

## LAS SENTENCIAS ATÍPICAS EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

César LANDA\*

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Premisas jurídico-políticas del control constitucional*. III. *Las sentencias atípicas*. IV. *Valoración final*.

### I. PRESENTACIÓN

Desde finales del siglo XX, la justicia constitucional en América Latina se ha instalado en la forma de tribunales o cortes constitucionales (Chile, Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia y República Dominicana), así también como una nueva competencia de las cortes supremas (Brasil, México, Argentina) o de una sala especializada de éstas (Costa Rica, Venezuela). Ello pone en evidencia dos cosas: una jurídica, que el Estado de derecho latinoamericano fundamenta su ordenamiento jurídico directamente en la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales;<sup>1</sup> y, otra política, que dada la experiencia autoritaria en la región —militar

\* Ex presidente y actual magistrado del Tribunal Constitucional del Perú; profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

<sup>1</sup> De Vega, Pedro, *Estudios político constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 283-309, asimismo, Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 145-174.

o civil—, no hay derecho sin democracia, como tampoco democracia sin derecho.<sup>2</sup>

El afianzamiento y desarrollo de este modelo de Estado constituye un desafío común para la región latinoamericana, que ha estado caracterizada por históricos problemas de inestabilidad jurídica y política, y por la necesidad de llevar a cabo reformas estructurales que democratizen el poder y distribuyan equitativamente la riqueza entre todos los ciudadanos.<sup>3</sup> En este escenario, la justicia constitucional se encuentra inserta en el núcleo de las cuestiones del nuevo Estado constitucional, en la medida que su quehacer si bien es de naturaleza jurídica, dada la crisis de representatividad de las clásicas instituciones democráticas como el Congreso y el Poder Judicial, se ha convertido en una nueva instancia de canalización y resolución jurídica de grandes cuestiones políticas.

No obstante, en líneas generales se observan distintas realidades y desafíos de la justicia constitucional en la región, en función de las debilidades y erosiones en materia democrática (Venezuela, Bolivia y Ecuador); así como en función de la mayor estabilidad institucional, pero con problemas de falta de transparencia gubernamental y corrupción (Brasil, Argentina, Chile) o menor institucionalidad y autonomía (Perú y Colombia); todo lo cual está directamente vinculado a la implementación de un modelo económico neoliberal o uno alternativo, que impacta la Constitución y pone a la justicia constitucional en cuestión, lo cual alcanza muchas veces a la estabilidad en el cargo de sus magistrados.

No obstante, la justicia constitucional latinoamericana ha dado respuestas a dichos desafíos, en “casos límite” para el poder; para lo cual se viene incorporando jurisprudencialmente la doctrina comparada acerca de la naturaleza, tipos, alcances y límites de las sentencias constitucionales.<sup>4</sup> La sentencia constitucional como cualquier otra sentencia en principio está investida de la misma naturaleza de un fallo judicial ordinario; sin embargo, dada la finalidad material al cual está vinculado un proceso constitucional, se ha trasladado mecánicamente una falsa dicotomía

<sup>2</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 118-131.

<sup>3</sup> Landa, César, “La vigencia de la Constitución en América Latina”. Landa, César y Faúndez, Julio, *Desafíos constitucionales contemporáneos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1996, pp. 13-23.

<sup>4</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer-Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa, 2009, p. 7.

propia de una sentencia ordinaria, al declarar fundada o infundada una demanda y, en consecuencia, expulsar una norma o mantenerla en el sistema jurídico.

Ello es así, debido a que el juez constitucional, al identificar un vicio sobre la constitucionalidad de una norma legal, se le presenta un abanico de opciones entre la declaración de constitucionalidad e inconstitucionalidad de la norma impugnada, a partir de lo cual puede construir diferentes tipos de sentencias atípicas, con diversos alcances, límites y efectos jurídicos en su fallo. Pero, precisamente esto ha dado lugar, por un lado, que se ponga en cuestión a las sentencias constitucionales atípicas en la medida que no sólo declaran fundada o infundada una demanda; y, por otro lado, que se acuse a los jueces constitucionales de operar como legisladores positivos. Lo cual, se ha señalado, pone en entredicho el clásico principio de división de poderes, la legitimidad democrática del legislador y hasta la propia seguridad jurídica; ello es así por cuanto, como diría en su día FORSTHOFF “una jurisdicción independizada es una jurisdicción en expansión”.<sup>5</sup>

Por ello, corresponde recuperar el viejo concepto de la jurisprudencia —*juris prudentia*—, frente a la ciencia jurídica —*scientia juris*—. En tanto la primera consagra una racionalidad material, orientada a los principios constitucionales y a la ponderación de valores, mientras la segunda encuentra en la racionalidad formal de la aplicación de las reglas a través de la subsunción el único camino para la comprensión de la Constitución. Además, mientras la *scientia juris* pretende llegar a un criterio, excluyente, de verdadero/falso, conforme a la lógica excluyente del *aut aut* o “dentro o fuera” —*Entweder oder*; la *juris prudentia* busca, más bien, acercarse a la verdad constitucional progresivamente, de lo menos a lo más. Esto último es lo que los antiguos llamaban *prudencia* y que, contemporáneamente, se denomina *ponderación* o *razonabilidad*.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Forsthoff, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 244. A modo de ejemplo revisar el Proyecto de Ley 14321/2205-CR que propuso que el Tribunal Constitucional del Perú no sea el intérprete supremo de la Constitución, ni pudiera dictar sentencias interpretativas, el cual fue rechazado en su admisión. Ver en Landa, César, (editor) *Tribunal Constitucional y control de poderes: documentos de debate*. Lima, Tribunal Constitucional del Perú–Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 135.

<sup>6</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 122-126.

No es el momento para abordar la complejidad de todos estos temas, sino centrar el análisis en la temática de las sentencias atípicas en América Latina, a partir de las premisas jurídico políticas del control constitucional en una región con una larga tradición autoritaria. Por cuanto, sólo en un Estado Constitucional basado en la justicia se presenta la compleja tarea jurídica y política del control constitucional, ante las insuficiencias del actual proceso de democratización del sistema político, para lo cual el análisis de la vinculación de las distintas técnicas de la elaboración de las sentencias a la solución de las cuestiones políticas, económicas y sociales pendientes de solución, nos permitirá valorar las consecuencias y eficacia de la justicia constitucional en el fortalecimiento de la democracia.

## II. PREMISAS JURÍDICO-POLÍTICAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Desde finales del siglo XX, el presidencialismo en América Latina se ha expresado en la despolitización y *desparlamentarización* de los asuntos de interés público y, simultáneamente, en la *economización* del interés general, y, la atribución del rol gestor del Presidente, en la transferencia de la economía pública a los grupos privados y las cargas públicas a los ciudadanos.<sup>7</sup> Sin embargo, en algunos países, ello ha generado inestabilidad social y económica; motivo por el cual a comienzos del siglo XXI han surgido: por un lado, los nuevos gobiernos de Venezuela, Bolivia y Ecuador que cuestionan el clásico modelo económico y político internacional, y; por otro lado, los gobiernos de Brasil, Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay, que buscan conciliar sus programas nacionales con los estándares internacionales. Mientras que países como México, Colombia y Perú se han allanado al nuevo modelo económico, con las consecuencias políticas y sociales que ello trae consigo.

Desde entonces se han producido reformas constitucionales en Brasil, México, Argentina; así como, también, se han promulgado nuevas constituciones mediante procesos constituyentes en Chile y Perú o se han aprobado por referéndum popular constituciones con un nuevo modelo

<sup>7</sup> Vega, Pedro de, "Neoliberalismo y Estado", *Pensamiento Constitucional*, año IV, núm. 4. Lima, Fondo Editorial - Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 31-36.

político y económico en Venezuela, Ecuador y Bolivia.<sup>8</sup> En todas estas constituciones presidencialistas se han incorporado o profundizado el rol de la justicia constitucional, mediante la creación de tribunales o cortes constitucionales, salas constitucionales o, concentrando las competencias constitucionales en las cortes supremas.

Como en un Estado Constitucional el principio democrático se encuentra en la base no sólo de la representación política del Estado, sino también del quehacer judicial; en América Latina se ha consagrado el principio según el cual, la potestad de administrar justicia emana del pueblo con arreglo a la Constitución y las leyes. Sin embargo, la justicia constitucional como entidad encargada del control judicial de las leyes ejerce un poder contra mayoritario de anular las normas legales inconstitucionales, tarea que no siempre es entendida por los poderes constituidos, en la medida que se asumen representantes exclusivos y excluyentes de la voluntad popular.<sup>9</sup>

Es precisamente frente a esta concepción democrática absoluta corporizada tanto en el Congreso de la nación y el presidente de la República, que surge la necesidad del control judicial de las leyes en base a la norma constitucional y a los principios no menos importantes de libertad e igualdad.<sup>10</sup> Se habilita a la justicia constitucional oponer a la soberanía popular, la soberanía de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales consagrados en ella.

En esa relación de tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional, la justicia constitucional debería operar como un árbitro que se encuentra por encima del conflicto político y jurídico. Sin embargo, en la región latinoamericana, las cortes supremas y los tribunales constitucionales no siempre pueden hacerse la ilusión de estar situados,

<sup>8</sup> Negretto, Gabriel. "Paradojas de la reforma constitucional en América Latina". En: <http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/negretto.pdf> (visitado en enero de 2010); asimismo, Cameron, Maxwell. "Reforma constitucional en América Latina en la actualidad". [http://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli\\_sci/Faculty/cameron/maxwell\\_a.\\_cameron.pdf](http://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/maxwell_a._cameron.pdf) (Visitado en enero de 2010).

<sup>9</sup> Berger, Raoul, *Government by judiciary. The transformation of the Fourteenth Amendment*, Indianapolis, Liberty Fund, 1997. p. 555.

<sup>10</sup> Ely, John Hart, *Democracy and Distrust, a theory of judicial review*, Harvard University Press, United States, 1981, pp. 281 y ss. asimismo Álvarez Álvarez, Fernando. "Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad (Refutaciones de carácter contramayoritario del Poder Judicial)", *Revista Dikania-Lo justo*, Colombia, año 17, núm.12, 2003.

ante la opinión pública, por encima de las partes de un proceso que ellos mismos han de juzgar. Pero, sí pueden generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda Constitución tiene, mediante las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional.<sup>11</sup>

No obstante, éste no siempre ha sido el supuesto, sino que, por el contrario, muchas veces los tribunales y cortes forman parte del mismo conflicto en unos casos, dada su proximidad al gobierno que los nominó. Y cuando éste no ha sido el supuesto, el poder ha arremetido contra la justicia constitucional independiente, mediante los juicios políticos en Perú o Argentina y las renunciadas forzadas a los jueces autónomos, como en Venezuela y Bolivia o la clausura del Tribunal Constitucional del Ecuador en 2004. Ello, a partir de determinados procesos constitucionales que pusieron en evidencia cómo el poder en América Latina se relaciona con la justicia constitucional o puede acecharla en las causas límite para el gobierno.

Ello no ha sido óbice para que a partir del complejo proceso de la judicialización de la Constitución, los tribunales constitucionales y cortes supremas en América Latina participen aunque subsidiariamente en la creación de las normas mediante su labor de intérpretes de la Constitución y a través de las sentencias atípicas, ejerciendo amplios poderes para controlar no sólo la forma, sino también el contenido de las normas y actos demandados de inconstitucionales. Por ello Cappelletti, ha señalado lo siguiente: “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del *grado* de la fuerza creadora o de las *autolimitaciones*”.<sup>12</sup>

Este proceso de constitucionalización y judicialización del Estado de derecho no ha dejado de lado el principio de legalidad y el de la ley, en la medida que constituyen las categorías básicas del ordenamiento jurídico, en función del cual se viene ejecutando la reorganización del Estado, la sociedad y la economía.<sup>13</sup> Sin embargo, la otrora noción de ley —gene-

<sup>11</sup> Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1997.

<sup>12</sup> Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”. Varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1984, p 629.

<sup>13</sup> Pérez Royo, Javier. “La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno”. Bar Cendon, Montero *et al.*, *El gobierno*, Barcelona, Diputación de

ral, abstracta, intemporal— ya no expresa las necesidades de los nuevos poderes públicos ni privados, sino más bien, se demanda cada vez más la expedición de leyes especiales o decretos de urgencia —particulares, concretos y transitorios—, propios del presidencialismo latinoamericano. Frente a las normas cuestionadas de inconstitucionales ante la justicia constitucional, los jueces han respondido desde la auto limitación, diluyendo su mandato como organismo encargado del control constitucional, hasta el activismo judicial que coloca al juez constitucional en una posición de cuasi legislador positivo.<sup>14</sup>

Ahora bien, este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y la tendencia al uso de normas legales especiales pone de manifiesto no sólo la crisis de la clásica noción de ley y legalidad, sino que lleva a replantear la manera de entender el control constitucional de las leyes, en cuanto al rol de la magistratura, los principios con que opera la jurisdicción constitucional, la vinculación de su jurisprudencia, las técnicas de la argumentación jurídica y los tipos de sentencias típicas y atípicas.<sup>15</sup> Tan es así, que se ha hecho necesario el desarrollo de un derecho procesal constitucional de raíces latinoamericanas, no exenta de la impronta europea de la justicia constitucional; donde la incorporación del uso de las sentencias atípicas constituye la punta del *iceberg* del debate, en la medida que resuelven sobre la constitucionalidad o no de una norma legal, ofreciendo una amplia gama de respuestas judiciales sobre el fondo de la controversia.

En el clásico modelo de control constitucional de la ley, éste tiene como finalidad el examen de constitucionalidad del texto legal sometido a jurisdicción constitucional en base a un canon valorativo constitucional —*función de valoración*—. Sin embargo, el efecto más notorio de dicho proceso de control se expresa en la expedición de una sentencia que

Barcelona, 1985, pp. 93-143 asimismo, Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione*, Roma, Laterza, 1996, pp. 911 y ss.

<sup>14</sup> Hart, Herbert. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño”, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994. pp. 327-350; donde presenta la controversia entre el activismo judicial y la autolimitación judicial en el desarrollo de la jurisprudencia en los Estados Unidos.

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en. Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Barcelona, Trotta, 2003, pp.13 y ss.; asimismo, Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, Aguiló, Joseph *et al.*, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 113 y ss.

expulsa una norma legal del ordenamiento jurídico cuando es declarada inconstitucional —*función pacificadora*—. Esta decisión de eliminación tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores, públicos y privados, de las normas jurídicas —*función ordenadora*—.<sup>16</sup>

Sin perjuicio de ello, la experiencia del control constitucional de las leyes en América Latina viene produciendo sentencias que se pronuncian más allá o fuera de lo demandado —*ultra petita* y *extra petita*—; donde los efectos del fallo si bien en principio son a futuro —*ex nunc*— también pueden ser modulados con efectos retroactivos —*ex tunc*— o incluso que dispone dejar su aplicación a futuro, pero sujeta a una condición material o temporal —*vacatio sententiae*—; donde no sólo el fallo es vinculante, sino también los fundamentos que expresan la razón jurídica —*ratio decidendi*—.

Asimismo, el fallo no siempre será mandatorio, sino que puede ser de apelación o exhortación al legislador a fin de que corrija el potencial vicio de inconstitucionalidad; donde el fallo demanda la aprobación de política públicas al gobierno, las cuales deberán ser objeto de supervisión en su cumplimiento por la magistratura constitucional; o que la cosa juzgada constitucional permita la anulación de fallos de la justicia ordinaria, entre otras fórmulas. En un caso u otro, a continuación se presenta la doctrina y la técnica jurídica de las sentencias constitucionales atípicas que viene utilizando la justicia constitucional latinoamericana.

### III. LAS SENTENCIAS ATÍPICAS

La evolución de la jurisdicción constitucional tanto en Europa como en Latinoamérica se ha dado también en el ámbito de la técnica para resolver casos abstractos o concretos. Ello no sólo se manifiesta en el uso de los modernos métodos de argumentación e interpretación constitucional, sino también en las diversas formas de decisión jurisdiccional, que va dejando atrás, la vieja dicotomía inconstitucionalidad-nulidad.<sup>17</sup> Nue-

<sup>16</sup> Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.*, Madrid, CEC, 1997, pp. 24 y ss.

<sup>17</sup> Cabe recordar que en el origen de revisión judicial de las leyes en los Estados Unidos, en el caso *Marbury versus Madison* (1803), el juez Marshall estimó que una ley contraria a la Constitución era nula, pero no por ello dispuso que a *Marbury* se le otorgara la investidura de juez negada y que demandó en base a la violación de una norma.



vas formas de sentencias constitucionales son ahora frecuentes de hallar en la jurisprudencia de las cortes y tribunales latinoamericanos, como una expresión del “diálogo jurisprudencial” que existe con la jurisdicción constitucional comparada.<sup>18</sup>

No debe perderse de vista que la diversa tipología de las sentencias constitucionales es también producto del *status* y la naturaleza compleja del Tribunal Constitucional (órgano constitucional, jurisdiccional y político), que va más allá, en definitiva, de su simple consideración como legislador negativo.<sup>19</sup> Dentro de esta concepción compleja, no hay lugar para un tribunal que sólo se limite a una función autómatas de definir la compatibilidad lógica entre dos normas, expulsando sin más del ordenamiento aquellas que son contrarias a la Constitución.

Ello porque la Constitución no sólo incorpora disposiciones, sino también valores superiores —como la democracia, la justicia, la igualdad, el pluralismo, la tolerancia entre otros—, y dinamiza los principios expresa o tácitamente previstos en las Constituciones —como el principio de interdicción de la arbitrariedad o el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, entre otros—. No se puede, pues, pretender reducir a los tribunales o cortes constitucionales, según la vieja tesis kelseniana, a un rol únicamente de legislador negativo, pues ello supone una concepción maniquea de la argumentación e interpretación constitucional en el cual no cabe una decisión que no sea en el sentido “constitucional o inconstitucional”.

En la actualidad, esto implica, además, desconocer los desarrollos contemporáneos del derecho constitucional en cuanto se refiere a la interpretación, toda vez que se distingue entre *disposición* —conjunto de palabras o enunciado lingüístico— y *norma* —el o los sentidos interpre-

<sup>18</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur”, *Revista Ius et Praxis*, núm. 1, año 10, 2004, pp. 113-158. Disponible en línea: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122004000100005&script=sciarttext> (visitado en febrero 2010); asimismo, Olano García, Hernán Alejandro. “Tipología de nuestras sentencias Constitucionales”, *Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas*, núm. 108, diciembre de 2004, pp. 551-602. Disponible en línea: [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pubrev/documents/13%lanoult..pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pubrev/documents/13%lanoult..pdf). (Visitado en febrero del 2010)

<sup>19</sup> Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 3a. ed., Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 101-104.

tativos que se derivan de la disposición—,<sup>20</sup> que es precisamente la base sobre la cual la jurisdicción constitucional ha desarrollado el siguiente abanico de modelos de sentencias que se ajustan a las necesidades concretas de cada realidad constitucional, incluida la realidad de América Latina.

### 1. *Sentencias de aplicación e interpretación*

Desde una primera perspectiva, las sentencias constitucionales se pueden distinguir entre sentencias *de especie* y sentencias *de principio*. Las primeras se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional sería meramente “declarativa”, ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella. Mientras que las segundas interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

Esta clasificación, inicialmente adoptada por el Tribunal Constitucional Peruano,<sup>21</sup> en la actualidad no parece del todo acertada, por cuanto es difícil entender que haya tribunales que se limiten a realizar una aplicación pura y simple de las disposiciones constitucionales, pues tal forma de proceder no se ajusta a la complejidad y estructura de dichas disposiciones, que requieren siempre de una actividad interpretativa previa, aunque esta sea mínima.

### 2. *Sentencias estimatorias y desestimatorias*<sup>22</sup>

Una segunda perspectiva de clasificación de las sentencias constitucionales se da a partir de reconocer si éstas son *estimatorias* o *desestimatorias*. Las sentencias estimatorias son aquellas que declaran fundada una demanda constitucional específica. Su consecuencia jurídica

<sup>20</sup> Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 101-104.

<sup>21</sup> STC 0004-2004-CC/TC; donde el Tribunal Constitucional peruano realizó una aproximación a la tipología de las sentencias constitucionales de aplicación e interpretación.

<sup>22</sup> Díaz Revorio, Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra editores, 2003, pp. 87-99.

no es otra que la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico mediante una declaración de invalidez constitucional (aunque esto, como se verá más adelante, es más bien excepcional) o la estimación del derecho fundamental vulnerado. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional.

### A. *Sentencias estimatorias*

Las sentencias estimatorias pueden ser de *simple anulación*, interpretativa *propriamente dicha* o *interpretativas-normativas* (mal denominadas manipulativas).<sup>23</sup>

#### a. Sentencias de simple anulación

En las sentencias *de simple anulación*, el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etcétera), y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la eliminación íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico. Como en el caso Simón (Fallo 328:2056) en virtud del cual la Corte Suprema Argentina declaró la inconstitucionalidad de la ley de obediencia debida, que declaró prescritos los crímenes de lesa humanidad cometidos por la Junta Militar, durante la década de los setenta.

La valoración que puede hacerse de este tipo de sentencias constitucionales va en el sentido que ahora la expulsión, sin más, de una disposición impugnada del ordenamiento jurídico es más bien la excepción y no la regla. Ello como una manifestación de los principios de interpretación de la ley conforme con la Constitución y del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes.

<sup>23</sup> Evitamos denominar a este tipo de sentencias como “manipulativas”, por cuanto que “manipular” significa, por un lado, manosear algo y distorsionar la verdad y la justicia; y los tribunales constitucionales no hacen (o no deberían) hacer ni lo uno ni lo otro.

### b. Sentencias interpretativas en sentido estricto

En las *sentencias interpretativas en sentido estricto*, el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean la controversia constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida. Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen (*disposición*) una significación y contenido (*norma*) distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado “nuevas normas”, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

Cada vez más este tipo de sentencias interpretativas se van haciendo frecuentes en la jurisdicción constitucional de América Latina; lo que muchas veces ha permitido cautelar bienes constitucionales que pudieran resultar puestos en una situación peor que si no se recurriera a este tipo de sentencias. Así, por ejemplo, en Colombia, en donde se las denomina “sentencias condicionadas”, éstas han ayudado a mantener dentro del ordenamiento jurídico ciertas interpretaciones de las leyes que son conformes con la Constitución.<sup>24</sup> En el Perú, en la STC 0014-1996-AI/TC, el Tribunal Constitucional interpretó la Ley de Planificación Familiar que consideraba a la esterilización como un método de planificación familiar, siempre y cuando ésta fuese reversible.

### c. Sentencias interpretativas-normativas

Las *sentencias interpretativas-normativas* se justifican cuando el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. La operación *ablativa o de exéresis* consiste en reducir los alcances

<sup>24</sup> C-473/94; Cfr. Martínez Caballero, Alejandro, “Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2000, marzo, año/vol. 2, núm.1, p. 13.

normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las “expresiones imperinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

La operación *reconstructiva o de reposición* consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo, produciéndose una creación judicial del derecho.<sup>25</sup> La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tal es el caso de la Ley de la Cédula Viva (STC Exp. 050-2004-AI/TC y acumulados), en la que el Tribunal Constitucional del Perú, en base al principio de igualdad, interpretó que los cinco requisitos para que el varón sea beneficiario de una pensión de viudez no debían ser exigidos copulativamente, como señalaba la ley, sino debía ser interpretado alternativamente a efectos de no tener un trato discriminatorio en relación a la viuda de un pensionista a la que sólo se le permitía acreditar un requisito. Para estos efectos, el tribunal expulsó la conjunción “y”, para otorgarle al vacío creado un sentido interpretativo disyuntivo con la conjunción “o”.

Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución.

a) El principio de conservación de la ley exige al juez constitucional optar, hasta donde sea razonablemente posible, por la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar un determinado valor o principio constitucional o un específico derecho fundamental. Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última *ratio* a la que debe apelarse. De esta forma, la simple

<sup>25</sup> Balaguer Callejón, Francisco, “Tribunal Constitucional y creación de derecho”, en Espín Templado, Eduardo y Díaz Revorio, Javier (coords), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 381-395.

declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.<sup>26</sup>

b) El principio de interpretación desde la Constitución es un axioma o pauta básica que asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con la Constitución. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; permitiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.<sup>27</sup>

No es difícil entender que la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un “tiempo”, un vacío legislativo dañoso —*horror vacui*—. En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desempeña también una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para la pacificación social en una región altamente conflictiva, como la latinoamericana.

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los “vacíos normativos” producto de un simple fallo estimatorio. Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia interpretativa-normativa se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento interpretativo.

#### d. Sentencias reductoras

Existe una pluralidad de sentencias interpretativa-normativas. Las *sentencias reductoras* son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etcétera) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada. En ese contexto, la sentencia ordena una res-

<sup>26</sup> Bickel, Alexander, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics Court at the bar of politics*, New Haven and London, Yale University Press, 1986, pp. 124 y ss.

<sup>27</sup> Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1983, pp. 26-31.

tricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos. En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

Así, la sala constitucional de la Corte Suprema de Venezuela en la sentencia 301/07, del 27 de febrero del 2007, consideró contrario a la protección constitucional del trabajador, que una norma legal tributaria sobre el impuesto a la renta, dispusiera que los asalariados tributaran sobre todas las percepciones vinculadas a la relación laboral y no sólo sobre el salario percibido; pero, falla reformulando la disposición legal acorde con los criterios establecidos en su sentencia.

#### e. Sentencias aditivas

También están comprendidas dentro de las sentencias interpretativa-normativas, las sentencias *aditivas*, en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En este caso, se procede a “añadir algo” al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción limitada presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que

el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas. La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales. Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada. El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

La sentencia 0062, del 3 de julio de 2003, del Tribunal Constitucional de Bolivia es una sentencia de este tipo por cuanto al comprender el Código de Seguridad Social sólo como beneficiario a las mujeres, bajo el principio de igualdad integró en su decisión a los varones para que también pudieran ser considerados en dicho supuesto.

#### f. Sentencias sustitutivas

Las sentencias *sustitutivas*, como sentencia interpretativa-normativa refleja que el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. Debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico. La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada —y en concreto afectada de inconstitucional—, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

México presenta un ejemplo emblemático y controvertido en materia electoral. En la acción de inconstitucionalidad 47/2006, se emitieron



resoluciones sucesivas como alternativa a la excesiva gravosidad que la sola declaración de inconstitucionalidad hubiese generado. La primera expulsó del ordenamiento jurídico todo el sistema normativo electoral, para luego, en una segunda resolución, declarar la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad de la declaración de inconstitucionalidad.<sup>28</sup>

En el caso de Brasil, el Supremo Tribunal Federal ha hecho uso de esta técnica frente a la omisión legislativa que impedía ejercer derechos constitucionalmente reconocidos. Tal es el caso del derecho a la huelga, por el que se presentó un *mandato de obligación* para que se emitiera la ley que regulara, luego de veinte años de promulgada la Constitución, el ejercicio de este derecho fundamental en relación a los servidores públicos. La solución fue la aplicación de las disposiciones reguladoras del derecho de huelga del sector privado, en la medida que éstas fueran compatibles con la naturaleza de la actividad y rol del sector público.<sup>29</sup> En este caso, las sentencias constitucionales por omisión legislativa no se pronuncian, como es evidente, sobre una ley existente, sino más bien ante la ausencia u omisión por parte del legislador.<sup>30</sup>

#### g. Sentencias interpretativas-normativas diferidas

De manera autónoma se habla también de las *sentencias exhortativas*, en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales.

Como puede observarse, si en sede constitucional se considera *ipso facto* que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con

<sup>28</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa, 2009, p. 74.

<sup>29</sup> Alfonso da Silva, Virgilio, "Supremo Tribunal Federal (Brasil)", en Ferrer-MacGregor, Eduardo (coord), *Crónicas de tribunales constitucionales en Latinoamérica*, p. 98.

<sup>30</sup> Ferreira Mendes, G. *et al.*, *Curso de direito constitucional*, 3a. ed., Sao Paulo, Editora Saraiva, 2008, pp. 1261 y ss.

el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental. En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

En Argentina, el caso Rosza, de los “jueces subrogantes”, nombrados a través de una resolución que luego la Corte Suprema argentina declaró inconstitucional, fue una muestra de recurrir a la técnica de la *vacatio sententiae* para que, a través de fijar los efectos diferidos en el tiempo se salvaguarde la institucionalidad del Poder Judicial.<sup>31</sup>

Debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes: *a)* expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución, *b)* conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se produce cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia, *c)* expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Una variante de las sentencias exhortativas son aquellas que, a diferencia de las anteriormente descritas, no tiene efectos vinculantes. Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, *strictu sensu*, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la Constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera la magistratura de la persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

Sentencias exhortativas son cada vez más frecuentes, por ejemplo, en el Tribunal Constitucional peruano y no sólo en el ámbito del control abstracto de las leyes, sino también en los procesos concretos de tutela de derechos fundamentales. Así, la sentencia 02002-2006-AC/TC, exhor-

<sup>31</sup> Bazán, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia de Argentina”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, México, 2009, pp. 32 y 33. .

tó al Ministerio de Salud a implementar un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas con plomo en la ciudad de la Oroya, debiendo dar una especial atención a los médicos especializados a los niños y mujeres gestantes.

Así, en México, por ejemplo, el primer caso en que la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley fue en la acción de inconstitucionalidad 37/2001 y acumuladas; en donde, además de estimarla, dispuso que el legislativo promulgara en noventa días la ley correspondiente. También en casos de desestimación, el Colegiado mexicano ha emitido sentencias exhortativas, con el fin de promover la actuación pronta del Parlamento. Tal es el caso de la acción de inconstitucionalidad 59/2006, que reclamaba por la omisión legislativa al no delinear los parámetros jurídicos para que las comunidades indígenas gestionaran sus propios medios de comunicación; la exhortación tenía la finalidad de hacer evidente la falta de regulación en la materia.<sup>32</sup>

La Corte Suprema de Justicia de Argentina ha hecho uso de las sentencias exhortativas para hacer énfasis en el deber tutelar del Estado. En el caso *Verbitsky*, referido a tratos inhumanos en los centros penitenciarios provinciales, el colegiado adoptó una sentencia exhortativa dirigida tanto al ejecutivo como al legislativo, indicándoles que era necesario adoptar medidas específicas para salvar las omisiones legislativas que contravenían la Constitución y los tratados internacionales<sup>33</sup>.

Como un tipo de sentencia estimatoria se incluye, además, las sentencias *estipulativas*, en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

En Panamá, por ejemplo, califican como jurisprudencia orgánica a la que define el sentido de las disposiciones constitucionales. Tal es el caso de la acción de inconstitucionalidad promovida don Paulo Vega Batista, a través de la cual solicitaba dejar sin vigencia la resolución de la Procuradora General de la Nación que ordenaba una interceptación telefónica, pese a que en la nueva Constitución panameña de 2004 se señalaba que

<sup>32</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 75.

<sup>33</sup> Bazán, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia de Argentina”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009, p. 22.

dichas restricciones a la privacidad sólo podían ser dictadas por un juez. En la sentencia que la Corte Suprema de Justicia panameña emitió, se hicieron precisiones en cuanto al contenido que debe dársele a términos constitucionales como el de “autoridad judicial”.<sup>34</sup>

### 3. Sentencias desestimatorias

Las *sentencias desestimatorias* son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas una concreta controversia constitucional. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. La praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimatoria.

La desestimación *por rechazo simple* resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley. La desestimación *por sentido interpretativo* (interpretación *strictu sensu*) establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que éste considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental. En ese entendido, se desestima la demanda presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos que vulneran el texto *supra*. Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de “acuerdo” con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

En el caso peruano, este último supuesto de sentencias desestimatorias por sentido interpretativo puede apreciarse en la STC 0002-2009-AI/TC, en donde se evalúa la constitucionalidad del acuerdo de libre comercio con Chile. El Tribunal Constitucional peruano declara infundada la demanda y le da un sentido interpretativo compatible con la Constitución a

<sup>34</sup> Sánchez González, Salvador, “Corte Suprema de Justicia (Panamá)”, en Ferrer-MacGregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, pp. 410, 416.

los términos usados en el acuerdo comercial entre ambos países, con la finalidad de que éstos se entiendan a la luz de las disposiciones constitucionales que velan por la integridad del dominio marítimo de 200 millas y la seguridad nacional en la restricción de derechos fundamentales como el de la propiedad.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias<sup>35</sup> que pueden denominarse “instructivas”, y que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Este tipo de sentencias se justifican porque tienen como finalidad orientar a los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, porque contribuye a que los ciudadanos ejerciten mejor sus derechos.

Como una cuestión, aparte de lo ya señalado *supra*, cabe decir que si bien en la tipología de las sentencias constitucionales en América Latina, se puede apreciar la influencia de la jurisprudencia y dogmática italiana, no debe perderse de vista que el derecho constitucional alemán también presenta sus propias peculiaridades en cuanto se refiere a los tipos de sentencias constitucional y al cual nos referiremos en otra ocasión. Sin embargo, sí es pertinente señalar que en dicho ordenamiento jurídico se habla, por ejemplo, de sentencias constitucionales de *nulidad parcial cuantitativa* y de sentencias de *nulidad parcial cualitativa*.<sup>36</sup>

La primera se aplica en aquellos casos en los que es suficiente la reparación de la inconstitucionalidad mediante la declaración de nulidad de algunas disposiciones de la ley; mientras que la segunda se da en aquellos casos en los cuales la disposición permanece inalterada, pero su aplicación a determinadas constelaciones de casos deviene en inconstitucional. Además, las *sentencias de aviso* permiten señalar que una ley, al momento de ser sometida a control constitucional, es todavía constitucional, pero bajo determinados elementos fácticos que pueden presentarse en el futuro, puede convertirse en inconstitucional.

<sup>35</sup> STC 0008-2003-AI/TC y STC 018-2003-AI/TC, donde se desarrollaron los principios de economía social de mercado consagrados en la Constitución.

<sup>36</sup> Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Munich, Beck, 1997. pp. 264 y ss.; Córdova, Gabriela, *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003. pp. 74 y ss.

## IV. VALORACIÓN FINAL

Contemporáneamente, la jurisdicción constitucional tanto en América Latina como en Europa ya no sólo se caracteriza por el monopolio para realizar el control abstracto de constitucionalidad de las leyes, sino también por las diversas formas en que puede adoptar una sentencia dictada en el marco de un proceso constitucional específico. Esta es una de las principales características que lo diferencia también de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Con ello cada vez se va dejando atrás las formas tradicionales de las decisiones de los tribunales y cortes constitucionales, para dar paso a una serie de sentencias atípicas que responden, más que a cuestiones eminentemente teóricas, a situaciones políticas que surgen de cada realidad constitucional concreta.

Particularmente en el caso de Latinoamérica, los tribunales y cortes constitucionales vienen dando respuesta a los “casos límite” que se someten a su competencia para ser resueltos, en el cual se conjugan bienes y valores constitucionales, y en el que no cabe un razonamiento y menos una forma de decisión formalista. Para lo cual, progresivamente, se viene incorporando jurisprudencialmente, con beneficio de inventario, la doctrina constitucional comparada acerca de la naturaleza, tipos, alcances y límites de las sentencias constitucionales.

Ello porque no debe obviarse que, en su función de guardián de la Constitución, los tribunales y cortes constitucionales deben contemplar en sus decisiones, la necesidad de preservar del orden constitucional que debe ser protegido. Es que, como órgano constitucional que participa en la formación de la voluntad del Estado, ellos están obligados a considerar las consecuencias jurídicas de sus decisiones para la sociedad estatal, evitando orientarse, simplemente, por el lema “*fiat justitia pereat mundus*”<sup>37</sup> (*que se haga justicia aunque perezca el mundo*). Porque es evidente que, junto a ella, existen también otros bienes constitucionales a proteger y que pueden condicionar, con razonabilidad, la adopción de una determinada forma de resolver las controversias constitucionales, especialmente a través de las denominadas sentencias atípicas.

Finalmente, el desafío de expedir sentencias “atípicas” se ha presentado cuando los tribunales han asumido una cuota de poder judicial más

<sup>37</sup> Ferreira Mendes, Filmar, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, Estudos de direito constitucional*, 3a. ed., Sao Paulo, Editora Saraiva, 2009. p. 401.

activo y dinámico, controlando las decisiones gubernamentales; hecho que ha dado lugar a conflictos con el gobierno o con la oposición política. Conflictos, que resultan inevitables en tiempos de crisis y de transformación, como en el actual proceso democrático latinoamericano, donde existe el peligro que la otrora centralidad del derecho desplazada por el puro “decisionismo político”, tanto del presidencialismo como de las mayorías parlamentarias,<sup>38</sup> pueda ser retomada por una justicia constitucional, de aquí la importancia de ponderar las virtudes de las sentencias atípicas en el marco del proceso democrático latinoamericano y estar alertas de su instrumentalización para soslayar la protección de los derechos fundamentales y el control y balance de poder.

<sup>38</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 6, pp. 131 y ss; Doehring, Karl, “Der Autoritätverlust des Rechts”, en Schnur, Roman (comp). *Festschrift für Ernst Forsthoff, Zum 70. Geburtstag*, München, C.B. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972, pp. 103-118.