacional y no fueron sometidos a la aprobación del Congreso Nacional;

12.- Por su parte, el artículo 37, inciso 13, citado arriba, dispone que: “Son atribuciones del Congreso: ... Autorizar o no empréstitos sobre el Crédito de la República por medio del Poder Ejecutivo”; que si bien es cierto que las facilidades financieras concedidas por The Sunland Corporation, R. D., S. A., para la ejecución de las obras mencionadas en el contrato del 15 de mayo de 2006, fueron avaladas por 19 pagarés o notas promisorias suscritos por el Gobierno Dominicano, ello no obligaba necesariamente a éste cumplir con el rito congresional previsto en el texto transcrito, en razón de que sólo las obligaciones del Estado que tienen el carácter de un empréstito sobre el Crédito de la República deben sufrir la sanción congresional; que este criterio no sólo es el fijado por la Ley No. 6-06, del 20 de enero de 2006, sobre Crédito Público, sino que es sustentado, además, por la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia que en su sentencia del 19 de julio de 2000, en una especie que involucraba al Estado Dominicano como concedente en un contrato de concesión que generaba ingresos. En esa ocasión dijo la Suprema que: al no tratarse de un caso de aval o garantía del Estado Dominicano la situación planteada, al no referirse a un empréstito sobre el Crédito de la República, no entra dentro de las previsiones del artículo 37 inciso 13 de la Constitución (Constitucional, SCJ, 19 julio 2000, B. J. No. 1076, p. 76/84), de lo que se infiere que únicamente el empréstito sobre el Crédito de la República debe cumplir con las previsiones del citado precepto constitucional. la Ley No. 6-06 de Crédito Público, entre otras, “la deuda contingente que pueda generarse por el otorgamiento de avales, fianzas o garantías, cuyo vencimiento exceda al ejercicio fiscal”, lo que quiere decir, por argumento a contrario, que los avales que no excedan al ejercicio fiscal, no constituyen operaciones de crédito público; y, conforme al artículo 5, letras b) y c) de la misma ley, “no constituyen operaciones de crédito público, “los contratos de obras a realizar en más de un ejercicio financiero cuyos pagos se estipule realizar a medida que se realice la cubicación de la obra”, y, “los

avales, fianzas o garantías cuyo vencimiento no supere el ejercicio presupuestario en el cual se otorgaron”;

14.- Que, por su parte, consta: primero, en el Poder Especial No. 106-06 otorgado por el Poder Ejecutivo al Director de la Oficina de Ingenieros Supervisores de Obras del Estado, el 12 de mayo de 2006, para la suscripción del contrato de obras de que se trata, parte infine, que las notas promisorias o pagarés emitidos a nombre de The Sunland Corporation, R. D., S. A., serán repagadas a ésta, para cubrir el monto de hasta US\$130,000,000.00, valor a invertir en las obras, con vencimientos mensuales empezando un mes después del período de construcción de ocho (8) meses, con cargo al Presupuesto de Gastos Anual de la Oficina de Ingenieros Supervisores de Obras del Estado, Adscrita al Poder Ejecutivo; y, segundo, en el contrato de obras del 15 de mayo de 2006, en su artículo 2, sección 2.1, que “el Contratista ejecutará las obras de acuerdo al Programa de Obras, el cual prevé la terminación y entrega de las obras a más tardar dentro de los doce (12) meses siguientes al inicio de los trabajos del Contratista”; que examinados los demás aspectos de esos documentos básicos generadores de las relaciones contractuales que mantuvieron el Gobierno Dominicano y The Sunland Corporation, R. D., S. A., no se revelan elementos que permitan establecer en dichas relaciones la existencia de un endeudamiento que afecte el Crédito de la República, al tenor de la Ley No. 6-06, del 20 de enero de 2006, que distingue las operaciones que se consideran de Crédito Público de las que no lo son, a los efectos de determinar cuál endeudamiento del Estado debe ser sometido para su validez a la sanción congresional;

15.- Que independientemente de que el préstamo en cuestión y sus accesorios fue resuelto mediante común acuerdo de las partes el 28 de noviembre de 2007, quedando sin efecto para el futuro dicho contrato, cuya ejecución sólo abarcó una cuarta (1/4) parte de su precio, el mismo no

desbordó los límites fijados, como se ha visto, de la Ley No. 6-06, en sus artículos 4, letra e), pues la deuda contingente que generaba por el otorgamiento de garantías (notas promisorias) no excedió al ejercicio fiscal del año 2007; y 5, letras b) y c), ya que en el contrato de obras fue convenido que los pagos se efectuarían a medida que se realizaran las cubicaciones de las obras, así como que el vencimiento de las garantías no superaran el ejercicio presupuestario en el cual se otorgaron, de lo que se deriva que el aludido contrato, al ajustarse a los textos legales citados, no pueda ser calificado como deuda pública, ya que ésta era exigible sólo después de la recepción de las obras, que debían ejecutarse en un plazo de 12 meses, por lo que la Suprema Corte, si se hubiese entregado a hacer este análisis hubiera verificado que el empréstito concertado, al que tantas veces se ha hecho mención, no puede, dentro de los términos de la Ley núm. 6-06, ser tenido como tal, al no afectar el Crédito de la República y, por tanto, no sujeto a las previsiones del artículo 37, incisos 13 y 19 de la Constitución.

17.- Que en lo que concierne a la alegada violación a los artículos 55, inciso 10; 110 y 113 de la Constitución, por estipular el contrato de obras suscrito con The Sunland Corporation, R. D., S. A. el 15 de mayo de 2006, en su artículo 4, Sección 4. 5. 2, que cualquier y todos los impuestos, tasas y/o recaudaciones de cualquier naturaleza actual o futura del Gobierno de la República Dominicana que tenga que ser aplicada al pago de las notas promisorias o pagarés, serán pagados por la Primera Parte a favor del Contratista, esas exenciones formaban parte del contrato de obras que, según los impetrantes, estaban sujetas a la aprobación del Congreso Nacional y que, como se ha dicho, no requería la sanción congresional por no constituir un empréstito sobre el Crédito de la República; que, en ese aspecto, resulta irrelevante que se demande el cumplimiento de tal requisito, por cuanto dicha estipulación contractual, por estar incurra, con evidente carácter accesorio, en el contrato en cuestión,

cuya obligación principal no constituye un empréstito público al tenor de la Ley núm. 6-06 de Crédito Público, según se ha dicho, resulta forzoso admitir que el aspecto relativo a las exenciones impositivas de que se ha hablado está ligado de manera indivisible a la calificación jurídica que debió dar la Suprema Corte de Justicia, al tenor de la Ley de Crédito Público citada, si hubiese examinado el empréstito de referencia, o sea, que éste y sus accesorios no pueden ser considerados como deuda pública, por lo que resultan, a nuestro entender, liberados del trámite congressional que debió ser cumplido a juicio de los impetrantes.

Rafael Luciano Pichardo
Hugo Álvarez Valencia
José E. Hernández Machado
Margarita A. Tavares
Darío O. Fernández Espinal

Santo Domingo, D. N.
18 de diciembre de 2008.

ANEXO 5

**Debate en torno al objeto del control de
constitucionalidad**

ANEXO 5

Debate en torno al objeto del control de constitucionalidad

En este anexo transcribimos el debate que se desarrolló en torno al concepto “ley”. Debate que tenía un fondo político, ya que lo que en realidad estaba en juego era la cuestión relativa a si los decretos dictados por el poder ejecutivo eran o no objeto del control de constitucionalidad. Este debate tuvo lugar durante la vigencia de la anterior Constitución.

“En los primeros años de implementación del control concentrado, instaurado mediante la reforma de 1994, la Suprema Corte de Justicia interpretó de manera restrictiva el concepto de ley. Así por ejemplo, en ocasión de una acción en inconstitucionalidad incoada contra una Resolución de un Ayuntamiento, la Suprema Corte de Justicia pronunció la inadmisibilidad de la misma, en el entendido de que el objeto no era una ley. De manera expresa estableció el tribunal que: “ Considerando, que la acción a que se refiere el artículo 67 inciso 1 de la Constitución de la República tiene por objeto, exclusivamente, la declaratoria de inconstitucionalidad de carácter general aprobada por el Congreso Nacional y promulgada por el Presidente de la República, que sea contraria a la Constitución, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; que al no reunir esas condiciones la acción en inconstitucionalidad intentada por dicho impetrante debe ser declarada inadmisibile” Esta visión del tribunal varió a partir de la sentencia del 6 de agosto de 1998, fecha a partir de la cual comenzó a interpretar de manera extensiva el referido concepto y admitió acciones en inconstitucionalidad en contra de actos que no eran propiamente leyes. En el caso que dio lugar a la sentencia de referencia el objeto de la acción en inconstitucionalidad fue una Resolución del Congreso, mediante la cual se aprobó un contrato de permuta firmado

entre el Estado Dominicano y un particular. El vicio imputado a dicha resolución consistía en que no se habían cumplido los trámites previstos para la aprobación de las leyes, argumento que fue rechazado por la Suprema Corte de Justicia, en el entendido de que no se trataba de una ley en sentido estricto y que en consecuencia no era necesario agotar el mismo procedimiento. A pesar de que el tribunal tenía la convicción de que no se trataba de una ley, admitió a trámite la acción, dando la motivación que se indica a continuación: “Considerando, que si bien es cierto que el artículo 67, inciso 1, de la Constitución de la República menciona sólo a las leyes como el objeto de la acción en inconstitucionalidad por vía directa ante la Suprema Corte de Justicia, lo que ha servido de base para la posición hasta ahora mantenida, restringida a los actos propiamente legislativos del Congreso Nacional, no es menos valedero que cuando el artículo 46 de la misma Constitución proclama que son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución o acto contrarios a esta Constitución, está dando apertura indudablemente al sistema de control difuso de la constitucionalidad, o sea, el que opera mediante la excepción de inconstitucionalidad en el curso de una controversia judicial entre partes, como medio de defensa; que al consagrar la Asamblea Revisora de la Carta Magna en 1994, el sistema del control concentrado de la constitucionalidad, al abrir la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o una parte interesada, pudieran apoderar directamente a la Suprema Corte de Justicia, para conocer de la constitucionalidad de las leyes, es evidente que no está aludiendo a la ley en sentido estricto, esto es, a las disposiciones de carácter general y abstracto aprobadas por el Congreso Nacional y promulgadas por el Poder Ejecutivo, sino a la norma social obligatoria que emane de cualquier órgano de poder reconocido por la Constitución y las leyes pues, aparte de que el artículo 46 de la Constitución no hace excepción ni distinción al citar los actos de los poderes públicos que pueden ser objeto de una acción en nulidad o

inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia, como guardiana de la Constitución de la República y del respeto de los derechos individuales y sociales consagrados en ella, está en el deber de garantizar, a toda persona, a través de la acción directa, su derecho a erigirse en centinela de la conformidad de las leyes, decretos, resoluciones y actos en virtud del principio de la supremacía de la Constitución; Considerando, que si bien es cierto que el artículo 67 de la Constitución de la República”(Véase sentencia No. 1 del 6 de agosto de 1998, B.J. 1053, pág. 3). PELLERANO GÓMEZ es partidario de la tesis extensiva, porque entiende que”... es imposible que alguno de los actos que se enumeran en el artículo 46 puedan quedar libres del control difuso como del control concentrado de constitucionalidad, todo a causa de que ambos tipos de control son los medios procesales creados por el constituyente para que dicho principio sea realmente efectivo en la vida social” (Juan Manuel Pellerano “El control de constitucionalidad “Revista CAPELDOM, pág. 65.El artículo 46 de la Constitución, el cual trataremos más adelante, por ser el fundamento del control difuso, a diferencia del artículo 67.1, además de la ley, menciona los decretos, resoluciones y actos de los poderes públicos RAMOS MESSINA sostiene al respecto que: “En mi criterio, todos aquellos que establezcan una disposición de orden general, en primer lugar, y segundo, cualquier norma de un poder público que exceda sus facultades constitucionales o que lesione los derechos constitucionalmente consagrado puede ser objeto del recurso. Eso incluye leyes , decretos, reglamentos y ordenanzas ,entre otros.”(W. Ramos Messina, Gaceta Judicial, año 3, No. 65, septiembre 1999, página 18. JORGE PRATS entiende que el control de constitucionalidad debe incluir” (...) los ordenamientos normativos privados como son los estatutos y reglamentos internos de las compañía por acciones, las cooperativas, las ligas deportivas...” (Eduardo Jorge Prat “Derecho Constitucional”, tomo I, pág. 333). Otros autores, como LUCIANO PICHARDO entienden que el concepto ley debe ser interpretado de manera restrictiva. En efecto, el

indicado autor afirma que la Constitución es de interpretación estricta y la enumeración del artículo 67 inciso 1 es limitativa “al señalar exclusivamente la ley; esto es, el acto legislativo es el único, por esa limitación, susceptible de ser declarado nulo o inconstitucional por vía principal, por la Suprema Corte de Justicia.”(Rafael Luciano Pichardo “De la astreinte y otros escritos”, págs. 42 y 43, citado por Miguel Anibal Valera Montero “El Control Concentrado de Constitucionalidad en la República Dominicana, pág. 84). En igual sentido se pronuncia PINA TORIBIO, quien sostiene que: “En lo relativo a la acción directa, el texto menciona exclusivamente a la ley como acto contra el que puede ejercerse la misma, a diferencia de lo que hace el artículo 46, que da base a la acción por la vía incidental, que se refiere expresamente a leyes, decreto resoluciones, reglamento y “todo otro”. A lo anterior, agrega PINA TORIBIO que: “La comparación de ambos textos obliga a deducir que fue propósito de la reforma de 1994 limitar la acción directa sólo a las leyes, lo que se confirma por el estudio de las actas de sesiones de la Asamblea Nacional, en la que se discutió la propuesta de ampliar la acción a los decretos, resoluciones y reglamentos, rechazándose de manera expresa.”(César Pina Toribio, Revista Gaceta Judicial, año 3 No. 65, septiembre 1999, págs. 4 y 5). Ciertamente, tiene mucha razón PINA TORIBIO, cuando sostiene que la intención expresa de la mayoría de los legisladores que participaron en la Asamblea Nacional en ocasión de la reforma constitucional del año 1994, fue la de limitar el control directo de constitucionalidad a la ley en sentido estricto, es decir, a la ley adjetiva que aprueban las Cámaras del Congreso y que promulga el Presidente de la República. En efecto, en ocasión en que se discutía el contenido del mencionado texto, el senador Max Puig intervino para solicitar que: “...se incluyera un pequeño detalle que debía quedar, de manera taxativa, en este artículo 67: en el acápite primero, donde dice ‘y de la constitucionalidad de las leyes’”, se diga: “y de la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos y resoluciones”. Consideró que de esta forma

se “redondearía” este texto, y aunque se quisiese argumentar aquí la cuestión de la jerarquía de las leyes, de todas maneras si bien los decretos, leyes, reglamentos, y resoluciones se suponía que estaban sujetos a la ley, de la misma manera que la Suprema Corte de Justicia va a verificar si una ley está sujeta a la Constitución, asimismo la Suprema Corte de Justicia debía verificar si los decretos, reglamentos y resoluciones están sujetos a la ley y la Constitución. De otra forma, estarían cayendo en una incongruencia, pues si se controla la constitucionalidad de las leyes debe controlarse que los decretos, reglamentos y resoluciones estén bajo el imperio de la ley y la Constitución.”(Véase páginas 13 y 14 del acta de la tercera sesión celebrada por la Asamblea Nacional el 14 de agosto de 1994). Ante tal propuesta, el Senador Luis José González Sánchez, autor de la propuesta original, reaccionó de la manera siguiente: “Hay que respetar la separación de los poderes del Estado, pues no es posible que un decreto del Poder Ejecutivo pueda ser objeto de control por la Suprema Corte de Justicia; inclusive hay que tomar en cuenta que el Presidente de la República puede emitir un decreto y derogarlo mañana. Porque, en el caso de las leyes, sí, ya que cuando nosotros en el Congreso votamos una ley, ésta pasa a la administración de la justicia. Dejemos pues este artículo 67, tal como lo aprobamos en primera lectura.”(Véase página 14 del acta de la tercera sesión celebrada por la Asamblea Nacional el 14 de agosto de 1994). Esta última tesis fue la que finalmente se impuso y por eso el referido artículo 67.1 tiene el contenido que hoy conocemos. Independientemente de que uno esté o no de acuerdo con la tesis defendida por los legisladores que aprobaron la modificación constitucional, tenemos que admitir que de la discusión que se produjo en la Asamblea Nacional se deduce que la mayoría de los presentes estuvo de acuerdo en que se dejaran fuera del alcance del control directo de inconstitucionalidad los actos distintos a las leyes y en particular los decretos dictados por el Presidente de la República. De manera expresa se indicó en dicha Asamblea

que lo que estaba en juego era el principio de la división de poderes, en el entendido de que se vulneraba el mismo si se permitía que la Suprema Corte de Justicia controlara los actos del Presidente de la República. Obviamente, que si tal tesis fuera válida desde el punto de vista de las teorías políticas y jurídicas, tampoco podrían controlarse las leyes, ya que también son dictadas por uno de los poderes del estado y, precisamente, por el que tiene más legitimidad democrática. En definitiva, tendríamos que validar la tesis schmittiana, quien, como ya sabemos, se oponía a que las cuestiones constitucionales se judicializaran. En todo caso, estando fuera de discusión que la mayoría de los legisladores que participaron en la mencionada Asamblea Nacional excluyeron, expresamente, el control por la vía directa de cualquier acto que no fuera una ley y, en particular, de los actos dictados por el Presidente de la República, no tiene ningún sentido estar discutiendo cual es el alcance del concepto ley, ni tampoco es correcto considerar a quienes defienden la tesis restrictiva de que están haciendo una interpretación literal del texto, porque son ellos los que realmente están asumiendo una posición coherente con la opción que prevaleció en la Asamblea Nacional. Cuando la Suprema Corte de Justicia incluye en el objeto del control concentrado de constitucionalidad a los decretos y otros actos distintos a las leyes aprobados por el Congreso, está desconoció lo decidido por la Asamblea Nacional, lo que equivale a modificar la Constitución por la vía judicial en ausencia de una acción en inconstitucionalidad que cuestione el al aspecto examinado. Todo lo anterior lo que viene es a confirmar la famosa expresión de que la Constitución dice lo que dicen los jueces que dice. En torno al objeto del control de constitucionalidad queremos, finalmente, abordar dos aspectos: el primero de ellos se refiere al control de constitucionalidad de los tratados internacionales y el segundo al control de constitucionalidad de la propia Constitución (el segundo de los aspectos se aborda en el cuerpo del trabajo, por esta razón no se transcribe aquí). En

lo que concierne al control de constitucionalidad de los tratados internacionales, la Suprema Corte de Justicia se encuentra dividida, en razón de que mientras la mayoría entiende que pueden ser objeto de control, una minoría entiende que no. En efecto, en ocasión de una acción en inconstitucionalidad interpuesta contra el Concordato celebrado entre el Estado dominicano y la Santa Sede, el 13 de junio de 1954, la mayoría de la Suprema Corte de Justicia decidió conocer y rechazar la misma, mientras que dos de los magistrados sostuvieron que el tribunal era incompetente. A pesar de que dos de los jueces de los jueces que aparecen firmando la sentencia entendían que el tribunal debía declararse incompetente, en los motivos de la sentencia no se recoge nada al respecto. Dada la situación anterior sólo podemos analizar la tesis sustentada por la minoría. Conforme a la minoría, los tratados internacionales no forman parte del objeto del control de constitucionalidad, porque aunque se integran al ordenamiento interno después de su ratificación por el Congreso, no son actos que emanan de los poderes públicos, los cuales son los únicos que puede controlar la Suprema Corte de Justicia. Igualmente entienden que los tratados internacionales no están regidos por el derecho interno sino por el derecho internacional. En efecto, conforme lo entiende la minoría “La Reforma Constitucional de 1994, como es sabido, introdujo en el inciso 1 del artículo 67 de la Carta Magna, como facultad exclusiva de la Suprema Corte de Justicia, conocer en única instancia, entre otras atribuciones, de la constitucionalidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada. El alcance del ejercicio de la acción en inconstitucionalidad por vía directa prevista en el señalado precepto, ha sido interpretado por esta Suprema Corte de Justicia en su sentencia del 8 de agosto de 1998, reiterada en posteriores ocasiones, en el sentido de que al abrirse la posibilidad de que pudiera apoderarse directamente a la Suprema Corte de Justicia para conocer de la constitucionalidad de las leyes,

consagrándose de ese modo el sistema de control concentrado, resultaba evidente que no estaba aludiendo únicamente a la ley en sentido estricto, sino a toda norma social obligatoria emanada de cualquier órgano de poder reconocido por la Constitución y las leyes; que como el tratado internacional, que es definido por la doctrina como “un acuerdo celebrado por escrito entre sujetos de Derecho Internacional regido por el derecho internacional llamado a regular sus relaciones mediante la creación de derechos y deberes mutuos”, el mismo no forma parte de las normas o categorías anteriores, precisamente por no estar gobernado sino por el derecho internacional, lo que descarta obviamente el uso del derecho interno, aunque para su cumplimiento queda incorporado a éste. Como la entidad impetrante demanda de esta Corte declarar contraria a la Constitución de la República la Resolución del Congreso Nacional No. 3874 del 10 de julio de 1954, que aprobó el Concordato, de la cual forma parte, firmado entre la Santa Sede y el Estado Dominicano, el 16 de junio de 1954, y en consecuencia, declararla nula y sin ningún efecto jurídico ni responsabilidad para el Estado Dominicano, se hacía imperativo que la Corte, ante materia tan especial, determinara su competencia, de conformidad con las previsiones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita por el Estado Dominicano. Que siendo el Concordato y su Protocolo un instrumento jurídico regido por el Derecho Internacional (*jus cogen*) que obliga a lo pactado, según las normas mandatorias del artículo 53 de la citada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, resulta improcedente invocar el derecho interno para demandar su inconstitucionalidad apoderando con tales propósitos a la Suprema Corte de Justicia, como Corte Constitucional, la que, de abocarse al examen de la constitucionalidad de esos instrumentos internacionales aprobados y contenidos en la Resolución del Congreso Nacional núm. 3874, del 10 de julio de 1954, excedería los términos de su competencia, estrictamente fijados por la Constitución y la jurisprudencia constitucional

de esta Corte en su sentencia del 8 de agosto de 1998, ya que los actos que ponen en causa las relaciones del Gobierno con un Estado extranjero o un organismo internacional y tradicionalmente el conjunto de actividad diplomática de la República, escapa al control de los tribunales dominicanos, bajo el principio del *pacta sunt servanda*, incluida la cuestión constitucional, en razón de que el tratado internacional no corresponde a ninguno de los preceptos legales previstos en el artículo 46 de la Constitución de la República, pues éstos emanan de los poderes u órganos del Estado dominicano de acuerdo a su ordenamiento jurídico interno, caso de la especie, en tanto que el tratado, acto jurídico bilateral o multilateral, expresa la voluntad de dos o más Estados, por lo que al no ser el Concordato un precepto legal ni en la forma ni en su naturaleza, ni en sus efectos jurídicos, no puede ser ponderada su constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia en atención de la competencia que le atribuye el inciso 1 del artículo 67 de la Constitución y porque, además, los tratados internacionales sólo son susceptibles del control preventivo de constitucionalidad, principio que no es aplicable en el presente caso, en que se perseguía un pronunciamiento de inconstitucionalidad a posteriori, por lo que la decisión de la Corte debió ser declarar su incompetencia para juzgar un tratado ratificado antes de entrar en vigor el citado artículo 67 dando facultad al más alto tribunal de la república, para conocer de la constitucionalidad de las leyes. Rafael Luciano Pichardo y José E. Hernández Machado.”(Véase la página 21 de la sentencia dictada el 22 de octubre del 2008). La sentencia que estamos analizando no es la primera en la que se resuelve una acción en inconstitucionalidad en relación al Concordato firmado entre la Santa Sede y el Estado Dominicano. En efecto, en el año 1961 (Véase la página 606, de la sentencia dictada el 20 de enero 1961) fue atacado de inconstitucional el referido tratado internacional y en aquella ocasión la Suprema Corte de Justicia justificó su competencia para verificar si el mismo era conforme con la Constitución y los supremos principios que inspiran nuestro

ordenamiento jurídico. Los motivos dados por el tribunal para justificar su competencia fueron los siguientes: “Considerando, en cuanto al exceso de poder invocado por el Procurador General de la República, que los tratados internacionales debidamente ratificados por el Congreso tienen autoridad de una ley interna, en cuanto afecten derechos e intereses privados objeto del acuerdo; que por consiguiente, los tribunales no tan sólo tienen el derecho, sino que están en el deber de interpretar los tratados, en la medida en que la aplicación de una de sus cláusulas puede tener influencia en la solución de un litigio de interés privado; que esta interpretación como las de las leyes, está sometida al control de la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, que, como materia propia de juicio también corresponde a los tribunales resolver, bajo el control de casación, si un tratado internacional, lo mismo que las demás leyes, son o no compatibles con la Constitución.” Antes de continuar con el presente análisis conviene indicar, para la mejor comprensión del contenido del párrafo transcrito anteriormente, que para la fecha en que fue dictada la sentencia de referencia, sólo existía el control difuso y que el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia como consecuencia de un recurso de casación. Las diferencias jurídicas suscitadas en ocasión de la de la más reciente sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia resulta ser novedosa, porque gira en torno a un tópico generalmente no discutido. En efecto, normalmente lo que se discute en torno a los tratados internacionales es su jerarquía en el ordenamiento interno y, además, si están o no sometido al control a priori o al control a posteriori, no así el aspecto relativo a la competencia de los tribunales internos. Si bien es cierto, que una declaratoria de inconstitucionalidad a posteriori de un tratado internacional no libera de obligaciones al Estado y, que, además, tal comportamiento puede acarrearle graves consecuencias morales y materiales, nos parece que nada lo impide, porque en definitiva después que un tratado internacional es ratificado por el Congreso se integra al ordenamiento interno.

Aunque las obligaciones de los Estados se mantienen después de declarado inconstitucional el tratado internacional el control de este instrumento internacional, puede servir como mecanismo de control, tanto para el Poder Ejecutivo como para el Legislativo, para que antes de firmar un tratado internacional verifiquen la constitucionalidad del mismo. La declaratoria de inconstitucionalidad del tratado internacional cuando proceda constituye una sanción moral y política contra el Poder Ejecutivo, por haberlo firmado y contra el Congreso, por haberlo ratificado. En todo caso, lo conveniente es instaurar un sistema de control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, para evitar los trastornos que se generan con el control a posteriori”.

Esta edición de *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, de Hermógenes Acosta de los Santos, consta de 1,000 ejemplares y se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2010 en los talleres de Editora Búho, con motivo del 45° aniversario de la Universidad APEC, UNAPEC, en Santo Domingo, República Dominicana.

