

LOS JUECES CONSTITUCIONALES COMO LEGISLADORES POSITIVOS. UNA APROXIMACIÓN COMPARATIVA¹

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

*Vice Presidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado
(1982-2010)*

COMENTARIOS PRELIMINARES

- La subordinación de los jueces constitucionales a la Constitución

En todos los países democráticos del mundo contemporáneo, los jueces constitucionales² tienen como función primordial el interpretar y aplicar la Constitución con el fin de preservar y garantizar su supremacía, particularmente cuando ejercen el control de la constitucionalidad o de la convencionalidad de las leyes,³ así como cuando garantizan la vigencia del principio democrático y la efectividad de los derechos fundamentales, rol en el

¹ Texto preparado para ser presentado al **II Congreso Internacional "Proceso y Constitución"**, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara., México, 24 al 26 de noviembre. Estos comentarios tienen su origen en el texto de la *Ponencia General* que sobre el mismo tema presenté ante *XVIII Congreso Internacional de Derecho Comparado* organizado por la **Academia Internacional de Derecho Comparado**, y celebrado en la Escuela de Derecho de la Universidad George Washington, Washington, en julio de 2010. Véase el texto completo de dicha Ponencia General en <http://allanbrewercarias.com/> (Sección I, 1, año 2010). Publicado en *Isotimia, Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica, No. 4 Monográfico. Estudios sobre metodología del derecho comparado, Homenaje a Lucio Pegoraro*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Editorial Porrúa, México 2011, pp.17-53

² Para los efectos de este estudio, debido a la variedad de soluciones que existen en el mundo contemporáneo en materia de justicia constitucional, la expresión "juez constitucional" la hemos utilizado refiriéndonos, en general, tanto a los Tribunales y Cortes Constitucionales o a los Tribunales Supremos cuando ejercen la Jurisdicción Constitucional, como a los jueces ordinarios cuando ejercen la justicia constitucional.

³ Para los efectos de este estudio, dentro de la expresión "control de la constitucionalidad" hemos incluido no sólo el control de la constitucionalidad de las leyes en su conformidad con la Constitución, sino también el "control de la convencionalidad" de las mismas en el sentido de su conformidad con las Convenciones Internacionales, particularmente en materia de derechos humanos; así como de su conformidad con las "Convenciones Constitucionales," como es el caso, por ejemplo, en el Reino Unido. Véase en general, Ernesto Rey Cantor, *El control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Ed. Porrúa, Mexico 2008; Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, Santiago de Chile 2009, pp. 109-128.

cual también asumen el papel de adaptar la Constitución cuando los cambios sociales y el tiempo así lo requieren.

Ese rol del Juez Constitucional puede decirse que es común en todos los sistemas de justicia constitucional, particularmente si se tiene en cuenta que en las últimas décadas, en el mundo contemporáneo, se ha venido consolidado un proceso de convergencia progresiva de principios y soluciones entre dichos sistemas,⁴ que en muchos casos incluso dificultan que se pueda establecer aquella otrora clásica y clara distinción entre los clásicos sistemas concentrados y difusos de control de constitucionalidad,⁵ que dominaron la materia por mucho tiempo.⁶

En todos los sistemas, en todo caso, el principio básico que se puede identificar es que los jueces constitucionales, al cumplir su papel, siempre tienen que estar subordinados a la Constitución, sin que puedan invadir el

⁴ Véase Lucio Pegoraro, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos," en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2004, pp. 131 ss.; Alfonse Celotto, "La justicia constitucional en el mundo: formas y modalidades," en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2004, pp. 3 ss

⁵ Véase por ejemplo, Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Librería Bonomo Editrice, Bologna 2003, pp. 40 ss.; Francisco Fernández Segado, "La obsolescencia de la bipolaridad 'modelo Americano-modelo europeo-kelseniano' como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa," en su libro *La Justicia Constitucional: Una visión de derecho comparado*, Tomo I, Ed. Dykinson, Madrid 2009, pp. 129-220; Guillaume Tusseau, *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle: essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, Edition bilingue: français-italien, 2009; Guillaume Tusseau, "Regard critique sur les outils méthodologique du comparatisme. L'exemple des modèles de justice constitutionnelle," en *IUSTEL, Revista General de Derecho Público Comparado*, No 4, Madrid, enero 2009, pp. 1-34

⁶ Véase Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Contemporary World*, Indianapolis 1971, p.45; Mauro Cappelletti y J.C. Adams, "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations", en *Harvard Law Review*, 79, 6, April 1966, p. 1207; Mauro Cappelletti, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61, 1966, p. 28; Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Allan R. Brewer-Carías, *Études de droit public comparé*, Bruilant, Bruxelles 2000, pp. 653 ss. En relación con dicha diferencia, que hemos utilizado con gran frecuencia, se puede afirmar que el único aspecto de la misma que aún permanece constante, es el que se refiere al órgano jurisdiccional de control, en el sentido de que en el sistema difuso de control de constitucionalidad el mismo corresponde a todos los tribunales y jueces, siendo todos ellos "jueces constitucionales" sin la necesidad de que sus poderes estén establecidos expresamente en la Constitución; mientras que en el sistema concentrado de control de constitucionalidad, es la Constitución la que debe establecer la Jurisdicción Constitucional en forma expresa, asignando a una sola Corte, Tribunal o Consejo Constitucional, o al Tribunal o Corte Suprema existente, la facultad exclusiva de controlar la constitucionalidad de las leyes y de poder anularlas cuando sean inconstitucionales.

campo del Legislador o el del poder constituyente. Lo contrario equivaldría, como lo ha afirmado Sandra Morelli, a desarrollar un “totalitarismo judicial irresponsable”⁷ el cual, por supuesto, forma parte del capítulo de la patología del control de constitucionalidad.

Es decir, los jueces constitucionales pueden ayudar al Legislador a llevar a cabo sus funciones; sin embargo, no pueden sustituirlo ni promulgar leyes, ni poseen base política discrecional alguna para crear normas legales o disposiciones que no puedan ser deducidas de la Constitución misma.

Es en este sentido que es posible afirmar como principio general, que los jueces constitucionales aún siguen siendo considerados – como Hans Kelsen solía decir – como “Legisladores Negativos;”⁸ o que no pueden ser “Legisladores Positivos” en el sentido de que, como lo afirman Richard Kay y Laurence Claus, los mismos no pueden elaborar ni crear leyes *ex novo* que sean producto “de su propia concepción,” ni adoptar “reformas” respecto de leyes que han sido concebidas por otros actores legislativos.⁹

- El nuevo papel de los jueces constitucionales y la cuestión de su rol como Legisladores Positivos

Este sigue siendo, sin duda, el principio general sobre la justicia constitucional en el derecho comparado en su relación con el Legislador, aún cuando en las últimas décadas el papel de los jueces constitucionales haya cambiado considerablemente, en particular porque su rol no se limita ya a solo declarar la inconstitucionalidad o no de las leyes, o a anularlas o no por razones de inconstitucionalidad. En efecto, en todos los sistemas de justicia

⁷ Véase Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: un papel por definir*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002; y “*The Colombian Constitutional Court: from Institutional Leadership, to Conceptual Audacity*,” Colombian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 3. Véase también, Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*,” en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, Septiembre 2005, pp 463-489, y en *Revista de Derecho Público*, N° 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp 7-27; *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007; y *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

⁸ Véase Hans. Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Librairie Général de Droit et the Jurisprudence, Paris 1928, pp. 197-257 ; Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico 2001.

⁹ Véase Laurence Claus y Richard S. Kay, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’ in the United States*,” U.S. National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 3, 5.

constitucional se han venido desarrollado nuevos enfoques conforme a los cuales, por ejemplo, basados en el principio de conservación de las leyes, y debido a la presunción de constitucionalidad de la cual gozan, los jueces constitucionales tienden a evitar anularlas o a declararlas inconstitucionales (aún cuando sean contrarias a la Constitución), y proceden cada vez con más frecuencia a interpretarlas de acuerdo o en conformidad con la Constitución o en armonía con la misma. Ello ha permitido al juez constitucional evitar crear vacíos legislativos y, en algunos casos, incluso, llenarlos en forma temporal y hasta permanente cuando los mismos pudieran ser originados por una eventual declaración de nulidad o inconstitucionalidad de la ley.

Además, en la actualidad es aún más frecuente constatar cómo los jueces constitucionales, en lugar de estar controlando la constitucionalidad de leyes existentes, cada vez más controlan la ausencia de tales leyes o las omisiones o abstenciones absolutas o relativas en las que hubiese incurrido el Legislador. Al controlar estas omisiones legislativas, el juez constitucional, en muchos casos, asume el papel de ayudante o de auxiliar del Legislador, creando normas que normalmente derivan de la Constitución; y aún, en algunos casos, sustituyendo al propio Legislador, asumiendo un papel abierto de “Legislador Positivo,” expidiendo reglas temporales y provisionales para ser aplicadas en asuntos específicos que aún no han sido objeto de regulación legislativa, pero que deducen de la propia Constitución.

Una de las principales herramientas que han acelerado este nuevo papel de los jueces constitucionales ha sido la aplicación de principios como el de la progresividad y de la prevalencia de los derechos humanos,¹⁰ tal y como ha ocurrido, por ejemplo, con el “redescubrimiento” del derecho a la igualdad y a la no discriminación que han hecho los jueces constitucionales en todos los sistemas. En estos casos, en interés de la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, lo cierto es que no han existido dudas para aceptar la legitimidad del activismo de los jueces constitucionales, aun cuando interfieran con las funciones Legislativas, al aplicar principios y valores constitucionales.

En relación con esto, en realidad, la discusión principal actual no se enfoca ya en tratar de rechazar estas actividades “legislativas” por parte de los jueces constitucionales, sino en determinar el alcance y los límites de sus decisiones y el grado de interferencia permitido en relación con las funciones

¹⁰ Véase Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid 1987; Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterio hermenéutico y pautas para la regulación de los derechos humanos,” en *La aplicación de los tratados sobre derechos Humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, p. 163.

legislativas. Como lo ha expresado Francisco Fernández Segado, el objetivo en realidad es evitar “convertir al guardián de la Constitución en soberano.”¹¹

Del estudio de derecho comparado que he venido realizando sobre este tema de los jueces constitucionales actuando como “Legisladores Positivos,”¹² he podido identificar cuatro tendencias principales que identifican a los mismos interfiriendo no sólo con el Legislador, sino también con el Poder Constituyente, y que son las siguientes:

En primer lugar, el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren en relación con el Poder Constituyente, promulgando reglas constitucionales y hasta mutando la Constitución;

En segundo lugar, el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con la legislación existente, asumiendo la tarea de auxiliares del Legislador, complementando disposiciones legales, agregando nuevas disposiciones a las existentes y también determinando los efectos temporales de la leyes;

En tercer lugar, el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con la ausencia de legislación, por las omisiones absolutas o relativas del legislador, actuando en algunos casos como “Legisladores Provisionales”; y

En cuarto lugar, el papel de los jueces constitucionales como Legisladores en materias relativa al propio control de constitucionalidad de las leyes, en decir, en materia de justicia constitucional.

PRIMERA TENDENCIA: LOS JUECES CONSTITUCIONALES INTERFIRIENDO CON EL PODER CONSTITUYENTE

La primera tendencia que nos muestra el derecho comparado en la materia, es el papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con el “Legislador Constitucional,” es decir, con el Poder Constituyente, promulgando, en algunos casos, reglas de orden constitucional, por ejemplo, cuando resuelven controversias o conflictos constitucionales entre órganos del Estado; cuando ejercen el control de constitucionalidad respecto de disposiciones constitucionales o sobre enmiendas constitucionales; y cuando

¹¹ Véase Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 161.

¹² Para la preparación de la *Ponencia General* para el Congreso de Washington de Julio de 2010, recibí un total de 36 Ponencias Nacionales de 31 países: 19 de Europa (incluyendo 6 de países de Europa Oriental), 10 del Continente Americano (3 de América del Norte, 5 de América del Sur y 2 de América Central); uno de Asia y uno de Australia.

realizan mutaciones legítimas a la Constitución mediante la adaptación de sus disposiciones a los tiempos modernos, dándoles significado concreto.

- Los jueces constitucionales resolviendo controversias constitucionales en los Estados Federales, promulgando reglas constitucionales

El primer caso se refiere a los jueces constitucionales cuando interfieren con el Poder Constituyente, resolviendo conflictos constitucionales o controversias entre órganos del Estado, papel que es común en los Estados Federales, tal como lo ha resaltado Konrad Lachmayer, refiriéndose a la Corte Constitucional Austriaca, la misma ha actuado como un “legislador positivo,” “promulgando normas de rango constitucional” al ejercer poderes positivos en relación con la división de competencias entre la Federación y los “*Länder*,” (o Estados Federados) reservándose la última palabra en la materia.¹³ También ha sido el caso en los Estados Unidos, donde la Corte Suprema ha ido determinando de manera progresiva las facultades del gobierno federal en relación con los estados, basándose en la “*commerce clause*,” siendo difícil hoy en día imaginar cualquier cosa que el Congreso no pueda regular.¹⁴ A través de multitud de decisiones relativas a asuntos relacionados con la forma federal del Estado y la distribución vertical de competencias, la Corte Suprema, sin lugar a dudas, han promulgado reglas constitucionales en la materia.

En otros países con forma federal del Estado, como Venezuela, sin embargo, el poder de control de constitucionalidad en materia de distribución de competencias entre el Poder Nacional y el de los Estados, ha servido para arrebatarse competencias a los Estados, centralizándolas, en una mutación ilegítima de la Constitución realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.¹⁵ Tema que, por supuesto, forma parte del capítulo relativo a la patología de la justicia constitucional.

¹³ Véase Konrad Lachmayer, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators*,”” Austrian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 1-2.

¹⁴ Véase Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Aspen Publishers, New York 2006, pp. 259-260.

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional N° 565 de 15 de abril de 2008, Caso: Procurador General de la República, *interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm> Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la “reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1, pp. 29-51.

- Los jueces constitucionales ejerciendo el control de constitucionalidad en relación con disposiciones constitucionales

La segunda forma en la cual los jueces constitucionales pueden participar en la conformación de normas constitucionales es cuando se les otorga la facultad para controlar la constitucionalidad de las normas de la Constitución misma, como también sucede en Austria, donde se ha facultado a la Corte Constitucional para confrontar la Constitución con sus propios principios básicos, como el principio democrático, el de la forma federal del Estado, el principio del *Rechtsstaat*, la separación de poderes y el sistema general de derechos humanos.¹⁶

- Los jueces constitucionales ejerciendo el control de constitucionalidad respecto de las reformas y enmiendas constitucionales

La tercera forma en la cual los jueces constitucionales interfieren con el Poder Constituyente, es cuando tienen el poder de para revisar la constitucionalidad de las reformas y enmiendas constitucionales, como se prevé en Colombia, Ecuador y Bolivia, aún cuando dicho poder esté limitado a los aspectos procedimentales de las reformas.¹⁷

En todo caso, en esos y otros países ha habido discusiones en torno a las posibilidades de que los jueces constitucionales puedan también controlar la constitucionalidad del mérito o fondo de las reformas o enmiendas constitucionales, por ejemplo en relación con las cláusulas constitucionales inalterables (*cláusulas pétreas*) expresamente definidas como tales en las Constituciones. El principio básico en estos casos, es que las facultades de los jueces constitucionales tienen como norte mantener y garantizar la supremacía constitucional y, en particular, la supremacía de las cláusulas constitucionales pétreas, pudiendo ejercer el control de constitucionalidad respecto de reformas o enmiendas que pretendan modificarlas en contra de lo previsto en la Constitución.¹⁸ En tales casos, sin embargo, para no confrontar la voluntad del pueblo ni sustituir al poder constituyente originario mismo, dicho control de

¹⁶Sentencia de la Corte Constitucional VfSlg 16.327/2001. Véase en Konrad Lachmayer, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators,'" Austrian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 6 (nota 20).

¹⁷Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías, *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución. Venezuela 1999-2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 78 ss.

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución. Venezuela 1999-2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 78 ss.; y "La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad", en *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Congreso Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, junio 14 al 17 de 2005*, Bogotá, 2005, pp. 108-159.

constitucionalidad debe ejercerse antes de que la propuesta de reforma o enmienda haya sido aprobada mediante voto popular, cuando éste sea el caso.

No obstante, aun en ausencia de una autorización constitucional expresa, existen casos en los cuales los jueces constitucionales han controlado la constitucionalidad de las reformas y enmiendas constitucionales en cuanto al fondo. Éste fue el caso, por ejemplo, en Colombia, cuando la Corte Constitucional en sentencia de 26 de Febrero de 2010 anuló la Ley No. 1,354 de 2009 que convocaba a un referendo con el propósito de aprobar una reforma a la Constitución encaminada a permitir la reelección por un tercer periodo del Presidente de la República, al considerar que tal reforma contenía “violaciones sustanciales del principio democrático,” e introducía reformas que implicaban la “sustitución o subrogación de la Constitución.”¹⁹

En otros casos, como en la India, la Corte Suprema ha sido la que ha impuesto límites “tácitos” a la facultad del Parlamento para enmendar la Constitución, excluyendo de su alcance las previsiones básicas referidas a la estructura de la misma,²⁰ como sería por ejemplo, la facultad para efectuar el control de constitucionalidad,²¹ convirtiéndose así la Corte Suprema, como lo afirmó Surya Deva, “probablemente, en la corte más poderosa de cualquier democracia.”²²

-El rol de los jueces constitucionales adaptando la Constitución en materias relativas a los derechos fundamentales

El cuarto caso en el cual los jueces constitucionales interfieren con el Poder Constituyente, se produce cuando asumen el rol de adaptar las disposiciones constitucionales a los tiempos presentes, mediante su interpretación, particularmente en materias relativas a la protección y vigencia de los derechos fundamentales. En estos casos, como lo afirman Laurence Claus y Richard S. Kay, los jueces constitucionales “realizan legislación

¹⁹ La sentencia, en septiembre de 2010, aún no había sido publicada. Véase el Comunicado sobre su texto publicado por la Corte Constitucional, No 9 de 26 de febrero de 2010, en www.corteconstitucional.com. Véanse los comentarios en Sandra Morelli, “*The Colombian Constitutional Court: from Institutional Leadership, to Conceptual Audacity*,” Colombian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 13-16

²⁰ Caso *Kesvananda Bharti v State of Kerala*, Corte Suprema de la India, en Surya Deva, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience*,” *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 5-6.

²¹ Casos *Waman Rao v Union of India* AIR 1981 SC 271; *S P Sampath Kumar v Union of India* AIR 1987 SC 386; y *L Chandra Kumar v Union of India* AIR 1997 SC 1125, en *Idem*, p. 6 (nota 41).

²² *Idem*, p. 6.

constitucional positiva” particularmente cuando el fallo que “dictan, crea obligaciones públicas “afirmativas” a cargo de los entes públicos.²³

Este papel de los jueces constitucionales, sin duda, ha sido el resultado de un proceso de “redescubrimiento” de derechos fundamentales no expresamente establecidos en las Constituciones, con lo que se ha ampliado, así, el alcance de sus disposiciones, manteniéndose “viva” la Constitución.²⁴ El papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en la elaboración de principios y valores constitucionales, tal como lo refieren Laurence Claus y Richard S. Kay, proporciona tal vez en esta materia “el ejemplo más destacado de legislación positiva en el transcurso de la jurisprudencia constitucional estadounidense.”²⁵ Así sucedió, en efecto, partiendo del caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), cuando la Corte Suprema interpretó la cláusula de “igualdad de protección” de la Cuarta Enmienda con el fin de ampliar la naturaleza del principio de igualdad y no discriminación; o cuando decidió acerca de la garantía constitucional del “debido proceso” (Enmiendas V y XIV), o sobre la cláusula abierta de la Enmienda IX, con el propósito de desarrollar el sentido de la “libertad.” Han dicho estos autores que este proceso transformó a la Corte Suprema en “el legislador [constitucional] actual más poderoso de la nación.”²⁶

Lo mismo ha ocurrido por ejemplo, en Francia, donde no conteniendo la Constitución una declaración de derechos fundamentales, el papel del Consejo Constitucional durante las últimas décadas ha sido precisamente la transformar la Constitución, ampliando el *bloc de constitutionnalité*, otorgándole rango constitucional, mediante el Preámbulo de la Constitución de 1958, al Preámbulo de la Constitución de 1946, y finalmente, a la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos de 1789.²⁷

²³Véase Laurence Claus y Richard S. Kay, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’ in the United States*,” U.S. National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 6.

²⁴ Véase Mauro Cappelletti, “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado,” en *Revista de estudios políticos*, 13, Madrid 1980, p. 78; “The Mighty Problem” of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis,” en *Southern California Law Review*, 1980, p. 409.

²⁵ Véase en Laurence Claus y Richard S. Kay, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’ in the United States*,” U.S. National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 12-13.

²⁶ *Idem*, p. 20.

²⁷ Véase Louis Favoreu, “Le principe de Constitutionnalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, *Recueil d’étude en Hommage a Charles Eisenman*, Paris 1977, p. 34. Véase también, en el derecho comparado, Francisco Zúñiga Urbina, *Control de*

Este papel de los jueces constitucionales adaptando las Constituciones con el fin de garantizar los derechos fundamentales, descubriéndolos dentro de sus textos, o deduciéndolos de los previstos en los mismos, puede considerarse en la actualidad como una tendencia principal en el derecho comparado, la cual puede ser identificada en muchos países con diferentes sistemas de control de constitucionalidad, como es el caso de Suiza, Alemania, Portugal, Austria, Polonia, Croacia, Grecia y la India, donde los jueces constitucionales han efectuado cambios importantes a la Constitución, extendiendo el alcance de los derechos fundamentales.²⁸

- Las mutaciones a la Constitución en materia institucional

Por otra parte, en asuntos que no tienen relación con los derechos fundamentales, también es posible identificar casos de mutaciones constitucionales legítimas realizadas por los jueces constitucionales en asuntos constitucionales claves relacionados con la organización y el funcionamiento del Estado. El Tribunal Federal Constitucional Alemán, por ejemplo, en el caso *AWACS-Urteil* decidido en 12 de julio de 1994,²⁹ resolvió respecto del despliegue militar en tiempos de paz, de misiones de las Fuerzas Armadas Alemanas en otros países, que aún cuando la Constitución no lo establece, la decisión respectiva debe tener el consentimiento del Parlamento, entendiéndose que ello se derivaba del texto constitucional. En este caso, sin duda, el Tribunal mutó la Constitución, incluso dictando detalladas prescripciones legislativas sustitutivas ordenando al Legislador y al Ejecutivo

Constitucionalidad y sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, No. 34, Santiago de Chile 2006, pp. 46-68.

²⁸ Véase Tobias Jaag, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators:’ Switzerland*,” Swiss National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p 11; I. Härtel, “*Constitutional Courts as Positive Legislators*,” German National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 12; Marek Safjan, , “*The Constitutional Courts as a Positive Legislator*,” Polish National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 9; Sanja Barić and Petar Bačić, “*Constitutional Courts as positive legislators. National Report: Croatia*,” Croatian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 23 ss; Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, “*Constitutional Courts as Positive Legislators. Greek National Report*,” XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 14; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, “*The Constitutional Courts as a Positive Legislator*,” Portuguese National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, pp. 9-10; Surya Deva, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience*,” Indian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 4.

²⁹ Casos: BVferG, July 12, 1994, BVEffGE 90, 585-603, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 352-356.

proceder de acuerdo con ellas, hasta tanto se dictase la legislación correspondiente.

La Corte Constitucional de Austria, en esta materia de mutaciones constitucionales puede decirse que ha creado un nuevo marco constitucional que debe ser seguido por el Parlamento en áreas que no han sido reguladas de manera expresa en la Constitución, como sucedió, por ejemplo, en el caso de los procesos de privatización, imponiendo reglas obligatorias a todas las autoridades del Estado.³⁰

El Consejo de Estado de Grecia también ha impuesto límites a los órganos del Estado en asuntos relacionados con las privatizaciones excluyendo de su ámbito, por ejemplo, los poderes de policía.³¹

La Corte Constitucional de la República de Eslovaquia, por ejemplo, ha reformulado las disposiciones constitucionales en relación con la posición y autoridad del Presidente de la República dentro de la organización general del Estado, convirtiéndose, como lo indican Ján Svák y Lucia Bertisová, en “la creadora directa del sistema constitucional de la República de Eslovaquia.”³²

Por último, la Corte Suprema de Canadá, a través del muy importante instrumento de las “decisiones referenciales” (*referral judgements*) ha creado y declarado las reglas constitucionales que, por ejemplo, rigen en procesos constitucionales importantes como el relativo a la “patriación” de la Constitución de Canadá que la separó del Reino Unido (*Patriation Reference*, 1981)³³; y la posible secesión de Quebec del resto de Canadá, (*Quebec Secession Reference*, 1998)³⁴ determinando, como lo mencionó Kent Roach, reglas constitucionales básicas que sirven de guía da los cambios

³⁰ Casos: “Austro Control” VfSlg 14.473/1996; “Bundeswertpapieraufsicht” (Federal Bond Authority) VfSlg 16.400/2001; “E-Control” VfSlg 16.995/2003; “Zivildienst-GmbH” (Compulsory community service Ltd), VfSlg 17.341/2004, en Konrad Lachmayer, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’*” Austrian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 11 (nota 31).

³¹ Sentencia del Consejo de Estado no. 1934/1998, *ToS* 1998, 598 (602-603), en Julia Iliopoulos-StrangasyStylianios-Ioannis G. Koutna, “*Constitutional Courts as Positive Legislators*. Greek National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 16 (nota 125).

³² Sentencia No. I. ÚS 39/93, en Ján Svák y Lucia Berdisová, “*Constitutional Court of the Slovak Republic as Positive Legislator via Application and Interpretation of the Constitution*,” Slovak National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 4.

³³ Sentencia [1981] 1 S.C.R. 753, en Kent Roach, “*Constitutional Courts as Positive Legislators: Canada Country Report*”, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 9.

³⁴ Sentencia [1998] 2 S.C.R. 217, en Kent Roach, “*Constitutional Courts as Positive Legislators: Canada Country Report*”, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 9.

constitucionales, y destinadas además evitar crisis constitucionales potenciales.

Pero también en materia de mutaciones constitucionales, el derecho comparado muestra lamentables ejemplos de mutaciones ilegítimas, que en lugar de reforzar el constitucionalismo, lo que han hecho es romperle principio democrático y el Estado de derecho, como las que han ocurrido en Venezuela en la década 2000-1020, durante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al servicio del autoritarismo, ha modificado la Constitución para incluso implementar mediante sus sentencias diversas reformas constitucionales que fueron rechazadas por el pueblo mediante referendo en diciembre de 2007.³⁵ De nuevo, sin duda, se trata de temas que forman parte del capítulo de la patología de la justicia constitucional.

SEGUNDA TENDENCIA: LOS JUECES CONSTITUCIONALES INTERFERIENDO CON LA LEGISLACIÓN EXISTENTE

El papel más importante y común de los jueces constitucionales, sin duda, se desarrolla en relación con la legislación existente, no sólo al declarar su inconstitucionalidad e incluso anular las leyes, sino al interpretarlas de conformidad o en armonía con la Constitución, proporcionando directrices o pautas al Legislador en su tarea de legislar.

- Los jueces constitucionales complementado funciones legislativas al interpretar las leyes en armonía con la Constitución

Tradicionalmente, el papel de los jueces constitucionales controlando la constitucionalidad de las leyes había estado condicionada por la aplicación del clásico binomio: *inconstitucionalidad / invalidez-nulidad* que conformó la actividad inicial de los jueces constitucionales en su calidad de “Legisladores

³⁵ Véanse los comentarios sobre algunos casos en Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009),” en *Revista de Administración Pública*, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418; “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, No. 117, (enero-marzo 209), Caracas 2009, pp. 205-211; “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad,” en *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362; “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la “reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1, pp. 29-51.

Negativos.”³⁶ Ese rol, en la actualidad, puede decirse que ha sido superado, de manera que los jueces constitucionales progresivamente han venido asumido un papel más activo en la interpretación de la Constitución y de las leyes con el fin, no sólo de anularlas o de no aplicarlas cuando fueren consideradas inconstitucionales, sino de interpretarlas en conformidad con la Constitución,³⁷ entre otros propósitos, para preservar la propia acción del Legislador y de las leyes que ha promulgado. En esta forma, los jueces constitucionales se han convertido en importantes instituciones de orden constitucional en la tarea de ayudar y cooperar con el Legislador en sus funciones legislativas.

En este carácter, los jueces constitucionales cada vez con más frecuencia han venido dictando decisiones interpretativas, tal como ha ocurrido en Italia, España, Francia y Hungría,³⁸ donde en muchos casos han decidido no anular la ley impugnada, resolviendo en cambio, modificar su significado al establecer un contenido nuevo, como resultado de la interpretación constitucional que han hecho de la ley acorde con la Constitución.³⁹

En estos casos, la interferencia de los jueces constitucionales con la legislación existente ha seguido dos líneas de acción principales: primero, complementando las funciones legislativas como Legisladores provisionales o agregando reglas a la Legislación existente mediante decisiones interpretativas; y segundo, interfiriendo en relación con los efectos temporales de la legislación existente.

³⁶ Véase F. Fernández Segado, “*El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*, Spanish National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 8 ss.

³⁷ Caso *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 346-48 (1936), Corte Suprema de los Estados Unidos (Juez Brandeis). El principio se formuló por primera vez en el caso *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62 (1932). Véase “Notes. Supreme Court Interpretation of Statutes to avoid constitutional decision,” *Columbia Law Review*, Vol. 53, No. 5, New York, May 1953, pp. 633-651

³⁸ Véase Gianpaolo Parodi, “*The Italian Constitutional Court as ‘Positive Legislator,’*” Italian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 3; Francisco Fernández Segado, “*El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*, Spanish National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 34; Bertrand Mathieu, “*Le Conseil constitutionnel ‘législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative.*” French National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 13; Lóránt Csink, Józef Petrétei and Péter Tilk, “*Constitutional Court as Positive Legislator. Hungarian National Report,*” XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 4

³⁹ Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 59 ss; y en José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid 2007, pp. 129 ss.

- Los jueces constitucionales complementando al Legislador al “agregar” nuevas normas a las disposiciones legislativa existentes, otorgándole un nuevo significado

En relación con el proceso de interpretación de las leyes en armonía o en conformidad con la Constitución al momento de poner a prueba su inconstitucionalidad, los jueces constitucionales, con el fin de evitar la anulación o invalidación de la ley, con frecuencia han creado nuevas normas legislativas, en algunas ocasiones incluso alterando el significado de la disposición particular, agregando a su redacción lo que se ha considerado que le falta.

Este tipo de decisiones, llamadas “sentencias aditivas,” han sido emitidas con frecuencia por la Corte Constitucional Italiana. Como lo ha explicado Gianpaolo Parodi, con estas decisiones, a pesar de que no alteran “el texto de la disposición que se declara como inconstitucional,” la Corte ha “transformado su significado normativo, en ocasiones reduciendo y en otras ampliando su esfera de aplicación, pero no sin dejar de introducir una nueva norma al sistema legal,” o “crear” nuevas normas.⁴⁰ Fue el caso, por ejemplo, de la decisión adoptada por la Corte Constitucional italiana en 1969 en relación con la constitucionalidad del artículo 313.3 del Código Penal donde la posibilidad de acusación por vilipendio contra la Corte Constitucional estaba sujeta a la previa autorización del Ministerio de Justicia y Gracia. La Corte consideró que tal autorización contrariaba su independencia y era inconstitucional, deduciendo subsecuentemente que la autorización debía ser dada por la propia Corte,⁴¹ forzando la norma –como lo ha dicho Díaz Revorio-, a decir que no decía, incluso si se eliminaba la parte de la misma que se consideraba incompatible con la independencia de la Corte.⁴² Estas decisiones aditivas también han sido aplicadas de manera regular, por ejemplo, en Alemania por parte de la Corte Constitucional Federal, y en Perú, por el Tribunal Constitucional.

Estas decisiones aditivas en la modalidad de “sentencias substitutivas” se han utilizado en forma regular, por ejemplo, de nuevo, en casos relacionados con la protección al derecho a la igualdad y a la no discriminación, buscando eliminar las diferencias establecidas en la ley. Es el caso en España, donde el Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha extendido el beneficio de las pensiones de la Seguridad Social a “hijos y hermanos”

⁴⁰ Véase Gianpaolo Parodi, “*The Italian Constitutional Court as ‘Positive Legislator,’*” Italian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 6.

⁴¹ Sentencia No. 15, de 15 de febrero de 1969, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 151-152.

⁴² Idem, p. 152.

cuando en la ley solo está concedido a “hijas y hermanas,”⁴³ o ha otorgado a quienes viven en unión marital de hecho y estable, los derechos otorgados a los casados en matrimonio;⁴⁴ casos en los cuales, como lo ha afirmado Francisco Fernández Segado, es posible considerar al Tribunal Constitucional Español como un “real legislador positivo.”⁴⁵

Una situación similar se puede encontrar en Portugal, donde el Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha extendido al viudo los derechos de pensión asignadas a la viuda;⁴⁶ a las uniones *de hecho*, los derechos de las personas casadas; y a los hijos producto de las uniones *de hecho*, los derechos que se otorgan a los hijos legítimos. De acuerdo con de Sousa Ribeiro, estas decisiones se pueden considerar como sentencias aditivas, pues su implementación cambia el ámbito de las normas legislativas, independientemente de cualquier reforma a la letra de las mismas.⁴⁷

De manera similar, en Sudáfrica, la Corte Constitucional ha extendido algunos derechos típicos de parejas casadas, a las uniones del mismo sexo que se encuentren en situación estable.⁴⁸

En Canadá, la Corte de Apelaciones de Ontario deshizo la definición de matrimonio como “la unión de un hombre y una mujer” y la sustituyó por concepto genérico neutral de una “unión entre personas,” para permitir los matrimonios entre personas del mismo sexo. Estas decisiones, como lo afirmó Kent Roach, “equivalen a enmiendas o adiciones judiciales a la legislación.”⁴⁹

Una solución similar de decisiones aditivas para reforzar el derecho a la igualdad y a la no discriminación se puede encontrar en muchos casos

⁴³ Sentencia STC 3/1993, January 14, 1993, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 177, 274; F. Fernández Segado, “*El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*,” Spanish National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 42.

⁴⁴ Sentencia STC 222/1992, December 11, 1992, en Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 181, 182, 275; F. Fernández Segado, “*El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*,” Spanish National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 41.

⁴⁵ Véase F. Fernández Segado, “*El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*,” Spanish National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 48.

⁴⁶ Sentencia No. 449/87 del Tribunal Constitucional, en Joaquim de Sousa Ribeiro y Esperança Mealha, “*Constitutional Courts as “Positive Legislators*,” Portuguese National Report, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 8

⁴⁷ *Idem*, p. 9.

⁴⁸ Véase en Iván Escobar Fornos, “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 111-112.

⁴⁹ Véase Kent Roach, “*Constitutional Courts as Positive Legislator*,” Canadian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington Julio 2010, p. 7

similares en los Países Bajos, en Perú, Costa Rica, Argentina, Hungría, Polonia, la República Checa y Francia.⁵⁰ En este último, por ejemplo, en un caso en particular en relación con el derecho a obtener oportuna respuesta en asuntos relativos a las comunicaciones televisivas, como lo mencionó Bertrand Mathieu, el Consejo Constitucional, simplemente, “sustituyó la voluntad del legislador,”⁵¹ cambiando la letra de la ley.

- Los jueces constitucionales complementando las funciones legislativas al interferir con los efectos temporales de la legislación

El segundo papel de los jueces constitucionales cuando interfieren con la legislación existente, se refiere a la facultad que tienen para determinar los efectos temporales de las leyes. Hace algunas décadas, el asunto de los efectos temporales de las decisiones emitidas por los jueces constitucionales constituía uno de los aspectos principales de la distinción entre el sistema difuso y el sistema concentrado de control de constitucionalidad. Hoy en día, puede decirse que este elemento distintivo ha desaparecido por completo, y en su lugar lo que se encuentra es un proceso de convergencia entre todos los sistemas de justicia constitucional, siendo común el rol de los jueces constitucionales interfiriendo con los efectos temporales de la legislación.

Este rol se identifica en el derecho comparado, en tres situaciones diferentes: cuando el juez constitucional pospone el inicio de los efectos de sus decisiones de inconstitucionalidad; cuando el juez constitucional aplica en forma retroactiva o prospectiva los efectos de sus decisiones; y cuando el juez constitucional, como consecuencia del ejercicio del control de constitucionalidad, revive una legislación ya derogada.

⁵⁰ Véase por ejemplo, Marek Safjan, “*The Constitutional Courts as a Positive Legislator*,” Polish National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, pp. 13-14; Lóránt Csink, József Petrétai and Péter Tilk, “*Constitutional Court as Positive Legislator. Hungarian National Report*,” Hungarian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 5; Zdenek Kühn, “*Czech Constitutional Court as Positive Legislator*,” Czech National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 9; J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, “*The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?*,” Dutch National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 14; Fernán Altuve Febres, “*El Juez Constitucional como legislador positivo en el Perú*,” Peruvian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, pp. 14-15; Rubén Herández Valle, “*Las Cortes Constitucionales como Legisladores positivos*,” Costa Rican National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 38; Alejandra Rodríguez Galán and Alfredo Mauricio Vítolo, “*Constitutional Courts as “Positive Legislators*,” Argentinean National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 17.

⁵¹ Véase en Bertrand Mathieu, “*Le Conseil constitutionnel ‘législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative*,” French National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 16.

- La facultad de los jueces constitucionales para determinar en el futuro cuándo una ley anulada por inconstitucional deja de tener efecto: el aplazamiento de los efectos de las sentencias anulatorias

El primero de los casos en los cuales los jueces constitucionales interfieren con la vigencia de las leyes se da cuando modulan los efectos temporales de sus decisiones declaratorias de inconstitucionalidad o nulidad de una ley, estableciendo una *vacatio sententiae*. En estos casos, el juez constitucional determina cuándo una ley anulada dejará de tener efecto en el futuro, posponiendo el inicio de los efectos de su propia decisión y, por tanto, extendiendo la aplicación de la ley declarada inconstitucional. Ésta interferencia, por ejemplo, se ha producido en Austria, Grecia, Bélgica, la República Checa, Francia, Croacia, Brasil, Polonia y Perú.⁵² En México, igualmente, si bien es cierto que, en principio, las decisiones de la Suprema Corte tienen efectos generales desde su fecha de publicación, la Corte puede establecer otra fecha futura distinta con el fin de evitar vacíos legislativos, proporcionando al mismo tiempo al Legislador la oportunidad de promulgar la nueva legislación en sustitución de la anulada.⁵³

La misma solución se da en Alemania, aunque sin una disposición clara como la que existe en Bélgica, Francia o Croacia, sólo basada en una norma

⁵² Véase Konrad Lachmayer, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators,’*” Austrian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 7; Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, “*Constitutional Courts as Positive Legislators. Greek National Report,*” XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 20; Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 87, 230, 235, 286, 309; P. Popelier, “*L’activité du juge constitutionnel belge comme législateur,*” Belgium National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, pp. 4-7; Zdenek Kühn, “*Czech Constitutional Court as Positive Legislator,*” Czech National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 12; Sanja Barić and Petar Bačić, “*Constitutional Courts as positive legislators. National Report: Croatia,*” XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 17; Jairo Gilberto Schäfer and Vânia Hack de Almeida, “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 384; Domingo García Belaúnde y Gerardo Eto Cruz, “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 283-284.

⁵³ Véase “Tesis jurisprudencial” P./J 11/2001, en SJFG, Tomo XIV, Sept. 2001, p. 1008, en Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, México, pp. 69; y en “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 247-248.

de la Ley del Tribunal Constitucional Federal que le otorga la facultad para disponer la forma de ejecutar sus decisiones.⁵⁴

También en Italia, donde, aun cuando la Constitución establece de manera clara que cuando la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una disposición legal, ésta deja de tener efecto al día siguiente posterior a su publicación (Artículo 136),⁵⁵ existen fallos importantes de la Corte Constitucional aplazando los efectos en el tiempo de la decisión declarando la inconstitucionalidad de una norma.⁵⁶ Lo mismo ha ocurrido en España, y en Canadá, donde, en ausencia de una norma legal que regule la materia, los jueces constitucionales han asumido la facultad de posponer el inicio de los efectos de sus decisiones de nulidad;⁵⁷ situación que también se da en Argentina, que cuenta con un sistema difuso de control de constitucionalidad.⁵⁸

- La facultad de los jueces constitucionales para determinar desde cuándo una ley anulada habrá dejado de tener efectos: los efectos retroactivos o prospectivos de sus propias decisiones

Otro aspecto relacionado con los efectos temporales de las decisiones de los jueces constitucionales y su incidencia respecto de la legislación, se refiere a los efectos retroactivos o prospectivos de las mismas, materia en la cual también ha ocurrido un proceso de convergencia entre todos los sistemas de justicia constitucional, y donde ahora ya no es posible encontrar soluciones rígidas.

⁵⁴ Caso BVferG, May 22, 1963 (Circuitos Electorales), en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 299-300. Caso BVferG, November 7, 2006 (Impuesto sucesoral), en I. Härtel, “*Constitutional Courts as Positive Legislators*,” German National Report, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010p. 7.

⁵⁵ En un proyecto de reforma constitucional de 1997, que no fue aprobado, se buscaba autorizar a l Tribunal Constitucional para poder posponer por un año los efectos de las decisiones de nulidad. Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 125 (nota 166).

⁵⁶ Sentencia Nos. 370/2003; 13 y 423/2004 (en material de educación), en Gianpaolo Parodi, “*The Italian Constitutional Court as ‘Positive Legislator’*,” Italian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, Julio 2010, p. 13.

⁵⁷ Caso *Manitoba Language Reference* [1985] 1 S.C.R. 721, en Kent Roach, “*Constitutional Courts as Positive Legislator*,” Canadian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington Julio 2010, p. 7 (nota 8).

⁵⁸ Caso *Rosza*, *Jurisprudencia Argentina*, 2007-III-414, en Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 352.

- *La posibilidad de limitar los efectos retroactivos, ex tunc en relación con las sentencias declarativas*

El principio clásico en esta materia ha sido que en el sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes, las sentencias declarativas de inconstitucionalidad eran consideradas efectivamente como “declarativas,” con efectos *ex tunc, ab initio* y retroactivos. Éste fue, por ejemplo, el principio tradicional en los Estados Unidos, donde se asignaba efectos retroactivos a las decisiones de la Corte Suprema, de manera particular en asuntos penales.⁵⁹ La realidad actual, sin embargo, es otra, habiendo sido el principio progresivamente flexibilizado en la práctica judicial debido a sus posibles consecuencias negativas o injustas en relación con los efectos ya producidos por la ley declarada inconstitucional. De ello ha resultado que la antigua “regla absoluta” ha sido abandonada, reconociendo la Corte Suprema su autoridad para otorgar o rechazar efectos retroactivos a su decisiones. La misma solución, en definitiva se ha seguido en Argentina;⁶⁰ y en los Países Bajos, en relación con el control de la “convencionalidad” de las leyes.⁶¹

La misma flexibilización del principio ha ocurrido en países con un sistema concentrado de control de constitucionalidad donde el mismo principio de la retroactividad de las decisiones del juez constitucional fue adoptado para decisiones de anulación. Éste ha sido el caso de Alemania donde a pesar de que los efectos declarativos constituían el principio aplicable por parte del Tribunal Constitucional Federal, en la práctica puede decirse que no es común encontrar decisiones que anulen leyes sólo con efectos *ex tunc*.⁶² En Polonia, Portugal y Brazil, por otra parte, los jueces constitucionales están autorizadas para restringir los efectos retroactivos de sus decisiones y asignarle a las decisiones efectos *ex nunc, pro futuro*.⁶³

⁵⁹ Caso *Norton v. Selby County*, 118 US 425 (1886), p. 442. Sobre la crítica a este fallo véase J.A.C. GRANT, “The Legal Effect of a Ruling that a Statute is Unconstitutional,” en *Detroit College of Law Review*, 1978, (2), p. 207.

⁶⁰ Caso Itzcovich, *Jurisprudencia Argentina* 2005-II-723, en Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 351.

⁶¹ Caso *Boon v. Van Loon* de 27 de noviembre de 1981, *NJ* 1982/503, en J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?* *Dutch National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington Julio 2010, p. 42 (nota 138).

⁶² Véase Francisco Fernández Segado, “El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo,” *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 8, 14.

⁶³ Véase por ejemplo, Marek Safjan, “The Constitutional Courts as a Positive Legislator,” *Polish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 5; Maria Fernanda Palma, “O Legislador negativo e o interprete da Constituição,” en *Anuario*

- *La posibilidad de asignar efectos retroactivos, a las decisiones constitutivas, ex nunc*

Por otra parte, en países con sistemas concentrados de control de constitucionalidad, aún cuando el principio inicial conforme a la concepción de Kelsen, adoptado en la Constitución Austriaca de 1920, fue el de otorgar efectos constitutivos a las sentencias de los jueces constitucionales que anulaban una ley, teniendo en principio efectos *ex-nunc, pro futuro* o prospectivos,⁶⁴ dicho principio ha sido mitigado, de manera particular en casos penales, aceptando los efectos retroactivos de la decisión de anulación. Esta es hoy la tendencia general aplicable por ejemplo, en España, Perú, Francia, Croacia, Serbia, la República Eslovaca, México y Bolivia.⁶⁵ En otros países como Venezuela, Brasil, Colombia y Costa Rica, el principio es que la Corte Constitucional está autorizada para determinar los efectos temporales de sus decisiones en el tiempo, lo que puede o no implicar asignarle efectos retroactivos según el caso.⁶⁶

Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 174; 329; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 174; Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 493; Joaquim de Sousa Ribeiro y Esperança Mealha, “*Constitutional Courts as “Positive Legislators,”* Portuguese National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 6; Thomas Bustamante y Evanlida de Godoi Bustamante, “*Constitutional Courts as “Negative Legislators:” The Brazilian Case,*” Brazil National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 26.

⁶⁴ Véase Konrad Lachemayer, “*Constitutional Courts as “Positive Legislators,”*” *Austrian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 7-8.

⁶⁵ Véase por ejemplo, Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 104-105; 126-127; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 192-194; Domingo García Belaúnde y Gerardo Eto Cruz, “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 281-282.

⁶⁶ Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales en el derecho venezolano,” en *Revista de Administración Pública*, N° 76, Madrid 1975, pp. 419-446; y en *Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico 2007, pp. 343 ss.; Jairo Gilberto Schäfer y Vânia Hack de Almeida, “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos de decisão de inconstitucionalidade,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 383-384; Héctor Fix Zamudio y

- El poder de los jueces constitucionales para revivir la legislación derogada

Finalmente, aún cuando como principio fundamental, también de acuerdo con las propuestas de Hans Kelsen de 1928,⁶⁷ las decisiones de los jueces constitucionales declarando la nulidad de una disposición legal no implicaba que la legislación anterior que la ley anulada había derogado reviviera, el principio contrario fue el adoptado en Austria, y es el que se aplica en Portugal y Bélgica.⁶⁸ En otros países como Polonia, México y Costa Rica, corresponde a los propios jueces constitucionales decidir sobre el tema.⁶⁹

TERCERA TENDENCIA: LOS JUECES CONSTITUCIONALES INTERFERIENDO CON LA AUSENCIA DE LEGISLACIÓN O CON LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

Pero en el mundo contemporáneo, uno de los roles de mayor importancia de los jueces constitucionales no es ya el control de la constitucionalidad de las leyes existentes, sino el control de constitucionalidad de la ausencia de dichas leyes o de las omisiones que contengan las leyes sancionadas, cuando el Legislador no cumple su obligación constitucional de legislar en asuntos específicos o cuando la legislación ha sido sancionada de manera incompleta o discriminatoria.

Este control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas varía según se trate de omisiones absolutas y relativas, estando ambas sujetas a control de constitucionalidad.⁷⁰

Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, México, pp. 69; y “Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 248

⁶⁷ Véase Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, p. 84.

⁶⁸ Véase por ejemplo, Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 280, 281; 436-437.

⁶⁹ Véase por ejemplo Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, México, pp. 63-64, 74; y “Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 252.

⁶⁹ Véase Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 513; y en “Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 114.

⁷⁰ Véase José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 33, 114 ss.

- Los jueces constitucionales controlando las omisiones legislativas absolutas

En relación con el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas absolutas, este se desarrolla por los jueces constitucionales a través de dos medios judiciales distintos: Primero, al decidir acciones directas ejercidas contra las omisiones absolutas e inconstitucionales del Legislador; y segundo, cuando deciden acciones de amparo o de protección de derechos fundamentales presentadas contra la omisión del Legislador que en el caso particular, impide al accionante la posibilidad de efectivamente gozar de su derecho.

- La acción directa contra las omisiones legislativas absolutas

La acción directa de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas absolutas se estableció por primera vez en el mundo contemporáneo en la Constitución de la antigua Yugoslavia de 1974 (Artículo 377), habiendo influido, dos años después, en su incorporación en la Constitución de Portugal de 1976, donde se le asignó la legitimación activa para accionar a determinados altos funcionarios públicos.⁷¹ La acción se conservó en la Constitución de 1982, teniendo las decisiones (*Parecer*) del Tribunal Constitucional, en estos casos, el sólo efecto de informar al órgano legislativo competente sobre la decisión de inconstitucionalidad de la omisión, en las cuales se puede recomendar la adopción de la legislación correspondiente.⁷²

Algunos años después, la acción directa de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas absolutas se adoptó en algunos países latinoamericanos, en particular en Brasil (1988),⁷³ y luego en Costa Rica, Ecuador y Venezuela, donde se ha usado extensivamente. Una importante diferencia debe sin embargo destacarse, y es que en estos últimos países, la legitimación se ha ampliado, y en el caso de Venezuela, incluso, la acción contra las omisiones legislativas absolutas ha sido concebida como una acción popular.⁷⁴ Además, en el caso de Venezuela, la Sala Constitucional del

⁷¹ Véase Jorge Campinos, “Brevísimas notas sobre a fiscalização da constitucionalidade des leis em Portugal,” en Giorgio Lombardi (Coord.), *Constituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985; y *La Constitution portugaise de 1976 et sa garantie*, UNAM, Congreso sobre La Constitución y su Defensa, (mimeo), México, Agosto 1982, p. 42.

⁷² Véase en José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp. 265-266.

⁷³ Véase por ejemplo, Marcia Rodrigues Machado, “Inconstitucionalidade por omissão,” en *Revista da Procuradoria Greal de São Paulo*, No. 30, 1988, pp. 41 ss.;

⁷⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas 2010.

Tribunal Supremo ha sido dotada de facultades expresas en la Constitución (Artículo 336.7) para establecer no solo la inconstitucionalidad de la omisión, sino también los términos y, de ser necesario, los lineamientos para la corrección de la omisión legislativa. En esta materia, además, la propia Sala Constitucional ha ampliado sus propias facultades en los casos de control de la omisión legislativa absoluta en relación con actos legislativos no normativos, y en 2004, por ejemplo, después de que la Asamblea Nacional no cumplió su función de designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, la Sala no solo declaró la inconstitucionalidad de la omisión, sino que procedió a designar directamente a dichos altos funcionarios, usurpando sin duda las facultades exclusivas de la Asamblea Nacional, lamentablemente asegurando de esta manera el control total por parte del Poder Ejecutivo del Poder Electoral.⁷⁵ Otro caso, sin duda, del capítulo de la patología de la justicia constitucional.

También en Hungría, la Constitución permite a la Corte Constitucional decidir *ex officio* o mediante petición de cualquier solicitante, en relación con la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, pudiendo instruir al Legislador sobre el sentido en el cual debe llevar a cabo su tarea en un lapso de tiempo específico, y hasta definiendo el contenido de las reglas que deben ser sancionadas.⁷⁶ Esta facultad también ha sido atribuida en Croacia a la Corte Constitucional, la cual también puede proceder *ex officio*.⁷⁷

- La protección de los derechos fundamentales contra las omisiones legislativas absolutas por medio de acciones de amparo o protección

El otro medio comúnmente utilizado por los jueces constitucionales para ejercer el control de constitucionalidad en relación con las omisiones

⁷⁵ Véase los comentarios a las decisiones No. 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermánn Escarrá Malaver y otros*) y N° 2341 de 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermánn Escarrá M. y otros*), en Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004,” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73.

⁷⁶ Véase en Lóránt Csink, Józef Petrétei y Péter Tilk, “*Constitutional Court as Positive Legislator*,” Hungarian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 5-6.

⁷⁷ Véase Sanja Barić y Petar Bačić, “*Constitutional Courts as positive legislators*,” Croatian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 12-13.

legislativas inconstitucionales son las acciones de amparo,⁷⁸ o las acciones judiciales específicas de protección de los derechos fundamentales que pueden intentarse contra los daños o amenazas que tales omisiones puedan provocar sobre dichos derechos.

En este sentido, en Alemania, la acción de amparo o de protección constitucional de los derechos fundamentales (*Verfassungsbeschwerde*),⁷⁹ ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional Federal como un medio para ejercer el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, lo que se ha aplicado, por ejemplo, en casos relacionados con los derechos de los hijos ilegítimos, imponiendo la aplicación de las mismas condiciones de los legítimos, exhortando al Legislador a reformar el Código Civil en un período específico de tiempo.⁸⁰

En la India, también, la Corte Suprema ha controlado las omisiones legislativas, al decidir acciones de protección de derechos fundamentales, como en fue el importante caso relacionado con el “acoso escolar” (*ragging / bullying*) en las Universidades, en el cual la Corte no solo exigió que el Legislador promulgara la legislación omitida, sino que prescribió los pasos detallados que debían adoptarse a los efectos de frenar la nociva práctica, delineando los diferentes modos de castigo que las autoridades educativas podían utilizar. La Corte Suprema de la India incluso designó, en el 2006, a un Comité de seguimiento de las medidas judiciales adoptadas, ordenando, en el 2007, la implementación de sus recomendaciones.⁸¹

En una orientación similar, mediante los *equitable remedies*, como las *injunctons*, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado en forma progresiva el sistema de protección judicial de los derechos fundamentales (*civil right injunctons*), llenando el vacío originado por las omisiones legislativas, en particular, dictando medidas coercitivas y prohibitivas, así

⁷⁸ Véase en general en el derecho comparado: Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 324 ss.

⁷⁹ Véase en general, Francsico Fernández Segado, “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht,” en *Revista de Derecho*, No 4, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2009, pp. 137-186.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal No 26/1969 of January 29, 1969, en I. Härtel, “*Constitutional Courts as Positive Legislators*,” German National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 19.

⁸¹ Casos *Vishwa Jagriti Mission v Central Government* AIR 2001 SC 2793, y *University of Kerala v Council of Principals of Colleges of Kerala*, en Surya Deva, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience*,” Indian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010p. 9 (footnote 58).

como de carácter estructural (*structural injunctions*).⁸² Esto tuvo un desarrollo muy importante, particularmente después de la decisión de la Corte Suprema adoptada en el caso de *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955) en el cual se declaró discriminatorio el sistema escolar dual que existía, permitiendo que los tribunales asumieran la supervisión de las políticas y prácticas institucionales del Estado con el fin de evitar la discriminación racial.⁸³ Este activismo judicial mediante las *injunctions* fue aplicado, después, en otros importantes casos litigiosos sobre derechos individuales relacionados con el tema de las reasignaciones de circunscripciones electorales, los hospitales psiquiátricos, las cárceles, las prácticas comerciales y el medio ambiente. También, al adoptar estas soluciones equitativas para la protección de los derechos fundamentales, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha terminado creando una “legislación judicial complementaria,” por ejemplo, en relación con las condiciones para las detenciones y allanamientos policiales, cuando están relacionadas con la investigación y persecución de delitos.

En América Latina las acciones de amparo constitucional también ha sido el instrumento que ha utilizado el juez constitucional para la protección de los derechos fundamentales contra las omisiones legislativas.⁸⁴ Este es especialmente el caso del *mandado de injunção* brasileño, el cual funciona precisamente como una orden judicial concedida precisamente en los casos en los cuales la ausencia de disposiciones legislativas que hacen imposible o dificultoso el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. Con las decisiones judiciales resultantes declarando la inconstitucionalidad de la omisión, los tribunales no sólo han otorgado al Congreso un plazo para corregir su omisión, sino que han establecido las reglas, algunas veces por analogía, que deben aplicarse en caso de que la omisión persista, lo que ha ocurrido por ejemplo en materia del régimen de la seguridad social y del derecho de huelga de los trabajadores del sector público.⁸⁵

⁸² Véase William Tabb y Elaine W. Shoben, *Remedies*, Thomson West, 2005, p. 13; Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunctions*, Indiana University Press, 1978, pp. 4-5; Owen M. Fiss y Doug Rendelman, *Injunctions*, The Foundation Press, 1984, pp. 33-34; y Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 69 ss.

⁸³ Caso *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995), en Laurence Claus y Richard S. Kay, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’ in the United States*,” US National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 31 (footnote 104).

⁸⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York 2009.

⁸⁵ Véase Thomas Bustamante y Evanlida de Godoi Bustamante, “*Constitutional Courts as ‘Negative Legislators’: The Brazilian Case*,” Brazil National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010, p. 19.

En Argentina también es posible encontrar la misma tendencia general en los casos en los cuales la Corte Suprema ha terminado actuando como órgano complementario del Legislador en asuntos relacionados con la protección de derechos fundamentales, al decidir recursos de amparo.⁸⁶ También en Colombia, al decidir recursos de *tutela*, incluso referidos a violaciones masivas de derechos humanos como las ocurridas con las personas desplazadas, la Corte Constitucional ha creado, ex officio, lo que se conoce con el nombre de “*estado de cosas inconstitucionales*,” configurándose una situación jurídica que ha desembocado en la sustitución de los jueces ordinarios, del Legislador y de la Administración en la definición y coordinación de las políticas públicas.⁸⁷

En Canadá, de manera muy similar a la acción de amparo latinoamericano, conforme a la Constitución, los tribunales tienen la potestad de adoptar una amplia variedad de decisiones de protección de los derechos fundamentales, incluso exigiendo al gobierno la realización de acciones positivas con el propósito de cumplir con la Constitución y de solucionar los efectos de violaciones constitucionales. Estos poderes judiciales han sido usados ampliamente, por ejemplo, para hacer cumplir la protección de las idiomas minoritarios, y garantizar las obligaciones que en materia de bilingüismo que tienen las Provincias; en asuntos de justicia penal, debido a la ausencia de disposiciones legislativas para asegurar juicios expeditos y la presentación de evidencias al acusado por parte del fiscal acusador; y en asuntos de extradición de las personas que podrían enfrentar la pena de muerte en el Estado solicitante.⁸⁸

En cierta forma, en el Reino Unido, a pesar de que el principio constitucional básico continúa siendo que los tribunales no pueden sustituir ni interferir en las tareas del Parlamento, también es posible identificar importantes decisiones de los mismos en materia constitucional de protección de derechos humanos, estableciendo lineamientos que suplementan las atribuciones del Parlamento o del Gobierno. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en materia de esterilización de adultos intelectualmente discapacitados y de

⁸⁶ Véase en Alejandra Rodríguez Galán y Alfredo Mauricio Vítolo, “*Constitutional Courts as “Positive Legislators,”*” Argentinean National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 17.

⁸⁷ Véase en Sandra Morelli, “*The Colombian Constitutional Court: from Institutional Leadership, to Conceptual Audacity,*” Colombian National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 5.

⁸⁸ Casos: *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721; [1985] 2 S.C.R. 347; [1990] 3 S.C.R. 1417n; [1992] 1 S.C.R. 212; *R. v. Stinchcombe* [1991] 3 S.C.R. 326, en Kent Roach, “*Constitutional Courts as Positive Legislators: Canada Country Report*”, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 11-12.

personas en estado vegetativo permanente, casos en los cuales los tribunales han establecidos reglas para su aplicación en ausencia de la legislación pertinente.⁸⁹

También en la República Checa, la Corte Constitucional ha llenado el vacío derivado de la omisión legislativa en asuntos como el relacionado con el aumento de alquileres en apartamentos, en los que la Corte consideró que “su rol de protectora de la constitucionalidad no puede quedar limitada a una mera posición de legislador “negativo.”⁹⁰

- *El juez constitucional llenando el vacío creado por las omisiones legislativas relativas*

Durante las últimas décadas, en particular en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, en los casos del control de las omisiones legislativas cuando se trata de previsiones legales deficientes o inadecuadas que afectan específicamente el goce o ejercicio de los derechos fundamentales, los jueces constitucionales han venido desarrollado la técnica de declarar la inconstitucionalidad de dichas disposiciones insuficientes, pero sin anularlas, enviando en cambio directrices, lineamientos y recomendaciones y hasta mandatos al Legislador, con el fin de lograr que se corrijan las omisiones legislativas inconstitucionales. En todos estos casos, puede decirse que los jueces constitucionales han actuado como ayudantes y colaboradores del Legislador, especialmente también con el fin de proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Estas instrucciones o directrices que emanan de los jueces constitucionales dirigidas al Legislador en algunos casos son meras recomendaciones no vinculantes; en otros casos tienen carácter obligatorio; y en otros, son concebidas como “leyes” provisionales.

- Los jueces constitucionales emitiendo directrices no vinculantes dirigidas al Legislador

En términos generales, en relación con las recomendaciones judiciales no obligatorias emanadas de los jueces constitucionales, la Corte Constitucional italiana ha dictado las llamadas sentencias exhortativas o

⁸⁹ Casos *Re F (Mental Patient: Sterilisation)* [1990] 2 AC 173; y *Airedale NHS Trust v Bland*, en John Bell, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’: United Kingdom,” British National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 7

⁹⁰ Sentencia Pl. ÚS 8/02, *Rent Control II*, no. 528/2002 Sb. de 20 de noviembre de 2002; y Pl. ÚS 2/03, *Rent Control III*, no. 84/2003 Sb, de 19 de marzo de 2003, en Zdenek Kühn, “Czech Constitutional Court as Positive Legislator,” Czech National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 14 (nota 58).

delegadas o *sentenze indirizzo*,⁹¹ mediante las cuales declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa, pero sin introducir la norma que debería aplicarse mediante la interpretación, dejando esta tarea al Legislador. En otros casos, la instrucción dirigida al legislador puede tener carácter condicional en relación con la potestad de la Corte Constitucional en materia de control de constitucionalidad, en el sentido de que si el Legislador no legisla y llena el vacío legislativo, la Corte procedería a anular la ley. En Italia también se ha desarrollado la fórmula llamada de la *doppia pronuncia*,⁹² que opera cuando el Legislador no ejecuta las recomendaciones de la Corte, en cuyo caso esta declararía la inconstitucionalidad de la ley impugnada en una segunda decisión.

Este tipo de decisiones judiciales de tipo exhortativo también se han aceptado en Alemania donde se denominan “decisiones de apelación,” mediante las cuales el Tribunal Constitucional Federal puede emitir “advertencias al Legislador,” contentivas de directrices legislativas y estableciendo un plazo para que se promulgue la disposición omitida.⁹³

Esta misma técnica ha sido aplicada en Francia y en Bélgica, donde el Consejo Constitucional y la Corte Constitucional, respectivamente, también han dictado este tipo de directrices dirigidas al Legislador, las cuales, aún sin tener efectos directos sobre la normativa a dictar, pueden establecer un marco para la futura acción legislativa.⁹⁴ Una técnica similar se ha aplicado en Polonia, llamada de las “señalizaciones,” por medio de la cual el Tribunal Constitucional llama la atención del legislador sobre problemas de naturaleza general.⁹⁵ También se ha aplicado en Serbia, la República Checa y México.⁹⁶

⁹¹ Véase L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova 1987, pp. 3 ss.; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 268.

⁹² Véase Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 504.

⁹³ Véase Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.264; y Iván Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 505.

⁹⁴ Sentencia BVerfG, de 19 de Julio de 1966, BVerfGE 20, 56 (114-115), en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 176-179, 185 ss.

⁹⁵ Véase por ejemplo la “señalización” en relación con la protección de inquilinos de de 29 de junio de 2005, OTK ZU 2005/6A/77, en Marek Safjan, “*The Constitutional Courts as a Positive Legislator*,” *Polish National Report*, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 16 (nota 45).

⁹⁶ Véase por ejemplo, Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Las sentencias de los tribunales constitucionales en el ordenamiento mexicano,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 252.

En países con sistemas de control difuso de constitucionalidad, como en Argentina, estas decisiones judiciales tipo exhorto también han sido dictadas por la Corte Suprema, en casos relacionados con acciones colectivas de amparo, exhortando a las autoridades involucradas a sancionar nuevas disposiciones legales con el fin de atender, por ejemplo, la situación de sobrepoblación y degradación del sistema penitenciario.⁹⁷ Estas facultades también han sido utilizadas en casos de control judicial de “convencionalidad” en relación con la Convención Americana de los Derechos Humanos. Una situación similar se ha producido con decisiones de la Corte Suprema de los Países Bajos, enviando al Legislador “consejos exhortativos.”⁹⁸

- Los jueces constitucionales emitiendo órdenes y directrices vinculantes para el Legislador

En muchos casos de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas, generalmente basadas también en la violación del derecho a la no discriminación y a la igualdad, los jueces constitucionales han declarado la inconstitucionalidad de la omisión relativa, pero sin anular la disposición, asumiendo, en cambio, de manera progresiva un papel más positivo, emitiendo en relación con el Legislador, no sólo directrices sino también mandatos o instrucciones con el fin de que aquél reforme o corrija las leyes de la manera indicada por el juez. Esto ha transformado a los jueces constitucionales en un tipo de auxiliar legislativo, imponiéndole al Legislador ciertas tareas, estableciendo un plazo preciso para el desarrollo de las mismas.

Esta técnica de control de constitucionalidad ha sido utilizada en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal, por medio de decisiones mandatorias ha emitido órdenes al Legislador, por ejemplo, en asuntos relacionados con el régimen de pensión alimenticia, con las incompatibilidades profesionales, con el reembolso de gastos en las campañas electorales, con las condiciones de los profesores, con el aborto y el servicio civil alternativo, incluso indicando al Legislador lo que no debe hacer a los efectos de evitar agravar las desigualdades consideradas inconstitucionales.⁹⁹

⁹⁷ Caso *Verbitsky*, CSIJ, Fallos. 328:1146, en Néstor P. Sagües, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 340.

⁹⁸ Caso *Harmonisation Act* de 1989, en J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, “*The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?*”, Dutch National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 6.

⁹⁹ Sentencias BVerfG, de 14 de Julio de 1981, BVerfGE 57, 381; BVerfG, de 15 de febrero de 1967, BVerfGE 21, 183; BVerfG, de 9 de marzo de 1976, BVerfGE 41, 414, en I. Härtel, “*Constitutional Courts as Positive Legislators*,” German National Report, XVIII, International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 9.; y Christian Behrendt, *Le juge*

Similares decisiones emitidas por Cortes Constitucionales puede encontrarse en Bélgica, Austria, Croacia y Colombia.¹⁰⁰ En el caso de Francia, debido al tradicional sistema de control de constitucionalidad a priori de las leyes ejercido por el Consejo Constitucional, uno de los medios más importantes para asegurar el cumplimiento de sus decisiones han sido las directrices, llamadas “*réserves d’interprétation*” o “*réserves d’application*”, aunque no dirigidas al legislador sino a las autoridades administrativas que deben emitir los reglamentos de la ley y a los jueces que deben aplicar la ley.¹⁰¹

- ***Los jueces constitucionales como Legisladores provisionales***

Finalmente, en muchos otros casos de control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas, los jueces constitucionales no se han limitado sólo a emitir mandatos al Legislador buscando que sancione disposiciones legislativas a los efectos de llenar los vacíos producidos por sus omisiones, sino que han asumido directamente el papel de “legisladores provisionales” al incluir en sus decisiones, cuando declaran la inconstitucionalidad de previsiones legales, medidas o normas que han de aplicarse a los asuntos específicos considerados como inconstitucionales, hasta que el Legislador sancione la ley que está obligado a producir.

En estos casos, el juez constitucional declara la anulación o invalidez de la disposición inconstitucional, pero además para evitar que se materialice el vacío legislativo que la nulidad origina, establece en forma temporal ciertas normas en la materia para ser aplicadas hasta la promulgación de nueva legislación que debe emitirse.¹⁰² Los jueces constitucionales, en estos casos, en la práctica, puede decirse que actúan como “legisladores sustitutos” aunque no para usurpar las funciones del Legislador sino para preservar su propia libertad legislativa.¹⁰³

constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 259-288

¹⁰⁰ Véase por ejemplo, Mónica Liliana Ibagón, “Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia,” en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, pp. 322-323.

¹⁰¹ Véase Bertrand Mathieu, “*Le Conseil constitutionnel ‘législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative,*” French National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 10.

¹⁰² Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 333 ss.

¹⁰³ Véase Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política,” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XIX, No 57, Mexico 1986, pp. 848-849.

Esta técnica también ha sido aplicada en Alemania por el Tribunal Constitucional Federal, el cual ha asumido “un poder legislativo auxiliar” y ha actuado como una especie de “organización de reparación parlamentaria”¹⁰⁴ como sucedió en 1975, cuando decidió sobre la impugnación de las normas legales relativas a la despenalización parcial del aborto. En dicho proceso, después de declarar como inconstitucionales las disposiciones respectivas del Código Penal, el Tribunal consideró que “en el interés de la transparencia de la ley” era apropiado establecer una “regulación provisional” en la materia a ser aplicable hasta que las nuevas disposiciones fuesen sancionadas por el Legislador,¹⁰⁵ procediendo entonces a dictar una “legislación provisional” muy detallada sobre el asunto la cual se aplicó durante casi 15 años, hasta 1992, cuando el parlamento sancionó la esperada reforma del Código. Pero la misma fue nuevamente impugnada por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual, en 1993, en una nueva decisión, después de declarar de nuevo, la reforma, como contraria a la Constitución,¹⁰⁶ estableció una vez más en forma por lo demás muy detallada, como “legislador real”, todas las normas reguladoras sobre el aborto en el país.

En Suiza, la Corte Suprema en diferentes casos ha dictado normas con el fin de llenar el vacío creado por omisiones legislativas en materias relativas a la aplicación de derechos constitucionales, como ha ocurrido, por ejemplo, en relación con los procesos relacionados con la detención de extranjeros; el derecho de asilo; y las reglas sobre expropiaciones.¹⁰⁷

También en la India, la Corte Suprema ha asumido el papel de legislador provisional en asuntos relativos a la protección de derechos fundamentales, en casos relacionados con las capturas y arrestos realizados por la policía, emitiendo avisos destinados a todos los entes gubernamentales

¹⁰⁴ Véase Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 341, notas 309 y 310.

¹⁰⁵ Sentencia BVerfG, de 25 de febrero de 1975, BVerfGE 39, 1, (68), en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 342 ff; y I. Härtel, “Constitutional Courts as Positive Legislators,” German National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 14.

¹⁰⁶ Sentencias BVerfG, de 25 de mayo de 1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*), y BVerfGE 88, 203, de 25 de febrero de 1975, en Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 346-351.

¹⁰⁷ Sentencias BGE 91 I 329 ss. (expropiación sustantiva); BGE 94 I 286 ss. (apropiación de derechos de vecinos). Véase en Tobias Jaag, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators:’ Switzerland,” Swiss National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 16 (nota 89).

estableciendo en detalle los requerimientos que debían seguirse en todos los casos de arresto y captura hasta que se dictasen las respectivas disposiciones legales. En este caso, aún cuando la normativa judicial era de carácter provisional y temporal, en la práctica han seguido conformando la “legislación” aplicables en la materia.¹⁰⁸ La Corte Suprema también ha ejercido los mismos poderes protegiendo los derechos de las mujeres trabajadoras contra el acoso sexual en los lugares de trabajo, emitiendo órdenes “para la protección de estos derechos con el fin de llenar el vacío legislativo.”¹⁰⁹

Dentro de este tipo de decisiones de control de constitucionalidad que incluyen normas provisionales establecidas mediante la interpretación de la Constitución, es posible incluir a las llamadas “*súmula vinculante*” emitidas por el Tribunal Supremo Federal de Brasil, como por ejemplo, las relativas a la prohibición del nepotismo en el Poder Judicial, y a la delimitación de las tierras de los pueblos indígenas.¹¹⁰

También en Venezuela es posible hallar casos en los que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en ausencia de leyes reguladoras correspondientes, ha emitido decisiones que contienen disposiciones normativas, resultado del ejercicio por la Sala Constitucional de la llamada “jurisdicción normativa,” mediante la cual ha establecido normas completas reguladoras de ciertas situaciones que no han sido objeto de regulación legislativa, como por ejemplo, en relación con las relaciones estables *de facto* entre hombres y mujeres, y en asuntos relativos a la fertilización in vitro.¹¹¹

¹⁰⁸ Caso *D K Basu v State of West Bengal*, (1997) 1 SCC 416, en Surya Deva, *Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience,’* Indian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 6-7.

¹⁰⁹ Caso *Vishaka v State of Rajasthan*, 1997 SC 3011, en Surya Deva, *Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience,’* Indian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 8 (nota 49).

¹¹⁰ *Súmula vinculante* No. 13, STF, *DJ* 1º.set.2006, ADC 12 MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, y STF, *DJ* 25.set.2009, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, en Luis Roberto Barroso et al, “Notas sobre a questão do Legislador Positivo” (*Brazil*), XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 33-37; 43-46

¹¹¹ Sentencia No. 1682 de 15 de Julio de 2005, caso *Carmela Manpieri*, *Interpretación del artículo 77 de la Constitución*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm>; y sentencia No. 1456 de 27 de julio de 2006, caso *Yamilex Núñez de Godoy*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm> Véase Daniela Urosa Maggi, “*Cortes Constitucionales como ‘Legisladores Positivos:’ La experiencia venezolana,*” Venezuelan National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 19-20

CUARTA TENDENCIA: LOS JUECES CONSTITUCIONALES COMO LEGISLADORES EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Por último, la cuarta tendencia que puede identificarse en el derecho comparado en relación con los jueces constitucionales actuando como “legisladores positivos,” se relaciona con la actividad normativa que tradicionalmente han desplegado en relación con la legislación en materia de control de constitucionalidad o de justicia constitucional. En este sentido, los jueces constitucionales no sólo han dictado normas en relación con sus propios poderes de revisión o control cuando ejercen la justicia constitucional y con las acciones que pueden ser interpuestas ante ellos, sino en relación con el procedimiento aplicable en los procesos constitucionales. Esta situación varía, por supuesto según el sistema de control de constitucionalidad que se haya adoptado.

- Los jueces constitucionales creando sus propias facultades de control de constitucionalidad

- La creación por el juez constitucional de sus propios poderes de control en el sistema difuso de control de constitucionalidad

En el sistema difuso o descentralizado de control de constitucionalidad, el poder-deber de todos los tribunales y jueces de desechar la aplicación de leyes que estimen contrarias a la Constitución, aplicando ésta preferentemente al decidir casos concretos, no necesita estar expresamente establecido en la Constitución. Estos poderes derivan del principio de supremacía de la Constitución tal como lo delineó el Juez John Marshall, en la conocida decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison* 1 Cranch 137 (1803). En consecuencia, en los Estados Unidos, debido a este vínculo esencial entre la supremacía de la Constitución y la *judicial review*, el poder de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes fue una creación de la Suprema Corte, como también lo fue unas décadas después en Noruega, en Grecia, y en Argentina,¹¹² donde el control de constitucionalidad también fue producto de la creación jurisprudencial de sus respectivas Cortes Supremas de Justicia.

¹¹² Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

- La extensión de las facultades de control de constitucionalidad para asegurar la protección de los derechos fundamentales

Por otra parte, y en particular en relación con la protección de los derechos y libertades fundamentales, dado los principios de progresividad y prevalencia arraigados ya en el constitucionalismo contemporáneo, los jueces constitucionales en su carácter de interpretes supremos de la Constitución, en ausencia de la legislación pertinente, han creado incluso la misma acción de amparo como un medio judicial para la protección de aquellos. Este fue el caso, también de Argentina en 1957, de la República Dominicana en 1999,¹¹³ y en la República de Eslovaquia, donde la Corte Constitucional “creó” un medio específico de protección de los derechos fundamentales.¹¹⁴

En materia específica de la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos establecidos en la Constitución, en Venezuela, la Sala Constitucional ha admitido la acción directa del amparo en la materia, fijando su regulación;¹¹⁵ y en la India, la Corte Suprema ha expandido la acción para la protección de los derechos fundamentales, para abarcar la protección de dichos derechos colectivos y difusos, conformando los llamados “litigios de interés público.”¹¹⁶

- La necesidad de contar con una disposición expresa en la Constitución estableciendo la Jurisdicción Constitucional en los sistemas de control concentrado, y sus desviaciones

En contraste con lo que ocurre en los sistemas de control difuso de control de constitucionalidad, en los sistemas de control concentrado, la

¹¹³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010

¹¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional No. III. ÚS 117/01, en Ján Sváky Lucia Berdisová, “*Constitutional Court of the Slovak Republic as Positive Legislator via Application and Interpretation of the Constitution*,” *Slovak National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 9..

¹¹⁵ Sentencias No. 656 de 30 de junio de 2000, caso *Dilia Parra Guillen (Peoples’ Defender)*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/656-300600-00-1728%20.htm>; No. 1395 de 21 de noviembre de 2000, caso *William Dávila Case*, en *Revista de Derecho Público*, No. 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 330; No. 1571 de 22 de agosto de 2001, caso *Asodeviprilara*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm>. Véase Daniela Urosa Maggi, “*Cortes Constitucionales como ‘Legisladores Positivos:’ La experiencia venezolana*,” *Venezuelan National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 11-12

¹¹⁶ Casos *S P Gupta v Union of India* AIR 1982 SC 149; *PUDR v Union of India* AIR 1982 SC 1473; *Bandhua Mukti Morcha v Union of India* (1984) 3 SCC 161, en Surya Deva, “*Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience*,” *Indian National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 2, 4-5

facultad exclusiva de los Tribunales o Cortes Constitucionales o de las Cortes Supremas de controlar la constitucionalidad de los actos legislativos, como Jurisdicción Constitucional, tiene que estar siempre establecida en forma expresa en la Constitución, no pudiendo ser establecida por deducción a través de decisiones judiciales.¹¹⁷

Sin embargo, si bien este principio general se ha mantenido incólume, en algunos casos, los jueces constitucionales lo que han hecho es ampliar o adaptar sus competencias de control de constitucionalidad, como ocurrió, por ejemplo, los ya mencionados casos en los cuales los Tribunales o Cortes Constitucionales han aplicado la técnica de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero sin anularlas, o cuando han asumido la facultad de extender la aplicación de la ley declarada inconstitucional durante un tiempo, o cuando han emitido directrices destinadas al legislador a los efectos de que legisle en armonía con la Constitución. Esta ha sido, como se ha visto, por ejemplo, la técnica desarrollada en Alemania, incluso como lo indicó Inés Härtel, “sin autorización legal, de hecho, *contra legem*.”¹¹⁸ En España, el Tribunal Constitucional ha aplicado la misma técnica también a pesar de la disposición contraria contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.¹¹⁹

Pero en otros casos, los jueces constitucionales han creado sus propias facultades de revisión judicial no establecidas en la Constitución, como ha sucedido en Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha creado un nuevo medio de control de constitucionalidad no previsto en la Constitución, como el llamado “recurso abstracto para la interpretación constitucional,”¹²⁰ que puede ser intentado por cualquier persona interesada en

¹¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 185 ss.; y Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed, Lima 2009, p. 41.

¹¹⁸ Véase I. Härtel, “*Constitutional Courts as Positive Legislators*,” German National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 8; Francisco Fernández Segado, “Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas,” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 162.

¹¹⁹ Véase F. Fernández Segado, *El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo*,” *Spanish National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 6, 11.

¹²⁰ Sentencia No. 1077 de 22 de septiembre de 2000, caso *Servio Tulio León*, en *Revista de Derecho Público*, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Le Recours d’Interprétation Abstrait de la Constitution au Vénézuéla,” en *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris 2007, pp. 61-70; y “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad,” en *Libro*

resolver las dudas que resulten de disposiciones constitucionales ambiguas u oscuras. Este recurso ha permitido a la sala Constitucional emitir muchos importantes y con frecuencia controversiales fallos, y más grave aún, a través de su ejercicio por el Procurador General, la Sala Constitucional ha mutado ilegítimamente, importantes disposiciones constitucionales. Fue el caso, por ejemplo, de las decisiones adoptadas en relación con los referendos consultivo y revocatorio entre 2002 y 2004, mediante los cuales la Sala transformó el referendo revocatorio en un referendo ratificatorio no establecido en la Constitución.¹²¹ Estas decisiones, sin duda, también pertenecen al capítulo de la patología de la justicia constitucional.

- Los jueces constitucionales creando normas procesales para los procesos constitucionales

Finalmente, en relación con la interferencia judicial en las funciones legislativas, también puede mencionarse el proceso de creación de normas procesales por los jueces constitucionales para el ejercicio de sus funciones de control de constitucionalidad, cuando las mismas no se han establecido en la legislación respectiva.

Con tal fin, como ha sucedido en el Perú, el Tribunal Constitucional ha afirmado poseer “autonomía procesal,” habiendo ejercido facultades ampliadas en el desarrollo y complementación de las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, en aspectos no regulados en forma expresa en la ley.¹²²

Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362.

¹²¹ La mutación constitucional tuvo precisamente por objeto evitar en 2004 la revocación del mandato del Presidente de la República, Hugo Chávez. Este había sido electo en agosto de 2000 con 3,757,744 votos; siendo suficiente para revocarle el mandato de acuerdo con la Constitución, que los votos por su revocatoria fuesen superiores a esa cifra. El número de votos a favor de la revocatoria del mandato del Presidente expresados en el referendo que tuvo lugar el 15 de agosto de 2004 fue de 3,989,008, por lo que su mandato fue constitucionalmente revocado. Sin embargo, el Consejo nacional Electoral el 27 de agosto de 2004), en virtud de que en el mismo referendo la opción por la no revocación del mandato obtuvo 5.800.629 votos, decidió “ratificar” al Presidente en su cargo hasta la terminación de su mandato en enero de 2007. Véase *El Nacional*, Caracas, 28 de agosto de 2004, pp. A-1yA-2. Véase los comentarios al caso en Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional vs. El derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares o de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un “referendo ratificatorio,” en *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 350 ss.

¹²² Decisión del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 0020-2005-AI/TC, FJ 2, en Francisco Eguiguren y Liliana Salomé, “*Función contra-mayoritaria de la Jurisdicción Constitucional, su legitimidad democrática y los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Legislador*,” Peruvian National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p.

En Alemania, igualmente se ha utilizado el mismo principio de la autonomía procesal (*Verfahrensautonomie*) para explicar las facultades desarrolladas por el Tribunal Constitucional Federal para complementar las normas procesales en el trámite del control de constitucionalidad basándose en la interpretación del artículo 35 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal relacionado con la ejecución de sus decisiones.

En otros casos, la interferencia judicial en asuntos legislativos en relación con las normas procesales en materia de control de constitucionalidad ha sido más intensa, como ha sucedido en Colombia, donde la Corte Constitucional ha asumido incluso la competencia exclusiva para establecer los efectos de sus propias decisiones, sustrayendo la materia del ámbito de las competencias del legislador.¹²³

En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, también ha invocado su “jurisdicción normativa” para establecer normas procesales aplicables en los procesos constitucionales cuando la materia no se ha regulado en las leyes, como ha sucedido, en particular, en los procesos destinados a controlar la omisión legislativa absoluta,¹²⁴ y de habeas data, estableciendo en detalle las normas procesales “con el fin de llenar el vacío existente.”¹²⁵ El vacío legislativo, en todo caso, fue luego llenado con las previsiones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.¹²⁶

14; y Fernán Altuve-Febres, “*El Juez Constitucional como legislador positivo en el Perú*,” *Peruvian National Report II*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 22-23.

¹²³ Véase Decision C-113/93. Véase en Germán Alfonso López Daza, “*Le juge constitutionnel colombien, législateur-cadre positif: un gouvernement des juges*” *Colombian National Report I*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 9.

¹²⁴ Sentencia No. 1556 of July 9, 2002, caso *Alfonzo Albornoz y Gloria de Vicentini*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1556-090702-01-2337%20.htm>. Véase Daniela Urosa Maggi, “*Cortes Constitucionales como ‘Legisladores Positivos:’ La experiencia venezolana*,” *Venezuelan National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, pp. 10-11.

¹²⁵ Sentencia No 1511 of November 9, 2009, caso *Mercedes Josefina Ramírez, Acción de Habeas Dat*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1511-91109-2009-09-0369.html>. Véase Allan R. Brewer-Carías, “El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del Derecho Procesal Constitucional” en Eduardo Andrés Velandia Canosa (Coordinador), *Homenaje al Maestro Héctor Fix Zamudio. Derecho Procesal Constitucional. Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional* Mayo 26, 27 y 28 de 2010, Bogotá 2010, pp. 289-295; y Daniela Urosa Maggi, “*Cortes Constitucionales como ‘Legisladores Positivos:’ La experiencia venezolana*,” *Venezuelan National Report*, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010, p. 13.

¹²⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

COMENTARIOS FINALES

La conclusión principal que resulta del estudio comparado del rol de los jueces constitucionales actuando como “Legisladores Positivos” en el mundo contemporáneo, es que, sin duda, los mismos han venido asumiendo de manera progresiva una ingerencia activa en áreas que hace sólo unas décadas pertenecían exclusivamente al Poder Constituyente o al Legislador, en algunos casos descubriendo y deduciendo normas constitucionales, en particular en asuntos relacionados con los derechos humanos no expresamente consagrados en la Constitución y que incluso, en muchos casos no podían siquiera ser considerados como derivados de la intención de un Constituyente antiguo y original, al sancionar una Constitución concebida para una sociedad diferente.

En otros casos, los jueces constitucionales han asumido de manera progresiva funciones legislativas, complementando al Legislador en su papel de creador de leyes, en muchos casos llenando los vacíos resultantes de las omisiones legislativas, en otros, mandando lineamientos y ordenes al Legislador, y además, adoptando legislación provisional resultante del ejercicio de sus funciones de control de constitucionalidad.

Estas tendencias comunes, que pueden identificarse en diferentes países y en todos los sistemas legales, son, por supuesto, más numerosas e importantes que las posibles diferencias esenciales y excepcionales que pudieren existir entre los diversos sistemas. Por ello, en materia de control de constitucionalidad, los jueces constitucionales, con el fin de desarrollar sus propias competencias y ejercer sus facultades de control para proteger los derechos fundamentales y para asegurar la supremacía de la Constitución, han comenzado de manera progresiva a estudiar y analizar el trabajo similar desarrollado por jueces constitucionales de otros países, enriqueciendo así sus decisiones. En esa tarea, sin duda, el derecho comparado ha ejercido un rol determinante.

En consecuencia, es posible decir que hoy en día, tal vez con la excepción de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es común encontrar en las decisiones de los Tribunales o Cortes Constitucionales, o de las Cortes Supremas ejerciendo facultades de justicia constitucional, referencias constantes a decisiones emitidas en asuntos o casos similares por otros jueces constitucionales. Por ello se puede decir que en general, en esta materia, en el mundo actual, no existe animadversión alguna en utilizar elementos de derecho extranjero para interpretar la Constitución, cuando el mismo sea aplicable.

Ese, sin embargo, no es el caso en los Estados Unidos donde aún es posible oír expresiones como las emitidas por la Juez Sonia Sotomayor quien, en la audiencia en el Senado para su confirmación como para integrar la Corte

Suprema, afirmó por ejemplo, que la “Ley norteamericana no permite el uso del derecho extranjero o internacional para interpretar la Constitución” siendo esto una cuestión “dada” en relación con la cual “no hay debate.”¹²⁷ Al contrario, sin embargo, la Juez Ruth Bader Ginsburg de la misma Corte Suprema, ha dicho que: “francamente no comprendo todo el reciente alboroto del Congreso y de algunos de mis colegas acerca de las referencias al derecho extranjero,” explicando que la controversia estaba basada en el malentendido de que si se cita un precedente extranjero ello podría significar que la Corte se podría encontrar limitada por el derecho extranjero.” En realidad, argumentó la propia Juez Ginsburg que la cita de precedentes de Cortes o Tribunales Constitucionales extranjeros, no se diferencia de la cita que pueda hacerse de de un artículo de un profesor extranjero, preguntándose: ¿Por qué no debemos voltear nuestra mirada hacia la sabiduría de un juez del extranjero con al menos la misma facilidad con la que leeríamos un artículo redactado por un profesor?”¹²⁸

Y esto es precisamente lo que actualmente ocurre en todas las Cortes Supremas y Jurisdicciones Constitucionales, donde los jueces constitucionales comúnmente toman en consideración el derecho extranjero cuando tienen que decidir acerca del mismo asunto basándose en los mismos principios. En tales casos, de la misma manera en que se estudia el asunto de acuerdo con la opinión y el análisis de distintos autores de libros y artículos, también ellos han confiado en las soluciones y decisiones de los tribunales de otros países. Ello, sin duda, ha sido muy útil pues el ejercicio no se ha reducido al sólo análisis de soluciones teóricas, sino de las soluciones prácticas en casos específicos que han sido aplicadas por otros jueces. Y es ahí, precisamente, donde el derecho comparado es una herramienta por lo demás útil e importante.

New York, Septiembre de 2010

¹²⁷ Expresiones de la juez Sonia Sotomayor, en las audiencias de confirmación ante el Senado de los Estados Unidos, el 15 de julio de 2009, en “Sotomayor on the Issues,” *The New York Times*, 16 de Julio de 2009, p. A18.

¹²⁸ Véase Adam Liptak, “Ginsburg Shares Views on Influence of Foreign Law on Her Court, and Vice Versa,” en *The New York Times*, 12 de abril de 2009, p. 14.