



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO FORMA DE SUPRESIÓN
NORMATIVA**

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

DIEGO IGNACIO BARAHONA ZÚÑIGA
CRISTÓBAL ANDRÉS CARRASCO BARRERA

Profesor Guía: Francisco Zúñiga Urbina

Santiago, Mayo de 2011

Tabla de contenido

Página

Introducción.....	5
I. Capítulo 1: Supresión de normas en el derecho premoderno.....	9
I.1. El cambio del derecho premoderno al moderno.....	17
II. Capítulo 2: Supresión de normas en el derecho moderno.....	20
II.1. Introducción.....	20
II.2. Existencia y validez en el derecho moderno.....	23
II.2.1 Existencia y validez de normas en la obra de Hans Kelsen.....	24
II.2.1.1 Nulidad de una norma.....	26
II.2.1.2. El “Kelsen de los 60’s”.....	27
II.2.1.3 ¿Validez de normas inconstitucionales en la obra de Hans Kelsen?.....	31
II.2.2. Existencia y validez de normas en la obra de Alchourrón y Bulygin.....	38
III. Capítulo 3: Jurisdicción constitucional y declaración de inconstitucionalidad. Un marco teórico.....	43
III.1 Introducción.....	43
III.2. Necesidad y legitimidad de la jurisdicción constitucional.....	46
III.3. Presupuestos y funciones de la jurisdicción constitucional.....	58

III.4. Clasificación de los modelos de control de constitucionalidad	62
A. Según la admisibilidad en el sistema jurídico.....	63
B. En función del órgano que el control de constitucionalidad.	64
C. En función al procedimiento de control de	66
constitucionalidad.....	
D. En función al radio de acción del control de	69
constitucionalidad.....	
E. En razón a los efectos que produce la declaración de	69
inconstitucionalidad del órgano encargado del control.....	
III. 5. Modelo de control de la constitucionalidad estadounidense o <i>Judicial</i>	72
<i>Review</i>	
III.5.1 De la especial situación de la Constitución Federal norteamericana de	72
1787 y sus magistrados.....	
III. 5.2. La doctrina del <i>Judicial Review</i> como creación	76
jurisprudencial.....	
III.5.3. Medios jurídicos del Tribunal Supremo contra el Ejecutivo y los efectos	81
de la declaración de inconstitucionalidad.....	
III.6.Modelo Europeo.....	85
III.6.1. Cuestiones preliminares: <i>Judicial Review</i> y los sistemas jurídicos	85
europeos.....	
III.6.2 Características del modelo europeo.....	87
III.6.3. Desarrollo del modelo europeo en el siglo XX.....	90

A. La situación de la jurisdicción constitucional post la Primera Guerra Mundial.....	91
B. La jurisdicción constitucional post Segunda Guerra Mundial.....	94
C. La jurisdicción constitucional en la década de 1970.....	99
D. La jurisdicción constitucional de 1990 en adelante.....	100
IV. Capítulo 4: Declaración de inconstitucional y modos de supresión normativa.....	103
IV.1 Fundamentos del acto invalidatorio.....	104
IV.2. Acto y disposición invalidatoria.....	110
IV.3. Efectos temporales del acto invalidatorio.....	114
V. Capítulo 5: Declaración de inconstitucionalidad ante el Derecho Constitucional.....	131
V. 1 la forma de resolver los conflictos temporales dentro del ámbito constitucional.....	136
Conclusión.....	143
Bibliografía.....	153

Introducción.

Cuando intentamos explicar qué es un sistema jurídico de normas, necesariamente debemos hacernos cargo de qué es lo que da unidad al número exorbitante de leyes, decretos, reglamentos, etc., que se encuentran presente el ordenamiento jurídico de cualquier Estado de Derecho moderno, y a la vez que le da validez de a las mismas. Sostenemos junto a Hans Kelsen, como lo hace en el capítulo IX de su “Teoría Pura del Derecho”¹, que la pluralidad de normas presentes en un ordenamiento jurídico determinado descansa, en última instancia, sobre una única norma o norma fundamental.

Los sistemas jurídicos modernos, a partir de movimientos intelectuales y políticos a fines del siglo XVIII², han entendido al texto jurídico de la Constitución, que cada Estado se da a si mismo en ejercicio de su poder constituyente, como la norma fundamental de cual depende la validez del resto de normas existente en el ordenamiento jurídico. En la actualidad, el dogma de la supremacía de la Constitución se encuentra fuertemente arraigado a nivel mundial en los sistemas jurídicos, como lo demuestra el hecho que las naciones en Europa oriental luego de la disolución de la Unión Soviética legislaron para un establecimiento de una Constitución en cada caso. Como una consecuencia de esto, a lo largo del siglo XX el derecho constitucional ha sido desarrollado de tal manera que hoy se encuentra en un nivel primario dentro de los sistemas jurídicos, y los principios que inspiran al derecho constitucional atraviesan transversalmente al resto de las ramas del derecho. Por otra parte, la teoría de los

¹ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, Ed. UNAM, traducción de Roberto J. Vernengo de la 2ª edición en alemán, México. 1982, Capítulo IX.

² RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI Renato. *La República en Chile*, Ed. LOM, Chile. 2006, pág. 29

derechos fundamentales, como una serie de derechos personales que se encuentran consagrados en el texto constitucional y que deben ser respetados tanto por la administración del Estado como por los legisladores, se encuentra presente tanto en el discurso de estadistas como de los ciudadanos en común.

Las circunstancias descritas nos hacen preguntarnos ¿Cuáles son las formas que actualmente existen para defender la supremacía constitucional? Debido a su importancia como eje central de la validez de las normas dentro del ordenamiento jurídico, la Constitución debe ser defendida, de manera que sus preceptos no queden como simples normas programáticas y no sea respetada por aquellos órganos que pueden quebrantar. Existen diversas formas de defender la Constitución, y diversos defensores de la misma. El constitucionalismo y la Jurisdicción Constitucional, son las principales formas de pensar y defenderla, y dentro de las múltiples instituciones que forman parte de éstas, la declaración de inconstitucionalidad ocupa un lugar central.

Sólo plantear el problema ya resulta interesante ¿Existen normas inconstitucionales? De existir, qué hacemos con ellas. La declaración de inconstitucionalidad desarrolla uno de los pilares en que se basa la idea de la Constitución como norma fundamental y es la validez de las normas. Las preguntas que nos interesan son: ¿Quién declara la constitucionalidad de una norma? ¿Tiene validez, en algún momento de su existencia, una norma inconstitucional? ¿Cuáles son los efectos de la declaración de inconstitucionalidad? ¿Produce efectos retroactivos? ¿Cómo afecta al sistema jurídico, como un todo, la declaración de inconstitucionalidad?

Ante estas interrogantes nuestra tesis es la siguiente: Dada la importancia que deviene de entender la Constitución como norma fundamental de todo sistema jurídico y la correlación que cada norma tiene que tener con éste, nos preguntamos, si los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en un sistema jurídico han de ser proporcionales a la esta importancia, es decir, hasta qué punto se puede sacrificar la seguridad jurídica de por ejemplo, ciertos casos que han sido fallados conforme a una norma que posteriormente se ha declarado inconstitucional, a favor de la supremacía de la constitución. Damos especial énfasis en los efectos temporales que puede tener la sentencia que declara la inconstitucionalidad como forma de supresión normativa, así como también los órganos y sujetos que se encuentran afectados por esta decisión.

Para esto, hemos dividido nuestro trabajo en cinco capítulos, de manera que podamos tener una comprensión cabal de la declaración de inconstitucionalidad como forma de supresión normativa. En los primeros dos capítulos explicamos cómo ha entendido el Derecho la institución de la supresión normativa, lo que se encuentra estrechamente relacionado a la manera que se entiende el acto creador de derecho, y hacemos la división entre derecho premoderno y moderno, en base a este criterio, donde el primero entiende la validez de una norma en cuanto a su correlación con una norma de general, preexistente a los hombres, y que sólo es descubierta por éstos a través de la razón. El paso entre el derecho premoderno y moderno tiene su fuente en diversas causas históricas, políticas y sociales, donde se comienza a entender al derecho como un acto producido por el hombre, algo netamente volitivo. De este cambio o evolución en la perspectiva de la creación de normas, se sigue que la forma de entender la validez de las normas y su supresión ha variado, tema que tratados

desde la perspectiva de Hans Kelsen y los profesores Alchourrón y Bulygin. En el tercer capítulo exponemos las consecuencias que conlleva el nacimiento de las constituciones modernas y la jurisdicción constitucional, de cómo se ha plasmado la supremacía constitucional, y al ver los argumentos sobre la necesidad y legitimidad de la jurisdicción constitucional, estudiamos quién debe ser el defensor de la Constitución y cuáles han de ser sus atribuciones. Con esto, estudiamos los dos modelos paradigmáticos de control de constitucionalidad, el modelo americano o *Judicial Review* y el modelo europeo o kelseniano, y los alcances que tiene la declaración de inconstitucionalidad en cada caso. En el cuarto capítulo analizamos la declaración de inconstitucionalidad en el contexto de las formas de supresión normativa, discutimos sobre la fundamentación necesaria de un acto invalidatorio y en qué éste se diferencia de otras formas de supresión normativa, en especial la derogación, a la vez que definidos a qué actos nos referimos cuando hablamos de declaración de inconstitucionalidad. Posteriormente, y una vez determinado a qué nos referimos con declaración de inconstitucionalidad, explicamos los efectos temporales de la misma. Finalmente, en el punto quinto, exponemos las técnicas bajo las cuales el derecho constitucional, a través de las instituciones ligadas con la jurisdicción constitucional, ha logrado resolver los conflictos subyacentes a la declaración de inconstitucionalidad, para finalmente presentar nuestras conclusiones respecto al estudio de la declaración de inconstitucionalidad como forma de supresión normativa.

I. Capítulo 1. Supresión de normas en el derecho premoderno

¿Qué puede diferenciar el sistema moderno del premoderno? Más aún, ¿Por qué deberíamos clasificar los sistemas jurídicos entre premodernos y modernos? La pregunta, a primera vista, parece responderse históricamente: el sistema premoderno entendía el derecho naturalmente y el moderno lo comprende artificialmente.³ Esto, en definitiva, implica comprender que para nosotros, al menos como sociedad occidental, no podemos concebir al Derecho sino como una obra deliberada del hombre, un acto de voluntad, es decir, que no podemos analizar el Derecho o cualquier sistema jurídico sin antes dar por sentado que aquel sistema jurídico consiste en una decisión medianamente voluntaria de un grupo de personas en un determinado momento.

Esta distinción resulta, en gran medida, de la concepción que las personas tenían o tuvieron acerca de la creación de normas. El derecho premoderno, a primera vista, parece referirse a lo que Hans Kelsen denominó como sistema estático de normas, es decir, un “sistema en el cual el contenido de las normas puede ser referido a otra norma, bajo un contenido que admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal”⁴. En este entendido, las normas jurídicas y la forma del cambio en ellas, ya sea en creación, modificación o supresión, siempre está supeditada a la congruencia que tengan estas normas con las normas superiores. Las normas creadas, en este contexto, son una concreción de otras normas, y las normas suprimidas deben ser, de este modo, normas que no concuerdan con la exigencia de concordancia antes señalada. Esa es, de alguna manera, la noción que se tiene, en principio, de un

³ Esto, principalmente, en relación con la creación de normas en el sistema jurídico.

⁴ KELSEN, *Op. Cit* (n.1). 1982. p. 303

sistema estático de normas. Es así que alguien, dentro del sistema jurídico, debe tener competencia para determinar cuándo una norma creada es congruente y cuándo una norma creada ha dejado de serlo. Siguiendo esta concepción de derecho premoderno, parece imposible que el legislador sea capaz de crear normas por su mera voluntad, o, en otro sentido, normas que no atestigüen esta adecuación.⁵

Por lo tanto, en muchos sentidos, como ya hemos comentado, la distinción entre derecho premoderno y moderno influye necesariamente en la comprensión de los sistemas jurídicos, y en particular, en la creación y supresión de normas. En ese contexto, el Derecho premoderno se caracteriza principalmente porque las normas de cada sistema jurídicas son dadas, y los textos –es decir, el espacio físico donde ellas están contenidas– no hacen más que expresar la norma. Por esa razón, parece razonable que algún pasaje el DIGESTO señale que “una regla es algo que brevemente describe cómo una cosa es. El derecho no deriva de la regla, sino la regla surge del derecho como es. Es como si mediante una regla recibiéramos una descripción resumida de las cosas...”⁶. Ahora bien, que la fundamentación filosófica del derecho premoderno sea el iusnaturalismo, implica al mismo tiempo observar que las normas son aquellas que el derecho natural dicta, y éstas pueden ser obtenidas a través de la razón. Siguiendo esa idea, la supresión de normas en el derecho premoderno debiera ser política y analíticamente incompatible con el derecho

⁵ BASCUÑÁN RODRIGUEZ, Antonio *El principio de distribución de competencia como criterio de solución de conflictos entre normas jurídicas*, en *Revista Chilena de Derecho*, p. 33. Santiago. 1998. Como señala el profesor Bascuñan Rodríguez, la analogía está dada con el derecho moderno acerca de la relación entre el principio moderno de jerarquía constitucional y el principio de supletoriedad existente en la Edad Media. Para estos efectos, entenderemos el principio de supletoriedad como “la manifestación de adecuación de las normas particulares sobre las generales dentro del contexto de un sistema estático de normas. “

⁶ DIGESTO, 50.17.1

moderno, en el que no sólo prima la voluntad para las modificaciones del sistema jurídico, sino que es esta voluntad –tal como lo señala el Artículo 1 de nuestro Código Civil “la ley es una declaración de la voluntad soberana...”⁷– el inicio y fin de nuestro Derecho. Por el contrario, parece poco razonable comprender creaciones, modificaciones o supresiones de normas en el derecho premoderno que obedezcan a la mera voluntad de quien es competente para dictarlas: quien tenga esa potestad, debe dictar, modificar o suprimir una norma no porque quiera, sino porque la razón lo obliga a hacerlo.

Sin embargo, y adentrándonos en el tema de nuestra memoria, la supresión de normas en la tradición jurídica occidental posee una larga data. Así, observamos que el vocablo *derogación* –tan usado en el derecho moderno– proviene específicamente de Derecho Romano clásico. Según observa Luis María Díez Pícaso⁸, la creación legislativa en el Derecho Romano diferenciaba entre la *lex rogata* y la *lex data*. La primera, suponía la aceptación de los comicios populares, mientras que la *lex data*, por su parte, no necesitaba la aprobación popular. En este sentido, para que “cesara la vigencia de una *lex rogata* se necesitaba una nueva *rogatio* en signo inverso por parte del magistrado y el asentimiento de los comicios, de donde procede la expresión *abrogatio*.”⁹

Como señala posteriormente Díez Pícaso, la derivación de la palabra *abrogatio* en nuestra lengua castellana, supuso su equivalencia con el vocablo *derogación*. Pero

⁷ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. ARTÍCULO 1.

⁸ DIEZ-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Ed. Civitas. Madrid, 1990.

⁹ *Ibíd.* p. 34.

esta distinción no fue siempre unívoca. Así, el DIGESTO señala específicamente la diferencia entre *derogatio* (cese de vigencia de parte de una norma), frente a la *abrogatio* (cese de vigencia total de una norma). Los romanos, siguiendo el relato de Diez Picazo, distinguieron además la *obrogatio* -consistente en la modificación parcial de una ley- y la *subrogatio* -adición de posiciones a una ley-. A juicio de Diez Picazo, estas disquisiciones tienen sentido en la medida que permiten comprender “hasta qué punto la jurisprudencia romana fue sensible a la complejidad del fenómeno derogatorio y, consecuentemente, matizó el uso de los conceptos”¹⁰. No obstante, la discusión puede ser mucho más fecunda si consideramos que, hasta ahora, Diez Picazo no señala de qué forma la doctrina romana diferenció entre aquellos supuestos de abrogación y las demás nomenclaturas.

Pero esta respuesta clásica, donde la creación, supresión o modificación de las normas de un sistema jurídico depende de la correspondencia que tengan éstas con las ciertas normas superiores dentro del mismo sistema, limitando de esta manera el accionar del legislador a esta adecuación, encuentra matices en ciertos autores iusnaturalistas, como es el caso del autor español del siglo XVI, Francisco Suárez, conocido como Doctor Eximius, quien en su *Tratado de las Leyes y del Dios Legislador*¹¹ expone el tema de forma menos extrema. A juicio de Suárez, el modo de creación de leyes positivas humanas obedece, en gran medida, a determinaciones autoritativas. Es el legislador quien establece las leyes, que, en principio, no necesitan una corrección con la justicia o injusticia frente a las normas superiores, en el sentido descrito por Suárez, las leyes naturales y divinas. Para Francisco Suárez, existe una

¹⁰ *Ibíd.* p. 35

¹¹ SUAREZ, Francisco. *Tratado de las leyes y del dios legislador*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid: 1967.

gran independencia entre la promulgación, como acto de autoridad, y la obligatoriedad de la norma, que se sustenta en la costumbre, es decir, la observancia que dan los súbditos de los preceptos emanados del legislador desde su promulgación, hecho que el autor refiere como abrogación no escrita, como se verá enseguida. La obligatoriedad, en este sentido, se *reafirma* por la justicia que contenga materialmente la ley, de forma que el cese de justicia de la ley trae como resultado el cese de su observancia.

Siguiendo el trabajo de Francisco Suárez, si bien la promulgación¹² depende exclusivamente del legislador, los modos de cambio y supresión de normas se expresan de la siguiente forma:

A. Falta de causa para conservarla:

i. Cesación por injusticia de la ley.

B. Acción de un agente en contrario:

i. Abrogación:

1. por la sola voluntad de legislador, en su entendimiento o voluntad.
2. por las acciones sobre las que versa a las inmediatas.
3. por injusticia particular de la ley.

En primer lugar, las leyes atienden en su promulgación, y en un principio, a una necesidad en vista del bien común, pero siempre con una solución de justicia. Esto

¹² *Ibíd.*, p. 270: “una ley suficientemente publicada en el debido lugar sin limitación de tiempo por parte de la voluntad del soberano y sin determinación alguna por parte del derecho positivo, por su naturaleza comienza a obligar enseguida”

hace que las leyes sean a la vez válidas y justas, teniendo su causa material en una cierta necesidad, a la cual su creación atiende, verbigracia, la de fiscalizar las recaudaciones de impuestos. Luego, tienen una causa eficiente en la autoridad de quien las promulga, la voluntad del legislador, lo que les da la validez. Por último, gozan de una causa final que está en tener en consideración el bien común y la justicia. Si falta la causa material, la ley se hace innecesaria y cae en desuso por los súbditos, a través de la costumbre. En cuanto la causa eficiente de una ley, ésta se mantiene mientras no opere una en contrario, y se subsume dentro de aquel cambio que opera por un agente externo. Finalmente, respecto a la causa final de una ley, es decir, su justicia, puede faltar siempre que la misma sea válida, es decir, sea promulgada por el legislador, de donde recibe su ser y obligatoriedad la norma.

En segundo lugar, los cambios que pueden operar en la ley por un agente externo, el mismo legislador, según Suárez, pueden ser generales o particulares, según afecten a toda la comunidad o sólo a ciertos individuos dentro de ellas, y por otro lado, pueden ser absolutos o relativos, en la medida que este cambio o supresión sea temporal o definitivo. La abrogación se enmarca dentro de un cambio general y absoluto, y abarca los casos en que se revoca simplemente una ley (se elimina del sistema jurídico en que fue promulgado sin que norma alguna venga a sustituirla) o ésta es reemplazada por una nueva ley que bien puede prohibir la observancia de la ley anterior, o bien mandar algo que sea incompatible con la observancia de la antigua ley. Hace el autor además sinónimos dos vocablos que en la actualidad se encuentran plenamente diferenciados, los de abrogar y anular¹³, entendiendo que su diferencia es

¹³ *Ibíd.*, p. 94: “anulación y abrogación significan lo mismo”

una simple cuestión semántica. Por último, bajo el alero de la abrogación también se encuentra la derogación, como una supresión parcial de la ley.

La abrogación sería facultad en primer lugar del legislador, y entendiendo que esta facultad puede ser delegada con ciertas limitaciones a órganos inferiores, también tiene derecho a abrogar el órgano superior respecto a su inferior jerárquico, y en tercer lugar siguiendo la doctrina iusnaturalista, el derecho común podría ser abrogado por el canónico cuando el orden temporal entra dentro de los terrenos del orden espiritual.

El legislador, por otra parte, puede abrogar una norma de dos formas: En primer lugar por su voluntad en cuanto pruebe que la voluntad anterior fue irracional, caso que se podría dar, la supresión de una norma y su cambio sería recto. Pero también lo puede ser en cuanto a su entendimiento, toda vez que las circunstancias cambian y aquello que parecía justo y racional en un momento determinado se puede volver no sólo injusto, sino también ineficiente, de manera que si fue el bien común el motor de determinada ley, éste mismo puede motivar a que en pos de una mayor eficacia en la legislación, una norma sea suprimida o modificada. Sin embargo, la abrogación para que surta efecto solamente debe ser válida, es decir, ser hecha por el legislador, quedando al margen los parámetros de justicia y adecuación a la ley natural y divina; en palabras del propio Suárez “si un soberano abroga una ley humana sin causa legítima, aunque lo haga injustamente la abrogación es válida”.¹⁴

¹⁴ *Ibid*, p. 55

Como hemos señalado, si bien la promulgación de una ley se debe necesariamente a la voluntad del legislador, los modos de supresión son algo más difusos. De esta manera, puede suceder que la ley que ha sido justa en el momento de su promulgación ha dejado de serlo por cambios sobrevinientes, e incluso pudo o no ser justa al momento de su promulgación. Una de las características del sistema de control de las leyes en el sistema premoderno, es que siempre será *ex post* de su promulgación, sea por el legislador o por los súbditos en su observancia.

Si la ley ha dejado de ser justa, ésta pierde su carácter de tal, de modo que no es necesaria la manifestación de legislador para la supresión de la ley. Así, los supuestos de abrogación son clasificados en dos casos distintos. El primero obedece a la sola voluntad de legislador de cambiar o suprimir la ley, mientras que el segundo consiste en un caso particular de injusticia, inutilidad o inconveniencia de la ley que no cesa por la costumbre, y que, en consecuencia, parece facultar al legislador para su supresión. La anulación e invalidación para Suárez, al menos en este momento, no parece diferenciarse realmente de los casos de abrogación

Los efectos de la teoría de Francisco Suárez sobre los modos de supresión en el derecho permiten diferenciar claramente al sistema estático de normas con el derecho premoderno atisbado por el autor. Si bien el derecho premoderno de Suárez sigue teñido del sesgo iusnaturalista, al mismo tiempo establece ciertas facultades al legislador para suprimir normas sin necesidad de que estas normas hayan de ser injustas, en vista principalmente a la legitimidad que le da el hecho de ser el legislador, para las llamadas leyes humanas. Suárez, por lo tanto, admite la posibilidad de

supresión de normas sin que se deba estar necesariamente condicionado por la injusticia de ella, entendiendo injusticia en este caso como una falta de adecuación tanto con los parámetros de las leyes superiores, al caso la natural y divina, de modo que si bien parece necesario sostener un nivel de coherencia entre las leyes inferiores frente a las superiores, esta adecuación se realiza en gran medida por la costumbre, en la observancia que los súbditos hacen de las mismas. Siguiendo esta idea, podemos extraer ciertas consecuencias importantes para la comprensión del cambio normativo en el derecho moderno, a saber: (i) que el legislador puede crear normas injustas, y abrogar normas justas, (ii) que no siempre es necesaria una declaración para la supresión de la norma, al contrario de la promulgación, (iii) que el deber de coherencia, es decir, de adecuación material de la norma a la justicia puede ser soslayado por el legislador, y (iv) que el sistema sí se muestra estático en la medida que ese control se efectúa por medio de la costumbre.

I. 1 El cambio del derecho premoderno al moderno

El paso del derecho premoderno al moderno, como puede desprenderse del texto de Suárez, no supone un cambio radical respecto a las formas de supresión normativas. Como explicamos anteriormente, si comprendemos que el legislador premoderno puede abrogar normas justas, entonces algo ha cambiado de la versión caricaturizada del derecho natural. Pero al mismo tiempo, es decir, a pesar que el paso del derecho premoderno al moderno deviene desde el “fin de la Edad Media hasta las

grandes codificaciones del Siglo XVIII”¹⁵, es también necesario explicitar que este cambio supone, al mismo tiempo, un movimiento político derivado de las revoluciones norteamericanas y francesas, en los últimos treinta años del Siglo XVIII que propiciaron el nacimiento de las democracias modernas. Como señala García de Enterría, “El derecho, fruto hasta entonces de una sucesiva y abigarrada estratificación, que integraba costumbres prerromanas, derecho romano, fueros y costumbres germánicas, la doctrina de las sucesivas escuelas de glosadores y comentaristas, los usos del foro, fueros y privilegios particularistas, normas absolutistas singulares, todo ese enorme y complejo convoluto que era el derecho del Antiguo Régimen, quedó sustituido de un golpe por una *lex universalis*. La operación carece de par en toda la historia. El nuevo derecho ya no es un añadido más a ese complejo normativo existente; es, primordialmente, totalmente abrogatorio del derecho existente, opera un vaciado total del derecho vigente en una sociedad determinada para sustituirlo por otro enteramente nuevo, construido y articulado como un aparato racional sistemático completo, que pretende encerrar en sus ordenadas cuadrículas la totalidad de la vida social, aunque remita una buena parte de ella a la libertad.”¹⁶. De esta forma, el derecho moderno puede haber nacido a través de diversos mecanismos sociales y jurídicos que se vislumbran históricamente en la relativización que permite divisar Suárez en su obra, pero ese inicio es políticamente distinto cuando se señala deliberadamente que esa la voluntad general de quien emanan –y son suprimidas– las normas jurídicas.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?*. Cuadernos Doxa 5. 1988. p. 21. Sobre este punto, y en general, sobre la manera de entender la racionalidad de la legislación en el derecho moderno, véase ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Ed. Civitas. Madrid. 1997.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. *La democracia y el lugar de la ley*. Revista española de Derecho Administrativo N° 92. 1996. p.615

No obstante, si aceptamos que el movimiento del derecho premoderno al moderno se deriva de hitos históricos y políticos, también debemos notar que las versiones de ese paso no necesariamente han de ser unívocas. En esa vía, el jurista italiano Paolo Grossi expresa que la dicotomía entre el derecho medieval y moderno corresponden a una especie de mitificación que se expresa en la diferencia existente entre Derecho y ley, puesto que “el primero registra fielmente la equidad; la ley, por el contrario, es solo mandato de un soberano que ejercita su poder...¹⁷”. En ese contexto, la forma en que el derecho moderno ha comprendido la creación normativa, es explicada por Grossi en los términos siguientes: “Sobresale el protagonismo de la ley, ya no entendida en la vaga acepción de la *lex* de Santo Tomás inclinada a esfumarse en el *ius*, sino con el significado estrechísimo de la ley, ley en sentido moderno, volición autoritaria del titular de la nueva soberanía y caracterizado por los atributos de la generalidad y de la rigidez. Pero otra diferencia aparece en la *lex* de los medievales y la *loy* de los modernos: si la primera se caracterizaba por unos contenidos y finalidades precisos –la racionalidad, el bien común-, la segunda aparece como una realidad que no encuentra su significado ni su legitimación social en un contenido o en una finalidad...., Michel de Montaigne ha sabido expresar esta verdad elemental: “las leyes se mantienen en crédito no porque sean justas, sino porque son leyes”. Es esa versión del derecho la que pasaremos a estudiar a continuación, sobre la base de uno de sus teóricos más relevantes: Hans Kelsen.

¹⁷ GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Ed. Trotta. Madrid. 2003. p. 36-37

II. Capítulo 2: Supresión de normas en el derecho moderno.

II. 1. Introducción

En su obra “El derecho como razón práctica”, el jurista J.M. Detmold comienza señalando que el derecho, como tal, es un tipo de razón práctica pero al mismo tiempo, afirma que la relación que existe entre el derecho y la razón es particularmente compleja. Como vimos anteriormente, cuando un determinado actor u órgano creaba, modificaba o suprimía una norma, ejercía una labor que, en ciertos casos, obedecía –o al menos eso era lo que creían en el derecho premoderno– a lo que la razón les dictaba. Eso implicaba, al mismo tiempo, la posibilidad de desobedecer una norma particular cuando ella no era, digámoslo en términos simples, adecuada a lo que la razón les dictaba. Para solucionar el problema o la relación entre derecho y razón, J.M. Detmold descifra que existen cuatro tipos de determinación jurídica: la primera, que trata sobre la decisión de aspectos particulares de acuerdo al derecho, al que denomina el proceso adjudicatorio; la segunda, consistente en dar una declaración consultiva como una proposición del derecho., Esto puede ser, como señala Detmold, “con propósitos de confirmación, exhortación, advertencia, o simple consejo. Puede ser sustantiva, como cuando una pena es aumentada, para exhortar y advertir mejor. Puede ser simplemente un consejo informativo. O puede ser para impedir algunas de las inconveniencias de la adjudicación necesariamente retroactiva.”¹⁸ El tercer caso de determinación jurídica consiste en “la explicación, exposición, particularización, interpretación o amplificación de alguna ley o un

¹⁸ DETMOLD, J.M. *El derecho como razón práctica*. Cambridge Law Journal, Nov. de 1989. Traducción de J.M. Simian. p. 438

derecho pre-existentes. Este proceso explica con claridad el detalle de, o amplía, el significado de una ley o un derecho pre-existentes.”¹⁹ Por último, Detmold señala aquel caso en que se crea una ley nueva. La diferencia entre estos cuatro estados de determinación jurídica, a juicio del autor, consiste en que, aunque los primeros tres procesos son creativos, “ellos esencialmente determinan el derecho desde algún tipo de base pre-existente en una ley o en un derecho. Donde no hay tal base, o en donde la base es irrelevante para el proceso, tenemos lo que llamaremos el proceso legislativo.”²⁰ En ese sentido, lo que principalmente caracteriza al enfoque moderno del derecho, es que pese a que las determinaciones jurídicas tienen una base, el proceso de creación legislativa carece de tal sustento o le es irrelevante, es decir, el proceso de creación legislativa es una manifestación, en principio, de pura voluntad.

Ahora bien, si el trabajo de Detmold observa el proceso de creación legislativa como estrictamente nuevo, eso quiere decir que no es necesario solventar ninguna creación legislativa bajo norma anterior alguna. Para Detmold, eso no significa que los legisladores carezcan de *razones* para crear, modificar o suprimir o una norma, sino que esa razón es extrínseca al proceso de determinación jurídica legislativa. El punto anteriormente descrito es relevante pues permite, en primer lugar, distinguir lo que podríamos señalar como dos observaciones históricas sobre los sistemas jurídicos, y en segundo lugar, porque da inicio a la discusión central de nuestra memoria: de alguna manera, el derecho moderno expresado por Detmold se ve atenuado o matizado por el advenimiento de las constituciones modernas y los procedimientos o

¹⁹ *Ibíd.* p. 439.

²⁰ *Ibíd.* p. 440.

medios para que esas constituciones, en determinados sistemas jurídicos, obliguen a los legisladores a respetarlas, no sólo en términos formales, es decir, que los órganos competentes se ciñan a procedimientos determinados de antemano para crear, modificar o suprimir una específica norma jurídica, sino también en términos sustantivos, esto es, que los órganos competentes para crear, modificar o suprimir normas, deban también considerar ciertos derechos que, garantizados en las constituciones, no pueden ser vulnerados. Esta desviación –tomada desde el punto de vista de la teoría del derecho, o particularmente como un medio de resguardo de las constituciones modernas – es la que debemos analizar.

La supresión de normas en el derecho moderno, por tanto, parece distar considerablemente de lo señalado respecto del derecho premoderno. Las razones de esta diferencia, en consecuencia, pueden expresarse en tres sentidos distintos. En el primero, porque las decisiones acerca de la creación de leyes están sólo –en principio– supeditadas a los criterios formales de competencia establecidas por la norma superior jerárquica. En segundo lugar, porque la corrección material de las decisiones, en el sentido de lo expresado por Kelsen en un sistema dinámico de normas, –en principio– parece inexistente, y en consecuencia la adecuación jerárquica, materialmente hablando, es también inexistente. Y tercero, porque la validez de las decisiones está justificada generalmente por los procesos democráticos, de manera que las decisiones que crean y suprimen normas valen no porque sean correctas, sino porque son ejecutadas por los agentes competentes para tomar tales decisiones. La razón que subyace a esta distinción radica en, como ya hemos señalado, en la peculiaridad del derecho moderno, a saber, su capacidad de regular el modo de creación y supresión

de normas. Y esto permite escindir radicalmente a un sistema que no es consciente de su creación frente a uno que sí lo es, y que en definitiva, institucionaliza este procedimiento. Estas razones, permiten justamente asimilar al derecho moderno con un sistema dinámico de normas. El modo en que Hans Kelsen explica el sistema dinámico de normas se expresa de la siguiente forma: “la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas”²¹. Siguiendo esta proposición, si es cierto que la forma en que se crean y suprimen normas debe estar sólo justificada por normas que otorguen competencia, entonces, como ya hemos señalado, el punto está en distinguir en qué casos, en nuestro derecho ello sí ocurre y cuáles son los casos, frente a aquellos en que no ocurre, y en qué casos.

II.2 Existencia y validez en el derecho moderno

Las formas en que la dogmática moderna ha entendido los términos de existencia y validez de las normas han sido diversas. Sin embargo, para efectos de este trabajo, seguiremos principalmente dos líneas argumentativas. La primera corresponde a la tradición iniciada por Hans Kelsen, y la segunda, correspondiente a la propuesta de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Es importante destacar que el desarrollo posterior de tales líneas argumentativas por otros autores ha derivado en respuestas que los autores principales no habían tomado en cuenta en sus escritos, y que, por decisiones metodológicas, no serán incluidas en el desarrollo de esta memoria. Sin embargo, y a pesar de ese obvio defecto, creemos que la forma de

²¹ KELSEN, Hans. *op. cit.* (n.1) pp. 203 –204

clasificar estas tradiciones es la más razonable, al menos en su sentido original, aunque, en algunas partes de nuestro trabajo, utilizaremos las obras de quienes han seguido y investigado los escritos tanto de Kelsen como de Alchourrón y Bulygin. De esta manera, intentaremos dotar, a través de estos ejemplos paradigmáticos, ciertas directrices sobre lo que la teoría del derecho ha mencionado acerca de la existencia y validez de normas, para luego adentrarnos al estudio particularizado del control constitucional como una manifestación de esa supresión normativa, dentro del derecho constitucional.

II. 2. 1 Existencia y validez de normas en la obra de Hans Kelsen

Dentro de la vasta obra del jurista austríaco Hans Kelsen, (1881-1973) es necesario destacar aquellas que den cuenta del problema relacionado con la existencia y validez de las normas jurídicas, y en particular, de aquellos casos en que la supresión normativa de cuenta de un acto distinto a la derogación, pues nuestro trabajo apunta principalmente a distinguir lo que –como veremos– Kelsen logró distinguir; es decir, la razón por la que analizaremos a Kelsen se basa en que, a través de su obra, podemos observar determinadas diferencias entre todo el espectro de modos de supresión normativa, existen algunos relacionados con el control constitucional, y otros no.

Así, es necesario considerar que el desarrollo de la obra de Kelsen, al menos para efectos de este trabajo, está dado por el cambio que existió entre la primera edición de la “Teoría Pura del Derecho”, publicada en el año 1934, frente a la segunda edición de la “Teoría Pura del Derecho”, editada el año 1960, y posteriormente,

considerando la publicación de ciertos artículos posteriores, como por ejemplo, el clásico ensayo “*Derogation*”, presentado el año 1962, o su libro *Teoría General de las Normas*, de carácter póstumo²². Esas tres obras, principalmente, serán la base del trabajo que expondremos a continuación.²³²⁴

Por lo tanto, en la etapa del Kelsen coincidente con la segunda publicación de la *Teoría pura del Derecho*, la relación con los modos de supresión de normas en el derecho parece extrañamente inexistente, tomando en cuenta la definición kelseniana de orden jurídico, es decir, de un sistema normativo dinámico. No obstante, Kelsen desarrolla la definición de un modo de supresión normativa, a saber, la derogación. En este primer momento, la derogación “consiste en la eliminación de la validez de una norma por otra”²⁵. A partir de esta afirmación, el jurista Josep Aguiló sostiene tres conclusiones importantes en su libro “*Sobre la derogación*”: (i) que derogar es eliminar la validez de una norma por otra, (b) validez es existencia específica de una norma y (iii) derogación es un procedimiento para eliminar existencia, que tiene como resultado la eliminación de la validez de normas.

Kelsen, a juicio de Aguiló, se plantea en este primer momento sólo los casos de eliminación deliberada de normas, es decir, de casos de eliminación basados en decisiones institucionales. Sin embargo, Kelsen también comenta otros tipos de

²² KELSEN, Hans. *Teoría General de las Normas*. Ed. Trillas. México. 1994.

²³ Por supuesto, esta división no es original, y al menos hasta donde conocemos, ha sido tomada por AGUILÓ Josep., *Sobre la derogación*. Distribuciones Fontamara S.A. México 1995.

²⁴ Sobre la importancia de la obra de Kelsen en el derecho moderno, véase CALSAMIGLIA, Albert. *En defensa de Kelsen*. Institut de Ciències Polítiques i Socials. Barcelona. 1997. y *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Ed. Ariel. Barcelona. 1977

²⁵ *Ibíd.* p. 18

supresión, en particular, el problema sobre la pérdida de eficacia de la norma y el de la nulidad de normas. Estos casos específicos son considerados, en este momento, como especies de derogación; en el caso de la pérdida de eficacia, Kelsen la distingue claramente de la validez, ya que, en sus términos, validez es una forma específica de existencia de normas, mientras que la eficacia está condicionada por la aplicación, obediencia y acatamiento de la norma en la realidad. No obstante, para Kelsen existe una relación entre la validez de una norma y su eficacia: “la eficacia es condición de la validez (...) en la medida en que la eficacia debe aparecer para que la norma no pierda su validez”.²⁶ Siguiendo este esquema, la costumbre, como fuente del derecho, posibilita la pérdida de validez de una norma.

II.2.1.1 Nulidad de una norma

El estatuto de la nulidad para Kelsen, implica “privar a un acto, cuyo sentido subjetivo es una norma, del sentido objetivo que le da a una norma”²⁷. Para Josep Aguilo, esta definición permite entender a la nulidad como una especie de derogación, puesto que el efecto de la nulidad es el término de validez de una norma (el término de su existencia específica) por medio de otra norma que posibilita su anulación. La consecuencia que sigue Kelsen de este tratamiento es aún más relevante. Para él no existen normas jurídicas pertenecientes a un sistema jurídico nulas, sino sólo

²⁶ KELSEN, Hans, *op.cit* (n.1), p. 25. En este momento, es importante recalcar lo que el derecho premoderno señalaba sobre el cese de vigencia de una norma por su falta de eficacia. La comparación se presenta principalmente porque ambos condicionan la obligatoriedad de una norma a su constatación fáctica. En este sentido, la única diferencia que podemos notar consiste en que en Suárez este caso de supresión se fundamenta en “falta de causa”, mientras que Kelsen omite esa consideración, de modo que, siguiendo el esquema de Suárez, la pérdida de eficacia resulta “por acción de un agente contrario”

²⁷ *Ibíd.* p. 274

anulables, puesto que es condición de la anulabilidad la pertenencia al sistema. Las “normas” nulas, ya han dejado de ser normas válidas en el sentido explicitado anteriormente. Aguiló nota, sin embargo, una distinción peculiar entre la derogación “propia” y la nulidad. Esta disparidad radica, fundamentalmente, en el modo en que cada institución está tratada. La derogación propia, en este sentido, se adscribe a un modo deliberado de supresión normativa, mientras que la nulidad, por su parte, parece estar concebida como una forma de solución de conflicto de normas. La cuestión, en este contexto, parece referirse a los fundamentos que constituyen estos modos de supresión. Mientras el fundamento de la derogación propia radica en la contingencia de la deliberación, la nulidad se funda bajo supuestos ya dados, y a partir de esos supuestos, le es permitido su ejercicio.²⁸ Ciertamente, la distinción puede traer como consecuencia bifurcaciones relevantes para entender ambas instituciones, máxime si desarrollamos los efectos que los actos derogatorios, frente a los actos anulatorios, tienen en el sistema jurídico.

II.2.1.2. El “Kelsen de los 60’s”

El “último Kelsen”²⁹, es decir, el que se desprende de las observaciones hechas en 1962 en su artículo *Derogation*, se distingue de su antecesor en la diferencia clara que realiza entre la derogación, concebida como edicción deliberada de normas

²⁸ AGUILÓ, Josep. *op.cit.* (n.23) pp 35- 39 En este momento, para Aguiló, la distinción entre “anular una norma y derogarla radica en que la primera operación tiene lugar en virtud de un procedimiento especial. Ello quiere decir que la anulación es simplemente una especie del género derogación”

²⁹ La distinción entre las obra de KELSEN surge, para Josep Aguiló, en la diferenciación que se expresa, principalmente, en los trabajos posteriores a la segunda edición de su “Teoría Pura del Derecho”, en particular: *Derogation*, en *Essays in legal in moral Philosophy*, Dordrecht. 1973; y *Teoría General de las Normas. op.cit* (n.22)

(derogación propia) y la pérdida de eficacia. Al comienzo de este artículo, Kelsen explica nuevamente que la derogación, junto con mandato, permisión y autorización, es “una función específica de la norma”, para posteriormente señalar que “una norma ordinariamente no pierde su validez por la derogación; sino, o bien por la terminación del tiempo por el cual dicha norma es válida según su propia estipulación o la de otra norma; o bien por el hecho de que no es obedecida y aplicada por más tiempo, *perdiendo así su eficacia y con ello su validez*, pues la eficacia es condición de validez de las normas. Tales modos de perder la validez *deben ser distinguidos de la pérdida de validez por derogación*, ya que la derogación es la revocación de validez de una norma válida por otra”³⁰.

Esta distinción se basa, a juicio de Aguiló, en la separación que desarrolla Kelsen entre la pérdida de eficacia, definida como pérdida de validez de una norma como consecuencia de su desobediencia e inaplicación general, frente a la costumbre, definida a su vez como “hecho productor de normas”. Así, sin señalar las razones que sustentan esta división, la costumbre no puede sino crear normas, de modo que la supresión normativa y particularmente la derogación, es decir, la creación de una norma que quite validez a otra norma, no puede estar dentro de su esfera de acción. Esta visión trae como consecuencia, a juicio de Aguiló, el abandono de una teoría sustentada en su primer momento por Kelsen, a saber “que la costumbre deroga al derecho legislado en virtud del principio de *lex posterior*”³¹. Esta renuncia deriva de una consideración ya señalada: a juicio de Kelsen “en tales situaciones, no hay situación de conflicto de normas, pues la costumbre que crea la nueva norma implica el hecho de

³⁰ KELSEN, Hans. *op.cit* (n.1) p. 259

³¹ AGUILÓ, Josep., *op. cit.* (n.23), p. 40

que la norma hasta entonces válida ha sido continuamente desobedecida e inaplicada, y, por tanto, ha perdido su eficacia y también su validez.”³²

Como ya habíamos señalado, existe una diferencia de fundamentos entre suprimir una norma por su pérdida de validez frente a su supresión por un conflicto normativo. De este modo, el “último Kelsen” está sosteniendo que (a) si bien la derogación propia es diferente a la costumbre, (b) ellas son equivalentes en un sentido, y este sentido es que ambas no son un criterio de solución de conflictos de normas. En mayor o menor grado, la raíz de la diferencia consiste en separar los ámbitos de supresión y de creación, y al mismo tiempo, separar los fundamentos de supresión / creación dinámica, frente a los criterios de corrección, que derivan de una comprensión estática del sistema jurídica³³. Así, y en la última parte de *Derogation*, Kelsen intenta explicar la diferencia existente entre la revocación de la validez de una norma frente a los conflictos de norma. Para estos efectos, Kelsen sostiene que la derogación es necesaria (required) si hay un determinado conflicto para, a continuación, explicitar los conflictos donde esta derogación es necesaria.

- Conflicto bilateral: si se obedece o aplica una norma, la otra es posible o necesariamente inobservada.
- Conflicto unilateral: si al aplicar una norma se inobserva la otra.
- Total: si una norma prescribe una conducta que la otra prohíbe

³² KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Ed. UNAM México. 2001, p. 264

³³ Si hemos aceptado que el binomio estático /dinámico depende de los fundamentos de validez de las normas, debemos aceptar que la forma en que pueden funcionar los criterios de corrección sólo resulta en un sistema que se entiende estático, es decir, en un sistema que, en vez de posibilitar el cambio, posibilita la conservación.

- Parcial: si el contenido de una norma es sólo parcialmente diferente del contenido de otra norma.

Por tanto, una de las conclusiones más claras que pueden tomarse del artículo *Derogation* se basa en distinguir la diferencia entre cesación de validez de una norma y conflicto de normas que obliga a la cesación de validez de una de ellas. Como parece claro, las razones (o la falta de razones) por las cuales se determina la creación de una norma derogatoria son muy distintas a un conflicto de normas, pero en definitiva, cuando se crea una norma derogatoria que realiza esta función necesaria de solucionar un conflicto de normas, entonces la distinción ya no existe. Es decir, al menos en la forma en la que puede desprenderse de su artículo *Derogation*, en la norma derogatoria nunca hay explicitada una razón intrínseca para su creación, sino que, por el contrario, siempre parece estar aparejada de la idea de creación deliberada – voluntaria – de una norma derogatoria.

Kelsen también intenta explicar otros asuntos que, al parecer, no parecían demasiado claros en su segunda edición de su “Teoría Pura del derecho”, y que, de alguna forma, terminan desarrollando su versión de los modos de supresión normativas. Así, Hans Kelsen sostiene que en primer lugar, “la norma derogatoria anula la validez de la norma, no el acto de creación.”³⁴ Ese punto, y que es desarrollado medianamente a lo largo de su ensayo, tiene gran repercusión respecto a la forma que entendemos políticamente el acto derogatorio. En, al menos un sentido, la norma derogatoria, o más bien, la norma que tiene como función específica la

³⁴ KELSEN, Hans. *Op. Cit.* (n.1), p. 260.

derogación de otra norma jurídica, produce como efecto la pérdida de validez de ella, pero el acto por el cual ha sido creada esa norma ya derogada, no es modificado en sentido alguno. Esto, por supuesto, está tomado sólo para una norma derogatoria, lo que, por supuesto, no implica concluir que cualquier modo de supresión normativa no pueda atacar el acto de creación de la norma suprimida.

Por último, Kelsen intenta profundizar sobre la fuerza de derecho de una decisión judicial, señalando que la clásica idea de su inmutabilidad es relativa puesto que puede existir una norma que la haga impugnabile a través de decisiones legislativas o de otra índole. En este punto la invalidación no es inmutable por ser una decisión de un órgano jurisdiccional, sino porque no existe norma que permita su impugnación. La decisión de tener normas inimpugnables adhiere a algo que no explica Kelsen aún. Siguiendo, Kelsen dice que todas las normas pueden ser impugnables – e incluso las sentencias ejecutoriadas.

II. 2.1.3 ¿Validez de normas inconstitucionales en la obra de Hans Kelsen?

¿Pueden existir leyes inconstitucionales? Esta pregunta significó para Kelsen una de sus instituciones más polémicas: la teoría de la cláusula alternativa tácita³⁵, y es también, a juicio nuestro, el gran punto de partida de esta memoria. No intentaremos adentrarnos con detenimiento a la discusión de esta teoría, pero sí debemos

³⁵ La institución de Kelsen ha sido discutida profundamente en Doxa-Discusiones (2001) En particular, seguiremos los trabajos *Inconstitucionalidad y Derogación* de Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán y *Observaciones a "Inconstitucionalidad y Derogación"*, Schmill, Ulises

considerar las consecuencias que tiene para la existencia y validez de normas, y como corolario, en la invalidación de las leyes.

Como bien señala Juan José Moreso en su texto “Sobre normas inconstitucionales”³⁶, el problema sobre la existencia (o validez) de normas inconstitucionales tiene su inicio “en el llamado principio dinámico del derecho, de acuerdo al cual una condición necesaria para que una norma N sea jurídica es que exista otra norma jurídica N' que autorice su creación y aceptar también que las normas inconstitucionales son normas jurídicas”³⁷ En ese contexto, es necesario advertir qué soluciones da Hans Kelsen a la pregunta sobre la validez de las normas inconstitucionales, para, con posterioridad, advertir los efectos y complejidades que tales respuestas han generado.

Así, y como sabemos, Hans Kelsen responde de esta manera la pregunta descrita anteriormente: “la afirmación de que una ley válida es “inconstitucional” constituye una *contradictio in adjecto*.” Puesto que una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución. Si hay alguna razón para suponer que es válida, el fundamento se encuentra en la constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna (...) sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico”³⁸. Esa respuesta, que es tomada de la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, ha implicado -a juicio de Moreso- realizar la distinción entre dos concepciones de validez que Kelsen ha establecido, o

³⁶ MORESO, Juan José. *Sobre normas inconstitucionales*. Revista española de derecho constitucional. Año 13. N. 38. Mayo - Agosto 1993.

³⁷ *Ibíd.* p. 82

³⁸ KELSEN, Hans *op.cit.* (n.1). p. 277

bien, asumir que Kelsen usa la palabra validez en sentido ambiguo: Por una parte, que una norma sea válida significa, según Kelsen, que dicha norma existe («con el término "validez" designamos la existencia específica de una norma» (eso es lo que repite en *Derogation*), y por otra, que una norma existe significa que dicha norma es obligatoria («decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer su «fuerza obligatoria» frente a aquellos cuya conducta regula») Esto, siguiendo a Moreso, no implica ninguna desviación en el planteamiento de Kelsen, pues, para estos efectos, es necesario comprender la noción de validez de acuerdo al primer criterio.

En este contexto, pareciera ser que, como señala Orunescu, Rodríguez y Sucar, la ley inconstitucional “no existe en ningún sentido significativo”³⁹. Sin embargo, a juicio de Kelsen, la ley inconstitucional puede tener efectos jurídicos de la misma forma que una ley válida. Esto es justificado, con mayor o menor aceptación por parte de la dogmática, por la teoría de la cláusula alternativa tácita. Como señala Orunescu, Rodríguez y Sucar “de acuerdo con esta idea, toda norma de competencia que atribuye potestad a una autoridad para promulgar nuevas normas con ciertos contenidos incluye una cláusula alternativa tácita que autoriza al órgano en cuestión a promulgar normas con cualquier contenido”⁴⁰. Sin embargo, el paso que existe entre la inquietud de Kelsen y la respuesta ofrecida es mucho más compleja. A juicio de Moreso, “del texto de Kelsen parece resultar que mientras el procedimiento y el contenido (o materia) de las normas legales queda a la elección del órgano legislativo, el mismo órgano legislativo está claramente determinado por las disposiciones

³⁹ ORUNESCU, RODRIGUEZ y SUCAR, *op.cit.* (n.35) p. 14

⁴⁰ *Ibíd.* p.14

constitucionales. Pero tampoco esta limitación puede aceptarse, por cuanto procedimiento y órgano son difícilmente distinguibles. Son los procedimientos los que determinan si se está en presencia del órgano competente. El Parlamento sólo actúa como órgano legislativo competente cuando sigue los procedimientos señalados por la Constitución. De lo contrario, no es el órgano legislativo, según la Constitución. Por otra parte, la mayoría de Constituciones modernas otorgan a otros órganos, además de al Parlamento, la facultad de dictar normas con rango de ley en determinadas circunstancias (al Poder ejecutivo, habitualmente) En estos casos necesitamos también averiguar si el órgano que dictó la norma era el órgano competente.”⁴¹ En ese sentido, para Moreso, la cláusula alternativa tácita permite sostener “que cualquier órgano, mediante cualquier procedimiento y sobre cualquier materia puede dictar normas con rango de ley, en atención a que las disposiciones constitucionales lo autorizan directa o indirectamente.”

Entonces, la definición que realiza Kelsen de la cláusula alternativa tácita tiene, a nuestro juicio, una reflexión crucial. Esta consideración radica, en primer lugar, en la necesidad de establecer un sistema jurídico que se fundamente principalmente en procedimientos que permitan la regularidad, tanto en la creación, como en la supresión normativa. Si eso es cierto, podemos sostener que la concesión de Kelsen al aceptar la teoría de la cláusula alternativa tácita reside, básicamente, en la necesidad de una declaración que resuelva la inconstitucionalidad de la ley⁴². Esa es la conclusión a la que también llega Juan José Moreso cuando señala que “La Constitución puede autorizar la anulación de las normas creadas de acuerdo a la cláusula alternativa de

⁴¹ MORESO, Juan José. *Op. Cit.* (n.36), p. 85

⁴² SCHMILL, Ulises *Op. Cit.* (n.35), pp. 88-92

alguna de sus normas de competencia, pero también puede no autorizarlo.”⁴³, y al mismo tiempo, que “en cualquier caso, hasta que no sean declaradas inconstitucionales por algún órgano competente las normas creadas de forma irregular son normas válidas, conformes a la Constitución”⁴⁴ y en consecuencia “...si un órgano declara inconstitucional determinada ley, tal declaración tiene valor constitutivo. La declaración es la que constituye la inconstitucionalidad de la ley. Las normas inconstitucionales no son nulas, sino anulables.”⁴⁵

Esto, en definitiva, obliga a enfocar el problema, de acuerdo a la concepción de Kelsen⁴⁶, no sobre si una norma tiene efectos jurídicos a pesar de ser inconstitucional, sino si una norma puede tener efectos a pesar no ser declarada inconstitucional. En este sentido, la idea de la sentencia como acto constitutivo es tomada en toda la Teoría Pura del Derecho y es consecuencia es esta diferencia, como ya hemos señalado, es una de las caracterizaciones principales de los sistemas jurídicos modernos. Justamente a esto obedece la defensa de Kelsen que realiza Ulises Schmill, al señalar

⁴³ MORESO. op.cit (n.36) p. 86. En realidad, la conclusión de MORESO tiene como base un párrafo de la Teoría Pura del Derecho en que se establece el rango mínimo de examen sobre la constitucionalidad de una ley: “Cuando las leyes, para tener fuerza obligatoria, tienen que ser publicadas, según dispone la Constitución, en un Diario Oficial del Gobierno, la limitación de la competencia para examinar la validez de la ley significa solamente que el órgano llamado a aplicar la ley, en especial, los tribunales, sólo tienen que examinar si aquello que tiene el sentido subjetivo de una ley ha sido publicado en el Diario Oficial, si ha sido publicado como ley en el documento que al efecto imprime el Gobierno. Los órganos competentes para aplicar la ley no quedan facultados para examinar si lo publicado como ley ha sido dictado por el órgano constitucional competente, conforme al procedimiento constitucional prescrito, con el contenido determinado por la Constitución.” (pp. 278-279)

⁴⁴ MORESO, Juan José *Op. Cit.* (n.36), p. 86.

⁴⁵ *Ibíd.*, p.26

⁴⁶ KELSEN lo señala expresamente cuando refiere en su Teoría Pura del Derecho. *Op. Cit.* (n.1), p.187 : “Es por ello incorrecto cuando la sentencia que suprime la ley es designada como una «declaración de nulidad», cuando el órgano que anula la ley declara a la misma como «nula ab initio». La sentencia no tiene un mero carácter declarativo, sino constitutivo. El sentido del acto por el cual se anula una norma, es decir, se le priva de validez, es, al igual que el sentido del acto por el cual se produce una norma, también una norma.”

el error fundamental del trabajo de Orunescu, Rodríguez y Sucar, a saber, que no existe una inconstitucionalidad *a priori*.

No obstante, el trabajo de Juan José Moreso observa diversas dificultades en el desarrollo de la obra de Hans Kelsen que serán expuestas someramente en este punto, y que intentarán ser resueltas definitivamente en el quinto punto de esta memoria. En ese sentido, sobre la plausibilidad de la cláusula alternativa tácita, Moreso plantea que “si cualquiera puede, con cualquier procedimiento y sobre cualquier contenido, dictar leyes de acuerdo a la Constitución, entonces la posibilidad de que la Constitución controle la legalidad es una quimera.”⁴⁷

Por otra parte Moreso intenta deconstruir la propuesta de Kelsen, usando la elaboración teórica de su discípulo el jurista austriaco Adolf Julius Merkl como inicio. Así, citando a Merkl, Juan José Moreso ofrece el inicio de la discusión sobre la existencia de normas inconstitucionales: “Hablamos de leyes inconstitucionales, de reglamentos, sentencias, actos administrativos ilegítimos, en una palabra: de actos ilegítimos del órgano y, desde el punto de vista estatal, de actos estatales nulos y anulables, que, sin embargo, en opinión del órgano o del pseudo-órgano que los ha adoptado constituyen Derecho de forma inexcusable... Según se adopte el punto de vista del órgano que ha decidido o del observador objetivo, el Derecho se presenta de forma diversa. Se llega de esta forma a identificar dos sistemas jurídicos diferentes —el

⁴⁷ MORESO, Juan José. *Op. Cit.* (n.36), p. 90.

del conocimiento y el de la aplicación— entre los cuales hay conflicto y surge la pregunta ¿cuál de ellos está en lo cierto?, ¿están ambos en lo cierto?.”⁴⁸

Como señala Moreso, para Merkl 1) las normas creadas sin autorización son inválidas (no son jurídicas), y 2) algunas de estas normas devienen jurídicas cuando adquieren valor de «cosa juzgada», pero el problema, o digamos, el dilema, consiste en descifrar por qué la cosa juzgada tiene ese particular efecto, sabiendo e incluso compartiendo con Hans Kelsen la idea de que las normas inválidas no sean normas nulas *ab initio*. Esa disyuntiva, en conjunto con la calidad de constitutivas de las determinaciones que establecen la inconstitucionalidad de una norma jurídica, son los problemas que veremos en la sección quinta de esta memoria.

Por tanto, y como conclusión, si recordamos lo expuesto anteriormente sobre el derecho premoderno, podemos encontrar varias similitudes, que, ciertamente, son mayores en sus efectos que en sus fundamentos. En este contexto, es importante considerar dos ámbitos. El primero es la pérdida de eficacia por la inaplicación general, mientras que el segundo es el principio de *lex superior*. Como señalamos anteriormente, la obra de Francisco Suárez distingue, por así decirlo, entre una supresión formal (acción de un agente contrario) y una material (falta de causa), que en su procedimiento es equivalente a la falta de eficacia⁴⁹. Sin embargo, podemos advertir que las diferencias, frente a Kelsen son cruciales. Si bien la inaplicación general se comporta en ambos casos como modo de supresión normativa, en el caso

⁴⁸ MERKL, Alfred, *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, Juristische Blätter; Citado por MORESO, Juan José. *Op. Cit.* (n.36), p.91-92

⁴⁹ Es decir, casos en que la desobediencia general de una norma la suprime

de Kelsen, no obstante, la supresión carece de una justificación material que la avale. Esto puede tener una razón específica, derivada de la consideración general de la estructura del derecho moderno que ya hemos señalado. Pero es aún más importante la razón que subyace en Suárez para la permisión de la “abrogación” por costumbre. Esta justificación no se basa en la decisión espontánea de una comunidad de desobedecer una norma, sino en la carencia de obligatoriedad que supone una norma injusta. Lo único equivalente, en Kelsen, es la cons – inconstitucionalidad de las leyes, pero, como ya señalamos, para establecer a esa “norma” con ese “status” es necesario una declaración. Esta declaración, por supuesto, es innecesaria en la visión de Francisco Suárez.

II. 2.2. Existencia y validez de normas en la obra de Alchourrón y Bulygin

Tal como señala Josep Aguiló, la obra de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin “constituye uno de los hitos capitales de la teoría del derecho contemporánea: ella ha contribuido de manera sobresaliente a aclarar multitud de problemas lógicos y conceptuales”⁵⁰, y, ese ejercicio, cronológicamente posterior a la obra de Hans Kelsen, ha permitido profundizar ciertos tópicos que la mera interpretación de los textos del jurista austríaco no permitían solucionar, al menos dentro de esta materia. En ese sentido, la propuesta de los juristas argentinos tiene como referencia, como señala nuevamente Aguiló, los problemas derivados de “cuando los sistemas jurídicos pueden cambiar como resultado bien de la adición de nuevas normas (mediante actos de promulgación), bien de la sustracción de normas (mediante actos de derogación).

⁵⁰ AGUILÓ, Josep. *Op. Cit.* (n.23), p. 50.

Adición y sustracción son, según estos autores, las dos operaciones básicas a considerar.”⁵¹

Así, el problema de la existencia y validez de las normas jurídica será tratado en este acápite de dos formas. La primera de ellas consiste en una definición de validez que Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin) desarrollan en su libro *Normative Systems*⁵². En esta obra, el concepto de validez de un enunciado se determina sobre la base de criterios de identificación aceptados por los juristas. Para Alchourrón y Bulygin, los criterios de identificación “comprenden dos clases de reglas (...) reglas de admisión (...) y reglas de rechazo”⁵³. La forma en que se desarrollan estos conceptos tiene un fundamento esencial para los autores. A juicio de ellos “muchas de las controversias entre distintas escuelas jurídicas no se refieren a problemas metodológicos, sino a la elección de criterios de identificación”⁵⁴, de modo que su comprensión permite desarrollar la estructura de los sistemas jurídicos.

En este sentido, los autores pretenden establecer la diferencia entre estas reglas de identificación y las reglas sobre competencia. Las primeras deben ser definidas como “reglas conceptuales (definiciones)”, mientras que las reglas sobre

⁵¹ *Ibíd.* p. 54

⁵² ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Ed. Astrea, Buenos Aires. 1987.

⁵³ *Ibíd.* p. 119

⁵⁴ Los autores, en este caso, expresan la distinción que hemos hecho recientemente entre Francisco Suárez y Hans Kelsen acerca de los fundamentos de validez de las normas. El problema, como lo plantea Alchourrón y Bulygin, reside principalmente en un conflicto de validez de normas: mientras el derecho premoderno considera que una supresión es concedida “por falta de causa”, en el derecho moderno resulta sólo “de un agente contrario”, a pesar de que en el derecho moderno sea el mismo agente quien posibilite la supresión.

competencia, son, en definitiva, reglas de conducta permisivas, es decir “son normas de conducta que permiten crear nuevas normas”⁵⁵.

De este modo, la causa por la que una norma es válida, reside, en consecuencia, no en la norma que otorga competencia a un órgano para promulgar o suprimir alguna ley, sino en los criterios que identifican a esa norma como una norma capaz de ser una regla de rechazo. Así las cosas, el ordenamiento jurídico se forma, a juicio de los autores, por todos los enunciados válidos conforme a un criterio de identificación. Como vemos, la pregunta acerca de la validez de las normas es relativa, puesto la asunción de la validez está condicionada, necesariamente, tanto a las reglas de admisión como a las de rechazo. La respuesta, precisamente, se establece sobre la base de los criterios que cada sistema jurídico provea para la admisión y rechazo de normas.

El segundo punto de discusión consiste en una de las principales virtudes de los trabajos desarrollados por Alchourrón y Bulygin. Esta virtud reside en la identificación de los distintos significados que ha utilizado la teoría del derecho respecto de los conceptos de existencia y validez de una norma jurídica⁵⁶. Esta diferenciación ha permitido, en primer lugar, formular ciertas correcciones a la forma de entender, lo que

⁵⁵ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *loc. cit.*

⁵⁶ Para esto, BULYGIN Eugenio, *Tiempo y Validez*, en. ALCHOURRÓN, Carlos & BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, AGUILÓ, Josep. *Sobre la derogación; Derogación, Rechazo y Sistema jurídico*, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 11, 1992, Págs. 263 – 280, y ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán en *Inconstitucionalidad y Derogación*, *Doxa-Discusiones* (2001)

ellos han denominado como “problemas dinámicos”, del derecho, es decir, los problemas de promulgación y derogación de normas.

Para estos efectos, sin embargo, recurriremos en primer lugar a la distinción que ha realizado Eugenio Bulygin respecto al concepto de validez. La validez, para el autor, ha sido entendida en diversas acepciones, que expresan, de alguna u otra manera, su carácter normativo o descriptivo, o su condición absoluta o relativa. En este sentido, validez puede significar ya sea (i) **pertenencia** al sistema, es decir, la enunciación descriptiva de que una norma x pertenece al sistema jurídico, (ii) **obligatoriedad** de una norma, ya sea como prescripción de obedecer una norma, o bien la proposición descriptiva de que una norma es obligatoria de acuerdo a otra norma, y por último (iii) **aplicabilidad**, concebida como el “deber jurídico de aplicar una norma”⁵⁷. Esta clasificación ha comprendido un desarrollo tremendamente relevante para establecer no sólo el status de las normas suprimidas, sino también para comprender los efectos que las declaraciones de supresión pueden conllevar.

En primer lugar, para los autores Orunescu, Rodríguez y Sucar es importante señalar que no existen relaciones copulativas entre los sentidos de existencia y validez de una norma. Para ellos, las normas pueden no pertenecer al sistema, pero sí ser aplicables, o pertenecer al sistema pero no ser aplicables. De esto se deriva, para ellos, que en los casos de normas inconstitucionales las normas “no existen en el sentido de pertenecer al sistema jurídico, pero sí pueden existir en cualquiera de los restantes sentidos, esto es, pueden poseer existencia formal, fáctica, fuerza obligatoria

⁵⁷ Orunescu, Rodríguez y Sucar, *Op. Cit.* (n.35), p. 15 -17

y aplicabilidad.”. Como veíamos anteriormente, el problema de Kelsen, a juicio de los autores, se expresaba en la contradicción de una norma *inexistente pero aplicable*. En este caso, y de acuerdo con la descripción de Eugenio Bulygin, a juicio de los autores, esa contradicción es superada, pues la inexistencia de una norma determinada no debe referirse necesariamente a su aplicabilidad. Así, y como señalan los autores Orunesco, Rodríguez y Sucar, “no habría entonces contradicción alguna en decir que las normas inconstitucionales existen y, a la vez, que no existen, si “existencia” significara algo distinto en cada caso. Su análisis constituiría un ejemplo de que a veces una ampliación de la ontología permite simplificar la teoría.”⁵⁸

En segundo lugar, la diferenciación de Bulygin permite expresar otro problema irresuelto en los casos anteriores. Ese problema consiste en la dimensión específicamente temporal de las normas. Como sabemos, la validez de una norma puede referirse, en una de sus acepciones, a su pertenencia al sistema. Si esa norma es suprimida, a juicio de Bulygin, el sistema cambia, de forma tal que todas las adiciones y supresiones generan, a través del tiempo, sistemas sucesivos⁵⁹. La cuestión, en esta etapa, estriba en las consideraciones temporales que se instauran a partir de una norma inconstitucional, es decir, de cómo la existencia de una norma inconstitucional modifica un determinado sistema jurídico. Sin embargo, antes de eso, explicaremos someramente el control constitucional y los resultados que se asientan tras el establecimiento de los sistemas de control más conocidos.

⁵⁸ *Ibíd*, p. 18.

⁵⁹ Salvo que las modificaciones al sistema normativos sean superfluas.

III. Capítulo 3: Jurisdicción constitucional y declaración de inconstitucionalidad.

Un marco teórico.

III.1 Introducción.

La jurisdicción constitucional nace de la concatenación de diversos factores que se dieron de manera paulatina, tanto a nivel político como a nivel jurídico. Entre los más relevantes debemos señalar el desgaste que se dio a las premisas de supremacía de la ley, donde se trabajó bajo el supuesto de que la función de los jueces era simplemente mecánica, y que cumpliendo cierto requisitos formales los magistrados no tenían otra opción más que aplicar la ley. Por otra parte, está la idea de soberanía del Parlamento, que en ciertas naciones se acentuaba en el pensamiento de que todo hecho relacionado con la validez de las normas era una cuestión político-legislativa, exenta del ámbito de trabajo del poder judicial en general, el cual, a un margen, de estas materias cumple su función aplicando la ley.

A lo anterior debemos agrega que a partir de 1789, cuando los constituyentes se reunieron en Filadelfia, Estados Unidos, crearon una constitución de características tales que, como lo veremos a continuación, la corrección de las normas a ésta podía ser garantizada por un poder fuera del ámbito legislativo, el poder judicial.

Cuando los Estados comenzaron a concebir para si mismos constituciones que regulasen, por un lado la distribución de competencias y la forma de organización del Estado, y por otro, consagrar una serie de garantías para los miembros del mismo

Estado, se concibió también el dogma de que dicha norma estaba por encima de las demás pertenecientes al sistema jurídico. La supremacía constitucional, como hoy en día la conocemos y representamos sus alcances, fue llevada a la práctica paulatinamente; los progresos en su asentamiento se debieron a cambios culturales políticos que dicen relación con la forma en que las constituciones comenzaron a ser entendidas por los ciudadanos miembros de los Estados que se las otorgaban. Así lo propuso Hans Kelsen, quien señala que “El poder del Estado a que el pueblo se encuentra sujeto no es otra cosa que la validez y eficacia del orden jurídico, de cuya unidad se deriva la del territorio y la del pueblo”⁶⁰ Es común señalar que un derecho tiene tanta eficacia como los instrumentos que se den para hacerlo valer. Cuando los miembros de una sociedad comenzaron a entender que las normas sobre creación de leyes, administración del poder y derechos fundamentales consagrados en las cartas constitucionales debían ser respetados y exigidos, tanto a nivel privado, en las relaciones entre miembros de un determinado Estado, como a nivel público, cuando los ciudadanos se relacionaran con órganos del Estado, y además, los mismos poderes de éste vieron determinadas sus competencias en el texto constitucional se hizo necesaria una forma de zanjar las necesidades y disputas que se suscitaron. La misma importancia da el jurista español Manuel García-Pelayo a la constitución cuando señala que “Mas si es exagerado decir que este orden de competencias es la constitución (aquellas normas sobre competencias y creación de leyes), es verdad, en cambio, que tal orden de competencias está contenido en la constitución. Por consiguiente, y como quiera que sin normas de organización no son posibles las normas de conducta, y, a su vez, que las normas de organización sólo tienen sentido con referencia a las normas

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*, Ed. Imprenta Universitaria, México, Traducción de Eduardo García Maynes, 1949, pág. 268

de conducta, de aquí que la constitución no sólo sea el supuesto, sino parte integrante necesaria de la totalidad del orden jurídico, en el que ocupa una posición de primer rango al determinar las condiciones de validez de las restantes normas⁶¹. Como hemos señalado, la teoría kelseniana de sistemas jurídicos entiende al derecho como una estructura jerárquica de normas. Esta consideración está directamente relacionada con el concepto de validez que maneja el jurista austriaco, “por «validez» entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia⁶², y una norma obtiene su validez de una norma superior que autoriza su creación, lo que plantea la obvia pregunta: ¿hasta dónde podemos subir en la jerarquía? Kelsen nos señala que “cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera (...) Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico”.⁶³ De lo anterior, consideramos que la supremacía constitucional está enmarcada dentro de concepción técnico-jurídica y política diferente, que maduró durante el siglo XX, donde ha sido la forma de teorizar sobre la validez de las normas y, además, del poder político que estructura formal y materialmente.

El presente capítulo es un esfuerzo para presentar de manera breve y sintética la jurisdicción constitucional como parte de un conjunto de instrumentos jurídicos y procesales que fueron necesarios para defender la Constitución una vez que la idea de

⁶¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. Ed. Alianza, España, 1ª edición, 1984, pág. 101

⁶² KELSEN, Hans. *Op. Cit.* (n.1), p. 23

⁶³ KELSEN, Hans, *Op. Cit.* (n.60), p. 128

supremacía constitucional fue implantada a nivel político, jurídico y cultural en los diversos Estados, como una forma de racionalizar el poder, de prevenir y corregir los desconocimientos al texto constitucional que los diversos órganos de la administración pueden cometer, y cómo en su desenvolvimiento permitió el desarrollo y evolución de la Constitución misma, adaptando a la realidad sus normas y cooperando en la evolución del texto según sus propias normas programáticas, evitando de esta manera que se vuelva una reglamentación pétrea y descontextualizada, donde la declaración de inconstitucionalidad se enmarca como una forma de supresión normativa necesaria, en la medida que fue requerida una solución al conflicto que planteaba la situación de tener una norma que, formalmente circunscrita al sistema jurídico, fuera contraria materialmente a la Constitución. Para esto, presentaremos las funciones que se pretende cumplir con la jurisdicción constitucional, los problemas de legitimidad que suscita, los presupuestos que son necesarios para que exista, las materias que de su competencia y finalmente su clasificación, ahondando en el examen de los dos modelos clásicos de control de constitucionalidad: el modelo americano o *judicial review* y el modelo europeo o kelseniano de control de constitucionalidad, señalando los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en cada caso, que serán motivo de un profundo análisis en los capítulos siguientes.

III.2. Necesidad y legitimidad de la jurisdicción constitucional.

La idea de jurisdicción constitucional conlleva enraizada la percepción de que el poder político se encuentra limitado y, a su vez, legitimado por normas constitucionales, en diferentes niveles, sea en su relación con las personas, entre los

mismos órganos de la administración del Estado o en la relación entre los diversos poderes del mismo, e incluso, en la relación frente a otros Estados. Particularmente la misma idea se manifiesta en el hecho de que la defensa de la Constitución se ha judicializado e institucionalizado, entendiéndose que no pueden ser los mismos órganos capaces de la infracción los que la juzgan, es decir, den una solución final a una controversia.

Caracteriza a la jurisdicción constitucional como control jurídico e institucionalizado del poder político los siguientes rasgos: “i) El control jurídico es objetivado, ya que el parámetro o canon de control es un conjunto de normas (Constitución), preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control; ii) En el control jurídico el juicio o valoración del objeto sometido a control está fundado en argumentos jurídicos (reglas de verificación); iii) El control jurídico es un control necesario, de suerte que, opera ante las hipótesis específicas y con herramientas sancionarias-correctivas; iv) El control jurídico es un control a cargo de órganos imparciales e independientes, dotados de conocimientos técnicos”⁶⁴. La necesidad de tal institucionalización puede entenderse derivada de diversos factores:

Primero, de la supremacía constitucional como eje fundante del estado de derecho democrático, donde es el texto constitucional la norma superior a la cual las demás normas inferiores se deben adecuar, otorgándoles validez por este hecho o arrancándolas del sistema jurídico ante su desconocimiento. Si esta situación es

⁶⁴ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Elementos de Jurisdicción Constitucional*. Ed. Universidad Central de Chile, Santiago, 2002. pp- 117 y 118. Para un estudio en profundidad de las características de la jurisdicción constitucional leer también CAPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia Constitucional*, en Revista Española de Derecho Constitucional, N°17, Madrid, CEC, 1986.

netamente jurídica o política-legislativa es una cuestión debatible, ejemplificadora es la controversia entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en las primeras décadas del siglo XX, a propósito de quién debía ser el defensor de la Constitución⁶⁵.

Luego, está la idea arraigada de que los derechos y garantías expresados en la Constitución son más que simples normas programáticas estatuidas por el constituyente, y que con su aplicación y observancia son límites reales al actuar de la administración del Estado, y que a su vez, sirven de coto a la tiranía de la mayoría que se puede ejercer en el poder legislativo, toda vez que se espera y compele a respetar los derechos de las minorías, que dado ciertos modelos político partidista excluyen de cualquier forma de decisión real.

Por último, de la experiencia vivida durante la primera mitad del siglo XX, en especial con el ascenso del fascismo en Europa y los acontecimientos que desencadenaron la Segunda Guerra Mundial, gran parte de los textos constitucionales fueron modificados en extremo o simplemente desechados, quienes eran garantes de promover la supremacía constitucional, como los Parlamentos, se vieron a favor del terror que se instauró en gran parte del continente Europeo. De esta experiencia se extrae la necesidad de buscar medios más eficaces para refrenar el terror propio de dictaduras y regímenes antidemocráticos, en especial, cuando estos cuentan con el apoyo, activo o por omisión, del poder legislativo.

⁶⁵ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Ed. Tecnos, 2º ed., 1998, España y KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Ed. Tecnos, 2ª Ed. Madrid, 1999.

A pesar de que estos puntos parecen colocar de manifiesto la necesidad de una garantía mayor a la supremacía constitucional, hay que agregar que existen argumentos contrarios a esta necesidad, que apuntan principalmente, a que la conclusión a partir de estas premisas no hace necesariamente que sea la judicatura la encargada de su defensa, sea por su funcionamiento dentro de un sistema jurídico o sea por su inhabilidad práctica para concretarla. Brevemente los señalaremos: Por un lado, que la Constitución sea la norma suprema y que además existan derechos y garantías constituidos dentro de ésta que limiten el actuar del Estado, se sostiene, que no es posible afirmar, como necesario, su defensa enraizada en el poder judicial, sea en un órgano específico o la judicatura en general. Lo que se busca con la defensa de la constitución es la solución a una serie de conflictos que se suscitan cuando el actuar de un órgano determinado o una norma jurídica en particular no se adecua a la constitución, pero ésta no debe ser necesariamente tanto una solución jurídica sino final. La característica de "final" se le da a la decisión de un órgano determinado que no puede ser contravenida por recurso alguno y que, además, tenga la autoridad suficiente para hacerse cumplir. Lo que los detractores de la jurisdicción constitucional se preguntan es: ¿Será necesario que esta decisión final recaiga en un tribunal o en los jueces en general? De una parte, están quienes argumentan que ésta no es una cuestión jurídica, sino política, como lo veremos más adelante cuando analicemos las cuestiones de legitimidad que se dan sobre la jurisdicción constitucional. Por otra parte, se dice que no basta, por sí, la idea de que por ser los mismos órganos que pueden cometer la falta los encargados de determinar si existe ésta en primer lugar, debido a que se pierde de vista el horizonte institucional que va aparejado con los sistemas judiciales, lo que importa no es tanto quién decida el asunto, sino que el asunto sea

decidido de una manera categórica y tajante, de manera que no existan dudas de que cuando se falle en un caso determinado, ésa sea la solución final. En cuanto a la posibilidad de que la jurisdicción constitucional sea un soporte contra el terror, se ha señalado que, a pesar de ser una función deseable dentro del ordenamiento jurídico y político, la experiencia ha demostrado que el poder judicial ante épocas de violencia y cambios radicales, donde los derechos son avasallados, principalmente por la propia maquinaria del Estado, ha estado de lado del terror –una verdadera ola de terror– por medio de designaciones y nombramientos, o se ha quedado al margen, impotente ante la violencia.

Las críticas respecto de la legitimidad en torno a la jurisdicción constitucional se basan fundamentalmente en dos argumentos que sostienen la carencia de ésta:

Primero, entendiendo que las funciones que realiza la jurisdicción constitucional, sea en un sistema difuso o concentrado, y que en definitiva llevan a que un órgano u órganos ajenos al poder legislativo tengan la decisión final en problemas de constitucionalidad de una actuación o la ley, y la última palabra en cuanto a interpretación del texto, hecho que afecta necesariamente el equilibrio de poderes propio de todo Estado moderno. En el ejercicio de estas facultades los magistrados son políticamente irresponsables, y mientras se atengan a las formalidades decretadas para cada situación no les corresponderá responsabilidad ministerial. Por último, se suma la idea de que los miembros de este órgano jurisdiccional no son electos por sufragio universal, lo que les restaría legitimidad democrática.

Respecto a estos argumentos se ha señalado que la falta de legitimidad de los o el órgano encargado del control de constitucionalidad es cierta, pero puede ser matizada de diversas formas. Comienzan por colocar en entredicho qué aporta la legitimidad democrática, el ser electo por sufragio, a la función de guardián de la constitución, entendiendo que este control no se crea en la práctica, lo que finalmente realiza el órgano encargado del mismo es hacer patentes limitaciones que ya se encuentran establecidas en la constitución para el legislador, el ejecutivo o las personas privadas en general. Por otro lado, como señalaremos al presentar los diferentes modelos de control de constitucionalidad, en casi todos los casos en que se trata de un órgano especializado exclusivamente en este control de constitucionalidad, los jueces son designados directamente por el ejecutivo e incluso varios de sus miembros no son parte del poder judicial, de manera que si bien no existe una legitimidad en el sufragio, la independencia de estos órganos es parcial, y por ende, de cierta forma se encuentran en las coordenadas de la línea de gobierno de los Estados respectivos, de manera que se enmarca dentro de la tendencia actual de que los límites de los poderes del Estado se inclinan a ser más bien difusos en cuanto a sus funciones, dejando de lado, principalmente, la concepción de juez y su función maquina como predica la teoría de supremacía de la ley.

En otro sentido, se defiende la legitimidad de la jurisdicción constitucional señalando ciertas labores que suelen presentarse al realizar la magistratura el control de constitucionalidad; de un lado está la protección a las minorías, a partir de las garantías fundamentales consagradas en los textos constitucionales contra la tiranía de la mayoría. Por otro lado, el juez actúa como nexo entre la realidad política y social y la

Constitución, de manera que con el control de constitucionalidad, con sus facultades interpretativas y a la vez restrictivas con la declaración de inconstitucionalidad, renovando el texto constitucional y evitando que se transforme en una legislación pétrea y descontextualizada.

Segundo, el cuestionamiento de la legitimidad de la jurisdicción constitucional comprende el argumento que sostiene que las materias relacionadas con el alcance de la constitución y el declarar normas inconstitucionales es una materia política propia de la legislatura, que en rigor, se enmarca en una discusión donde los argumentos no son tanto técnico-jurídicos, sin desmerecer que existen una parte de la discusión enfocada a esto, sino principalmente compete un discurso político, con argumentos que van más allá de los propios de un sistema jurídico.

El más importante exponente de esta crítica fue en jurista alemán Carl Schmitt, quien era contrario a la idea de un control judicial de la constitucionalidad, sea en un sistema difuso (como en Estados Unidos) o uno concentrado (como el modelo austriaco), quien en su obra “La defensa de la Constitución” plantea una crítica a la tendencia que, a partir de de la década de 1920, comenzó a entregar el control de constitucionalidad de las leyes y actuaciones a las magistraturas, como señala el autor: “Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. (...) la consecuencia no sería una judicialización de la Política,

sino una politización de la Justicia.”⁶⁶, exponiendo así sistemáticamente los perniciosos alcances que esta medida supone, tanto para el poder judicial, que se politiza, como para los poderes ejecutivo y legislativo, quienes ahora se enfrentarían ante un poder judicial con alto grado de ingerencia a nivel constitucional. Todo esto a pesar de que el propio Schmitt no era parte del dogma de la separación de poderes, como se manifiesta: “Cabe rechazar la distinción de poderes, tomando como bases ciertas tendencias absolutistas, como acostumbraba a suceder en el sistema de la monarquía constitucional alemana; cabe otorgar también al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional”⁶⁷.

Schmitt, quien no niega la necesidad de un control de la constitucionalidad, pero que es firme defensor de su carácter político, sostiene que el órgano encargado de realizar dicha labor sería el presidente del Reich, opción que sus detractores señalan sólo conduce a un “Estado total”. Sostiene el jurista alemán que, lo que hace idóneo al Presidente del Reich como guardián de la Constitución es la doctrina del *pouvoir neutre*⁶⁸, inspirada en el pensamiento del político y filósofo francés Benjamin Constant, donde el presidente del Reich se encuentra legitimado al ser elegido democráticamente por el pueblo alemán, encarna la unidad y neutralidad, siendo un mediador en los conflictos que se susciten a nivel constitucional, así lo señala el autor: “Dichas diferencias (de opinión entre los titulares de derechos políticos) o bien son zanjadas

⁶⁶ SCHMITT, Carl. *Op. Cit.* (n.65), p. 57

⁶⁷ *Ibid.*, p. 78

⁶⁸ *Ibid.*, p. 187-188. Respecto al *pouvoir neutre* señala: “Neutralidad, en el sentido de la realidad y objetividad, no supone debilidad y falta de política, sino lo contrario. La solución no consiste, por consiguiente, en una objetividad apolítica, sino en una política concretamente informada, que tenga presente los intereses de la colectividad y que sea capaz de adoptar decisiones”

por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso (...) o por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, un tercero neutral – y entonces no hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestidos de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención⁶⁹. De esta manera Schmitt está salvando el posible desequilibrio que existiría si a la figura del Presidente del Reich se le agregan las facultades de guardián de la Constitución, ya que interviene como un mediador al mismo nivel de los requerientes en el conflicto⁷⁰ y, que en definitiva, está dando una solución final, al no existir recursos para impugnarla.

Esta crítica, presenta lo más interesante de la disputa entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, donde el primero aboga por un órgano especializado exclusivamente en el control de la constitucionalidad, con miembros pertenecientes al poder judicial y miembros fuera del mismo, designados por la autoridad, en un esfuerzo por lograr legitimidad; el segundo, como ya hemos expuesto, señala al Presidente del Reich como el indicado para la defensa de la constitución. Kelsen se hace cargo de la discusión respecto al carácter jurídico de lo contencioso constitucional, sobre la figura de la dimensión política, debido a que si bien no es necesario que las cuestiones de constitucionalidad sean conocidas por la jurisdicción, éste no sería el único caso en que se da situación, un ejemplo de caso similar sería el procedimiento administrativo.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 213

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 220. Señala Schmitt respecto a la posición de Defensor en el sistema: "(...) *la función peculiar del tercero neutro no consiste en una actividad continua, imperante y reglamentada, sino fundamentalmente en una actuación mediadora, tutelar y reguladora, que sólo en casos de necesidad se produce activamente, porque no debe competir con los demás poderes realizando una expansión de un poder propio*"

La explicación de por qué se encuentra en conocimientos de los tribunales viene dado porque “históricamente”⁷¹ se ha concebido así. Agrega Kelsen, que la forma como actualmente se ha llevado a cabo las discusiones políticas en el Parlamento, órgano propicio para la discusión de cuestiones de constitucionalidad, no diferiría mucho a la forma en que se hace en los tribunales, señala: “Su sentido: sacar a la luz todo lo que esté a favor o en contra, todo lo que de acuerdo a la experiencia garantiza de la mejor manera la acusación y la defensa sean confiadas a instancias diferentes, lo cual es posible sin más, con tal que en esta discutida cuestión haya también interesados o grupos de interesados, orientados en forma divergente”⁷².

Kelsen entiende que la función legislativa y la función judicial son presentadas erróneamente por Schmitt, quien las contrapone como dos actividades completamente inconciliables, mientras que el maestro austriaco las entiende como una actividad de decisión que, lejos de diferenciarse cualitativamente, lo hacen cuantitativamente, señala Kelsen que “cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de Derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter «político» que tiene la legislación, aunque en una medida mayor”⁷³. La principal divergencia, a pesar de tener una forma similar ambas discusiones, se da a nivel de argumentos. Los argumentos que son admisibles en la discusión política abarcan un espectro inmenso, vale decir, es posible sostener ideas basadas en criterios económicos, religiosos, sociales, etc. Por otra parte, por la estructura jerárquica que poseen los sistemas jurídicos como hemos indicado,

⁷¹ KELSEN, Hans. *Op Cit.* (n.65), p. 39

⁷² *Ibíd.*, pág. 40

⁷³ *Ibíd.*, pág. 18

entendiendo como norma fundamental la constitución, los argumentos admisibles en una discusión ante los tribunales son siempre técnico-jurídicos, como suele señalarse, el derecho al regular la forma como el mismo se crea, explica al derecho, de manera que “el análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma” ⁷⁴ Lo decisivo respecto a este punto está dado por el valor que le demos a la preparación técnica en la discusión sobre cuestiones de constitucionalidad, que en principio parece hacer pleno sentido optar por una discusión técnica, pero deben sopesarse la posibilidad de perder contacto con la realidad política e histórica por un lado, y crear un monopolio del conocimiento por otra.

Kelsen afirma que entender lo contencioso constitucional como algo estrictamente político es desconocer el verdadero sentido de lo que se denomina “la forma judicial” y su utilidad procesal para quien actúe como defensor de la constitución, donde el hecho fundante de la organización del proceso contencioso “está en el hecho de que –lo mismo que en una determinada figura jurídica- también en la sentencia de un tribunal, y en especial en la de un «Defensor de la Constitución», participan intereses opuestos, de manera que toda «decisión» se toma acerca de la oposición de intereses, es decir, a favor de uno u otro, o en el sentido de una mediación entre ambos; así, un proceso contencioso, aun cuando no llegare a nada, es bueno por

⁷⁴ KELSEN, Hans. *Op. Cit.* (n.60), pág. 128

exponer claramente la real situación de los intereses”⁷⁵. La riqueza que Kelsen encuentra en el conflicto de intereses de la forma judicial, se ve perdida por el talante homogenizador de la propuesta de Schmitt respecto del *pouvoir neutre* y el Presidente del Reich, como bien lo expone el jurista austriaco: “Es la típica ficción de la que se echa mano cuando se trabaja con la «unidad» de la «voluntad» del Estado, o con la «totalidad» de lo colectivo, en un sentido distinto al puramente formal, con el fin de justificar una determinada configuración de orden estatal”⁷⁶. En definitiva, Kelsen acusa a Schmitt de encubrir un plan de organización social con un Estado total, evitando la configuración de un Estado de partidos, bajo una falsa premisa de pluralidad en las discusiones sobre cuestiones de constitucionalidad y una falsa idea de neutralidad del defensor de la Constitución, por lo que se hace preferente que esta función quedé encargada a un órgano independiente, especializado (en el modelo kelseniano toma forma de un Tribunal Constitucional como veremos más adelante) técnico, con capacidad suficiente para hacer cumplir sus decisiones.

De lo anteriormente expuesto en este punto, queda manifiesta la necesidad de un control de constitucionalidad, como un requerimiento del propio estado de derecho, por su configuración medular; el hecho que este control quede a cargo de los tribunales es discutible, hemos expuesto su plausibilidad, pero no es posible desmerecer los argumentos que se erigen en contra, especialmente aquellos que atienden a la forma sistemática del derecho, donde más que una decisión materialmente correcta, es necesaria una decisión final, formalmente satisfactoria. Un caso similar sucede con la legitimidad, los alcances de la legitimidad dada por el sufragio son ponderada según el

⁷⁵ KELSEN, Hans. Op. Cit. (n.65), pág. 41-42

⁷⁶ *Ibíd.* pág 67.

autor que la invoque, pero no es menos cierto que las facultades que se le pueden otorgar a un Tribunal Constitucional difícilmente se condicen con las responsabilidades que un cargo en dicho organismo conlleva. Sin embargo, es posible sostener que de la necesidad del control de constitucionalidad nace la legitimidad de los actos sometidos a su escrutinio, en la medida que la decisión hecha por el defensor de la constitución sea final y pueda realizarse. Mientras la declaración de inconstitucionalidad coloca al fiscalizador en una posición de legislador negativo, no debemos dejar de apreciar los efectos positivos que se generan para la seguridad jurídica en la medida que una determinada ley o acción de un órgano de la administración del Estado ha sido declarado conforme a la Constitución.

III.3. Presupuestos y funciones de la jurisdicción constitucional.

A lo largo de este capítulo hemos mencionado una variedad de funciones a las que está abocada la jurisdicción constitucional, en este punto expondremos breve y sistemáticamente éstas, para una mejor comprensión:

i. Al postular, junto con Kelsen, la necesidad que el guardián de la Constitución sea un órgano independiente de aquellos que son capaces de cometer las faltas, evitando que el ofensor sea además juez en su propia causa, conlleva la consecuencia de sujetar a los órganos de la administración del Estado, el poder ejecutivo, y el Parlamento, el poder legislativo, a una efectiva vinculación a las disposiciones del texto constitucional, a las sentencias dictadas por el órgano encargado del control de constitucionalidad y la interpretación que hace el mismo de la Constitución.

ii. El hecho de llevar al área jurídica e institucionalizar el control de constitucionalidad permite que la jurisdicción constitucional vigile el desarrollo de la Constitución, de manera de renovar el alcance de sus normas, por medio de la interpretación principalmente, de manera que se adapte a la realidad política y social contemporánea, evitando que el carta fundamental se vuelva pétrea y descontextualizada.

iii. Además de coordinar el actuar de los diferentes poderes del Estado y sus órganos, también se cumple la función de fijar cuáles conflictos entre los mismos poderes tienen alcance constitucional, determinar cuál es el problema preciso y dar una solución jurídica, con autoridad (decisión final) al conflicto.

iv. Junto con lo anterior, la Constitución también está compuesta por un catálogo de derechos o garantías fundamentales para los miembros de una sociedad, de manera que como ha señalado Rubio Llorente, la jurisdicción constitucional puede ser también entendida dentro de las formas de defensa de dichas garantías, especialmente con la declaración de inconstitucionalidad de una ley o actuación estatal que vulnere dichos derechos.

v. Con el desarrollo que se ha dado desde principios del siglo XX a la fecha, el resultado ha sido un afiatamiento del derecho constitucional a un nivel preponderante dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. Esto se ve reflejado especialmente en el nivel de profundidad y transversalidad dentro de las ramas jurídicas que han tenido los principios inspirados en el derecho constitucional, de manera que hoy son parte del

la argumentación de una petición determinada en cualquier rama del derecho, de manera que la jurisdicción constitucional ha cumplido la función de elevar a un rango primario el derecho constitucional dentro del ordenamiento jurídico.

vi. Por último, en las últimas décadas, y en especial en los Estados donde se llevó el control de constitucionalidad a un solo órgano, modelo concentrado, se le han ido atribuyendo funciones que rebasan el control de constitucionalidad, como por ejemplo hacer resolver inhabilidades elevadas contra personeros de gobierno o que dicen relación con justicia electoral.

Lo anterior se entiende en la medida que apreciemos el desarrollo de la jurisdicción constitucional como paulatino en el tiempo. Los primeros Tribunales Constitucionales instaurados, en Austria y Checoslovaquia por ejemplo, tuvieron una nula oportunidad de ejercer sus facultades y desarrollar sus funciones, debido a factores culturales y políticos. Con el desarrollo de la jurisdicción constitucional post Segunda Guerra Mundial, su competencia se incrementó. En un primer momento, la jurisdicción constitucional se encargaba de plasmar la hegemonía y supremacía constitucional, usando la declaración de inconstitucionalidad como forma de supresión normativa o con ciertos matices en sus efectos, donde la doctrina clásica señala como ámbitos de su competencia la leyes, los actos administrativos y judiciales (tanto de forma como de fondo), además de las actuaciones de los órganos descentralizados, propios de estados federales, y de la actuación de los privados (como los contratos y los testamentos). A esto le siguió los conflictos de competencias que estando consagradas en la Constitución, se dio entre los poderes del Estado. Las potestades

normativas del ejecutivo se sometieron a control de constitucionalidad, decretos y decretos con fuerza de ley, y las competencias sancionatorias de diversos órganos de la administración, y con el desarrollo del derecho internacional, vino el control de los tratados internacionales.

Como veremos en el siguiente punto, existen diversos criterios para clasificar la jurisdicción constitucional; el sistema ideal es el llamado modelo de control de constitucionalidad pleno, donde todos los actos normativos de los poderes del Estado están sujetos al control, y además, donde las sentencias del órgano encargado tienen efectos vinculantes para las personas e instituciones del Estado. Por esta razón, expondremos los requisitos que este modelo debe tener para un desarrollo institucional acorde con las funciones que ya hemos señalado y que debe cumplir la función jurisdiccional:

- Que el texto constitucional sea total o parcialmente rígido. Esta característica a esto siempre presente en la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, que desde su creación y ratificación por los estados miembros ha permanecido en esencia inalterable. En las antípodas se encuentra, por ejemplo, Alemania, que con el ascenso del fascismo, al igual que muchas naciones en Europa, las Constituciones se vieron pasadas a llevar o sujetas a enormes modificaciones.
- Respecto al órgano que realiza el control de constitucionalidad, este debe tener facultades decisorias, que sus sentencias sean capaces de producir efectos *erga omnes*, es decir, que afecten a todas las personas, y no sólo a las partes que sometieron el pleito a su conocimiento.

- En cuanto a la legitimidad activa para acudir a órgano, en la práctica se ha presentado con diversos matices, pero se debe apuntar a que tanto las personas afectadas como las interesadas en recurrir al órgano de control lo hagan por si mismas.
- Que el modelo sea pleno significa que todo el sistema normativo estatal se encuentre bajo el control de constitucionalidad, de manera que no sólo alcance a todas las personas sino a todo el ordenamiento jurídico, en especial en los Estados federales donde existen diversas fuentes normativas.
- Por último, respecto del órgano que ejerce el control, debe ser independiente y gozar de autonomía respecto de los órganos sometidos a su control, de manera que la se mantenga la distancia entre potencial ofensor y juez.

En los modelos de control de constitucionalidad donde el órgano que ejerce el control no se encuentra separado e independiente de aquellos a los cuales debe someter a control, los efectos de las decisiones del mismo tienden a ser *interpartes* y la legitimidad activa para recurrir al mismo muy mermada, de manera que sólo se necesita de una Constitución rígida o estable, para que el órgano pueda realizar su labor.

III.4. Clasificación de los modelos de control de constitucionalidad.

Como hemos señalado, existen diversos criterios para clasificar los modelos de control de constitucionalidad, para una exposición clara y precisa de esta clasificación,

usaremos la señalada por el profesor Humberto Nogueira Alcalá⁷⁷, que nos parece completa y adecuada para los fines de este trabajo. Los criterios son los siguientes: A. Según la admisibilidad en el sistema jurídico de un control de constitucionalidad; B. En función al órgano que realiza el control; C. Según al procedimiento en que se desarrolla el control de constitucionalidad; D. En función al radio de acción del control de constitucionalidad; E. Por el efecto que produce de la declaración de inconstitucionalidad. Sin más preámbulos pasamos a su exposición:

A. Según la admisibilidad en el sistema jurídico.

A.1 Sistemas negativos: Son aquellos sistemas en los que no existe control de constitucionalidad alguno, característico de sistemas donde rige dogma de supremacía de la ley o supremacía del Parlamento, como el Reino Unido.

A.2 Sistemas positivos: En éstos, el control se encuentra establecido ya sea expresa o tácitamente, y pueden variar en el alcance del mismo, por ello esta clasificación admite una subclasificación:

A.2.1 Sistema completos e incompletos: Este criterio se hace cargo de los requisitos que hemos dado señalado como presupuestos de la jurisdicción constitucional, de manera que pueda cumplir con todos sus fines, de manera que se entienden completos si cumplen con todos ellos, de no hacerlo se entenderán incompletos.

A.2.2 Sistemas expresos y tácitos: Como veremos en el próximo punto, en el modelo estadounidense de control de constitucionalidad no se encuentra consagrado

⁷⁷ NOGUEIRA, Humberto. *Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa*. CEPC, España. p. 249-256

expresamente en la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, gran parte de su desarrollo se debió al juez John Marshall, quien a partir del fallo en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803 hizo patente la facultad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las leyes y los actos de la administración, la cual entendía consagrada implícitamente en la Constitución, a esto llamamos un sistema tácito. Por el contrario, en un sistema expreso la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes se encuentra consagrado expresamente en algún artículo de la Constitución, como es el caso de la Constitución de Chile, donde se dedica un capítulo al Tribunal Constitucional.

B. En función del órgano que el control de constitucionalidad.

B.1 Según la naturaleza del órgano.

B.1.1 Sistemas donde el control lo ejerce un órgano político: Este es el modelo al que apunto Carl Schmitt, designando al Presidente del Reich como defensor de la Constitución, basándose en su teoría del poder neutral, y que ha sido llevado a la práctica en China y Cuba, donde el control lo ejerce el Parlamento.

B.1.2 Sistemas donde el control lo ejercen órganos judiciales o modelo difuso de control de constitucionalidad: El caso emblemático es Estados Unidos, que como expondremos, a partir de la sentencia del Juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* se determinó la capacidad de cada juez de revisar la constitucionalidad de la ley; otros ejemplos de este modelo son Argentina, Canadá e India. Se caracterizan por ser de efecto *inter partes* y con una limitada legitimación activa, ahondaremos en los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en este modelo cuando analicemos el

modelo norteamericano y los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley en el siguiente capítulo.

B.1.3 Sistemas donde el control lo ejerce un tribunal especializado o modelo concentrado de control de constitucionalidad: En este modelo el control se encuentra radicado en un único órgano especializado, en cuanto a sus funciones como en el carácter técnico de sus miembros, es independiente de aquellos órganos que fiscaliza. Es paradigmático el modelo kelseniano que se implantó en Austria en la década de 1920, y que desarrollaremos en profundidad, en el punto 6 de este capítulo.

B.2 En virtud del ámbito de acción.

B.2.1 Sistema de control nacional: El ámbito de acción del órgano controlador se circunscribe al territorio nacional de un determinado Estado, es el modelo clásico de control.

B.2.2 Sistemas de control internacional: Con el desarrollo del derecho internacional, y en especial la doctrina de los derechos humanos, se crearon instancias de control de constitucionalidad fuera de los Estados nacionales, como son por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

B.3 Según a cómo se compone el órgano encargado del control de constitucionalidad.

B.3.1 Sistemas con órganos letrados: El órgano controlador está compuesto por jueces y abogados, sean miembros del poder judicial o designados por la autoridad para el cargo. Suelen ser la regla general en los Estados de Derechos contemporáneos.

B.3.2 Sistemas con órganos legos: Por el contrario, quienes están encargados del control de constitucionalidad no son jueces o abogados; el profesor Nogueira cita como ejemplo el Consejo Custodio en Irán.

B.3.3 Sistemas con órganos mixtos: Como su nombre lo señala, el órgano de control se encuentra compuesto tanto por abogados o jueces y por legos en materias judiciales, como el Consejo Constitucional de Francia.

B.4 Según la duración de los órganos encargados del control de constitucionalidad.

B.4.1 Órganos permanentes: Son aquellos que tienen una existencia continua dentro del ordenamiento jurídico, es la regla general en esta materia, y no dejan de existir en ningún momento de su historia institucional.

B.4.2 Órganos ad hoc: Tienen la particularidad de ser constituido sólo cuando es necesaria su intervención para materias determinadas, y luego de cumplir su función cesa su existencia y se disuelve.

C. En función al procedimiento de control de constitucionalidad.

C.1 En relación con el momento en que se realiza el control de constitucionalidad.

C.1.1 Control preventivo: Es el control de constitucionalidad *a priori*, se realiza antes de que la norma forme parte de sistema jurídico y resulta vinculante para los legisladores. Un ejemplo de este modelo es el Consejo Constitucional Francés.

C.1.2 Control represivo: Este control se realiza una vez que la norma se encuentra formando parte del sistema jurídico, también conocido como *a posteriori*, según la

legislación correspondiente existen diversos modos de realizar el control. Sistemas represivos son el de Argentina, España y Perú, entre muchos otros.

C.1.3 Control mixto: Como su nombre indica, se presenta tanto como preventivo y represivo o reparador; casos de este sistema son el de Venezuela e Irlanda.

C.2 En función al modo en que se activa el control.

C.2.1 Acción de inconstitucionalidad: En este caso de demanda la declaración de inconstitucionalidad sin que haya una gestión judicial pendiente como marco para la solicitud. Propio de este sistema son los ordenamientos de Austria, Italia y Portugal.

C.2.2 Excepción de inconstitucionalidad: Es necesario que existe un juicio o gestión judicial pendiente para demandar la declaración de inconstitucionalidad, se entiende como una incidencia en el juicio pendiente, como ocurre en Argentina y Brasil.

C.3 Según la modalidad en que se expresa el control de constitucionalidad.

C.3.1 Acción de constitucionalidad de carácter abstracto: Esta modalidad se presenta cuando el solicitante de la declaración de inconstitucionalidad no se encuentra relacionado con ningún juicio o gestión judicial pendiente donde intervenga la norma sujeta a revisión, propia de acciones populares, como en los sistemas jurídicos de Italia y Venezuela.

C.3.2 Acción de constitucionalidad por vía directa: Esta modalidad se da al encontrarse el solicitante interesado en el resultado de la declaración de inconstitucionalidad, debido a que es parte de alguna gestión judicial donde intervenga

la norma impugnada. Esta situación se encuentra presente en los ordenamientos jurídicos de Austria, México y España.

C.4 Según la forma en que se tramita la solicitud de declaración de inconstitucionalidad.

C.4.1 Control condicionado: Sucede cuando la solicitud debe pasar por un examen previo de admisibilidad, funcionando como un filtro para las acciones o excepciones promovidas que no encuentran un fundamento plausible para su tramitación.

C.4.2 Control incondicionado: En este caso no existe el examen de admisibilidad previo, donde ningún órgano conoce de manera previa ni falla la solicitud antes que el órgano encargado del control de constitucionalidad.

C.5 En función a los sujetos que impulsan la acción

C.5.1 Sistema restringido: En este sistema sólo los afectados y un número reducido de autoridades tienen la legitimidad activa para reclamar la declaración de inconstitucionalidad.

C.5.2 Sistema amplio: Propio de sistemas represivos y difusos, los particulares afectados o interesados pueden reclamar la declaración de inconstitucionalidad, actuando por sí mismos.

C.5.3 Sistema amplísimo: En este caso, tanto el órgano puede actuar de oficio, es decir, sin que medie solicitud de parte, y además de los interesados, existe la posibilidad de realizar acciones populares.

D. En función al radio de acción del control de constitucionalidad.

D.1 Control total: Las materias que son competencia del control de constitucionalidad alcanzan a toda norma, acción u omisión. Es especialmente poco probable su viabilidad por el universo de materias que contempla, especialmente las referidas a las *political question*, que veremos en el punto siguiente.

D.2 Control Parcial: Esta clasificación obedece a la idea de separar las materias contempladas en el control parcial, de manera que no todas sean objeto del control de constitucionalidad, puede subclasificarse en:

D.2.1 Control de leyes y acciones.

D.2.2 Control de omisiones.

E. En razón a los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad del órgano encargado del control.

Este es el criterio que para los fines de este trabajo nos interesa desarrollar *in extenso*, para esto hemos dedicado el siguiente capítulo⁷⁸ al análisis de los efectos de

⁷⁸ Ver *Infra* capítulo 4.

la declaración de inconstitucionalidad respecto a la norma y al sistema jurídico, por lo que en este punto nos limitaremos a enunciar su clasificación.

E.1 Según la capacidad vinculante que tiene la declaración de inconstitucionalidad: Este criterio permite entender si el órgano controlador es realmente un defensor de la constitución o simplemente un auxiliar en la labor legislativa, de los restantes poderes del Estado.

E.2 Si la declaración de inconstitucionalidad es vinculante, se puede subclasificar a su vez en:

E.2.1 Efecto *erga omnes*: La declaración de inconstitucionalidad afecta a todos los órganos y personas, no sólo a aquellos que hayan formado parte del proceso de la declaración.

E.2.2 Efecto *inter partes*: Los efectos de la sentencia del órgano controlador se circunscriben a aquellas personas que son parte del proceso o que tienen algún interés en el mismo, y han solicitado la declaración de inconstitucionalidad.

E.3 Según los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad, en control puede clasificarse en:

E.3.1 *Ex Tunc*: La sentencia tiene un carácter declarativo y produce efectos retroactivos.

E.3.2 *Ex Nunc*: El fallo produce efectos desde que ha sido dictado, es decir, *pro futuro*.

Como se ha expuesto, la clasificación es basta, pero da claves para entender los marcos normativos en que se puede encontrar la declaración de inconstitucionalidad. Además, deja de manifiesto que no en todos los supuestos esta

declaración actúa como una forma de supresión normativa, expulsando del sistema jurídico aquella norma que el órgano controlador ha declarado inconstitucional.

En los dos puntos siguientes se analizará los dos modelos clásicos de control de constitucionalidad que han existido en la historia jurídico política del siglo XX en adelante. Nos referimos al modelo americano de control de constitucionalidad o *judicial review*, y al modelo europeo o kelseniano de control. De esta forma, apuntamos a develar cómo se ha dado en la práctica en control de constitucionalidad, y de qué manera la declaración de inconstitucionalidad se fue configurando como una forma de supresión normativa.

III. 5. Modelo de control de la constitucionalidad estadounidense o *Judicial*

Review

III.5.1 De la especial situación de la Constitución Federal norteamericana de 1787 y sus magistrados.

Como hemos señalado, la jurisdicción constitucional, en general, y el control de constitucionalidad, en particular, reposan sobre cimientos teórico-prácticos, tales como la supremacía de la constitución, el equilibrio de los poderes del Estado, la existencia de derechos como límites al poder, la racionalización del poder. Modelo ejemplar de esto es la Constitución Federal de Estados Unidos, del 17 de septiembre de 1787, redactada por el constituyente reunido en Filadelfia, y donde desde un comienzo se planteó la idea de un gobierno federal con poderes limitados⁷⁹. Estados Unidos contrasta en sus inicios con las doctrinas constitucionales comparadas, especialmente Inglaterra donde una supremacía del Parlamento o en Francia donde se defiende la supremacía de la ley.

La determinación del Tribunal Supremo como garante de la constitución, y por ende como forma de limitación del gobierno, regulando los poderes de éste y

⁷⁹ Como señala GARVEY, John H. et al. *Modern Constitutional Theory*, Ed. Thomson West, 5th Ed., 2004, pág. 214: "Whatever else might be said about the intention of the Framers, there can be no question whatever that they intended to found a government of limited powers. The powers of the branches of government were enumerated, and it would be pretty hard to see this enumeration as merely playful, or as an elaborated hoax. But if there were any doubt on this score, one might turn to the explicit limitations, worded as such, both in the constitutional text and in some Amendments (...) the conception of our government as one of limited powers is and since the beginning has been at the very center of American political belief. It is an essential part of the picture the American has of his government,"

uniformando la interpretación y acción de los poderes, no se encuentra explícitamente señalada en la Constitución de 1878 o en Enmiendas, es decir, no se sustentan en el lenguaje específico de la constitución, sino en la estructura de gobierno creada y de los principios democráticos que subyacen a ésta, y que viene a entenderse como el primer quiebre a la doctrina de la separación de poderes, de manera que los márgenes entre uno y otro poder del Estado comienzan a ser más difusos. A este respecto, se considera como un hecho fundante en la *doctrina de Judicial Review* del Tribunal Supremo norteamericano la labor del juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803, que detallaremos en lo que sigue de este apartado.

Antes, es necesario señalar de manera general que esta doctrina entiende el *Judicial Review* como la facultad que poseen los tribunales de justicia para entender una ley como contraria a la constitución, negándole aplicación, abarcando el ámbito de la interpretación de la constitución, con todo el poder que ello acarrea, y por tanto declarando la invalidez de la misma cuando la considera contraria al texto constitucional, siendo esta una función esencial de los tribunales.

En cuanto a la composición del Tribunal Supremo estadounidense, en la actualidad, no existe, ni ha existido, norma expresa a nivel constitucional que señale el número de jueces que han de integrarlo, por lo que históricamente sus miembros han oscilado entre seis a diez jueces. El Artículo III Sección Primera de la Constitución Federal de 1787 designó al Congreso como regulador de estas materias por medio de

una ley ordinaria, que también afecta a los demás Tribunales Federales de Estados Unidos.⁸⁰

El entender los tribunales como garantes e intérpretes de la constitución ha sido sostenido desde principios de su declaración por eminentes constitucionalistas. Así lo sostuvo Alexander Hamilton en “*El Federalista*” (1788), que fue una compilación de artículos periodísticos que buscaban conciliar el apoyo necesario para la ratificación de la Constitución Federal de 1787, donde además participaron John Jay y James Madison. Hamilton sostiene en *El Federalista* LXXVIII que “La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.”⁸¹ Así lo sostiene Madison, a pesar que no hay una mención expresa de esto en la constitución que tanta energía gastó en apoyar.

Por otra parte, el jurista e historiador francés Alexis de Tocqueville, en su obra “*La Democracia en América*” (1835-1840) nos da una mirada externa, pero a la vez

⁸⁰ Señala el Artículo III Sección Uno de la Constitución estadounidense: “1. Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo.”

⁸¹ HAMILTON, Alexander et al. *El Federalista*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1ª Ed., México 1943. p. 156

profunda de la situación estadounidense, particularmente a la *rara avis* que son las facultades de sus magistrados. Tocqueville entiende a los tribunales norteamericanos como un poder político, diferenciándolo de sus pares en el derecho comparado, debido a su excepcionalísima facultad para basar sus fallos en la Constitución y la interpretación que hacen de la misma, señalando que “Lo que con mayor dificultad comprende un extranjero en los Estados Unidos, es la organización judicial.(...) El juez americano se parece estrechamente al de otras naciones, y, sin embargo, está revestido de un inmenso poder político. ¿De dónde proviene esto? La causa está en un solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundar sus fallos sobre la constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, los han autorizado para no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales”⁸². El autor entiende a los tribunales, investidos con estos poderes, garantes ante las tiranías de los otros poderes del Estado.

El afiatamiento de la doctrina del *Judicial Review* viene, como hemos señalado, de los autores de la Constitución Federal de 1787, en su fundamento básico, la supremacía de la Constitución como ley fundamental y el establecimiento de un gobierno federal limitado en su poder, a lo que debemos agregar un ambiente institucional y cívico propicio para esto, que decanta de una evolución de las instituciones en un Estado de Derecho democrático, que se vio plasmada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (como creación jurisprudencial propiamente tal), con especial atención en el caso *Marbury vs. Madison*, el cual exponemos a continuación.

⁸² TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Ed. Daniel Jorro, Madrid, 1911. Tomo I, pp. 120-122

III. 5.2. La doctrina del Judicial Review como creación jurisprudencial

En 1803, en Tribunal Supremo norteamericano, presidido por el juez John Marshall, se vio en una situación muy compleja cuando William Marbury y otras tres personas pertenecientes al partido federalista, que en 1800 habían perdido las elecciones presidenciales y parlamentarias frente al partido de Thomas Jefferson, quien resultó electo presidente, demandó a James Madison, Secretario de Estado norteamericano, nombrado por el propio Jefferson, por no respetar el nombramiento que hizo el saliente presidente John Adams, como Juez de Paz a los demandantes, debido a que este nombramiento no llegó a sus manos con la debida presteza.⁸³

Lo que hace de vital importancia a la decisión en el caso Marbury v. Madison, resolución dictada por el juez presidente John Marshall, con la confirmación de los demás jueces del Tribunal Supremo Norteamericano de febrero de 1803, reside en que dicha en resolución la Corte sostiene que una disposición de una determinada ley era nula porque, bajo óptica y criterio del Tribunal Supremo, era opuesta al texto de la Constitución y, llama poderosamente la atención, que el poder de interpretar la ley y que tiene como corolario declarar la invalidez de una ley cuando ésta es contraria a la Constitución, es de la verdadera esencia del deber judicial.

⁸³ Tanto los antecedentes políticos, como la encrucijada que se forma para el Tribunal Supremo debido a esta demanda rebasan los objetivos del presente trabajo, por lo que para estos fines recomendamos la lectura de la monografía de VALDÉS, Clemente S., *Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el poder de los jueves en Estados Unidos*.

Siguiendo al jurista español Nicolás Pérez Serrano, podemos entender delimitar el aporte y alcance de esta resolución en los siguientes puntos:⁸⁴

- 1) Afirmó y defendió la supremacía de la Constitución y el derecho de los tribunales a asegurarle ese rango privilegiado.
- 2) Elevó la función del Poder Judicial, que antes se podía entender, a lo menos, como borrosa.
- 3) Sentó la Teoría de los poderes implícitos (“es de la verdadera esencia del poder judicial”) para llenar los silencios de la Constitución Federal de 1787.
- 4) Completó la estructura del país mediante a sus fallos.
- 5) Consolidó con máximo valor la vida de la Federación.
- 6) Retrasó la Guerra Civil.

Hay que agregar la importancia que significa entender la revisión judicial, como fue presentada por John Marshall, como un poder implícito de los tribunales, y que se basa, como señala Manuel García Pelayo⁸⁵, en los artículos 3º, Sección 2,1; artículo 6º, 3; artículo 6º, 2.

Los argumentos de John Marshall han sido ampliamente discutidos y comentados. Lo primero que hay que señalar al respecto es que estos argumentos no gozan de originalidad en sí, como señala el profesor Francisco Zúñiga: “Ciertamente, la doctrina de Marshall no es original, tiene precedentes en el Reino Unido y en la jurisprudencia de los tribunales estatales que habían declarado nulas leyes, v.g.,

⁸⁴ PÉREZ SERRANO, Nicolás. *Escritos de derecho político*. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1985.

⁸⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Op. Cit.* (n..61), pág. 325 y ss.

Jurados en New Jersey en 1780 y Trent versus Weidon por el tribunal de Rhode Island, y por cierto en el archivotado Dr. Bonham's case de 1610(...) La Judicial Review tiene precedentes en Derecho colonial e inglés y en los debates de los constituyentes de Filadelfia.⁸⁶ La principal diferencia, y de ahí gran parte de su valor, se da en el contexto y la institución en que estas ideas son planteadas y sostenidas como válidas e incluso evidentes. Sin embargo, a falta de mención expresa del texto constitucional, lo que el juez Marshall hace es llevar a la práctica, al nivel del Tribunal Supremo, de una corriente de pensamiento, como así existen otras, arrogando para la institución que preside las facultades anteriormente señaladas, es decir, ante la pregunta de quién o qué institución debe tener la última palabra, y al final la autoridad, en cuestiones contenciosas constitucionales ha de ser el Tribunal Supremo, como tribunal de la nación, es su función natural. Discutible como es esta afirmación, y a pesar que pasaron casi cincuenta años para que se volviera a ver una sentencia de invalidación constitucional, lo cierto es que dio paso a una doctrina que se desarrolló y se desarrolla de manera prudente, generando un debate constitucional-democrático tremendamente interesante.

Pero no ha de creerse que la doctrina del Judicial Review ha sido la única creación jurisprudencial del Tribunal Supremo de Estados Unidos, cabe también destacar las doctrinas de los poderes implícitos y la doctrina del debido proceso judicial (*Due Process of Law*). En especial esta última cobra relevancia a partir de fines del siglo XIX, ya que "se produce un viraje en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, conexas a la Enmienda XIV y transformaciones económicas, viraje en que la

⁸⁶ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Op. Cit.* (n.64), p. 29-30

cláusula de “debido procedimiento legal” es la base de una nueva doctrina de la racionalidad, que concierne a una amplia gama de actos estatales”⁸⁷. Hecho que viene a ser confirmado por lo señalado por el profesor y ex-presidente del Tribunal Constitucional de Perú, César Landa al señalar que “En los Estados Unidos desde finales del siglo XIX, los casos judiciales límite, por sus dificultades de resolución a base de una simple aplicación o interpretación tradicional de la Constitución, han dado lugar a la incorporación de nuevas reglas o test judiciales, que eran propios del Derecho Penal o del Derecho de Responsabilidad Civil, a fin de otorgar razonabilidad a las decisiones judiciales constitucionales límite”⁸⁸. Esta razonabilidad viene para los tribunales dada, y por tanto es constitucional la actuación es cuestión, por el uso racional de los poderes que han sido expresados en la ley, “ya no se trata de una atribución legislativa (el control) ejercida en el marco de la función y procedimiento por órganos competentes, sino de que si los “poderes” expresados en la ley han sido racionalmente usados.”⁸⁹ Sin embargo, el fundamento sigue siendo el mismo, es decir, la supremacía de la Constitución como ley fundamental, la necesidad de un control del poder del gobierno, ciertos derechos que deben ser presentados y defendido ante el poder como límite de la actuación del Estado. La reciente historia del siglo XX no hizo más que acrecentar la necesidad de un defensor de las minorías, evitando así la tiranía de las mayorías, por lo que muchos han volcado la mirada a la labor realizada por el

⁸⁷ *Ibíd.*, pág. 34

⁸⁸ LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Ed. Palestra Editores, Perú, 3ª edición, 2007. p. 499 y ss.

⁸⁹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Op. Cit.*(n.64) , pp. 34-35

Tribunal Supremo norteamericano como un defensor válido y eficaz para este propósito⁹⁰.

Por último, hay que agregar que entendiendo el *Judicial Review* como una creación jurisprudencial, en el mismo Tribunal Supremo se trató también ciertas limitaciones al mismo, especialmente la doctrina de las *political questions*, donde se excluyen ciertas materias de la revisión judicial, por considerar que éstas son de carácter netamente político, donde la discusión de las materias tratadas rebasan el discurso específico y técnico del derecho, no siendo justiciables⁹¹. Por otra parte, “la definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, porque la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas”⁹².

El primer esfuerzo por delimitar qué se debe entender por *political question*, tratando de tener en consideración todos los casos en que con anterioridad el Tribunal Supremo había aplicado esta doctrina, provino del Tribunal de Warren (1953-1969), a

⁹⁰ Al comienzo de este capítulo ya hemos tratado las críticas respecto a la labor de un Tribunal Constitucional para evitar el terror del Estado, nos remitimos a lo señalado en la página XX al respecto.

⁹¹ ALONSO GARCIA, Enrique. *El Tribunal de Burger y la doctrina de Political Questions en los Tribunales de Estados Unidos*. Pág. 288-293 : “Si se trata de una *political question*, el TS rechaza la demanda por falta de jurisdicción, sin entrar en el fondo de la cuestión. Pero la doctrina es considerada como una manifestación fundamental de la naturaleza misma de la jurisdicción constitucional (...)Las *political questions* suponen el reconocimiento precisamente de cláusulas no enjuiciables, de ahí la conexión íntima del tema con el de la naturaleza de la justicia constitucional”

⁹² LANDA ARROYO, César. *Op. Cit* (n.88), p.507.

propósito del caso *Baker vs. Carr* (1962), cuando Charles Baker, demandó por la restructuración de los distritos legislativos de Tennessee que de acuerdo a su Constitución Federal debían ser revisados cada diez años según en atención al censo federal, restructuración que no ocurría desde 1901. Se planteó que la división territorial electoral caer dentro de la doctrina de *political questions*, pero el Tribunal de Warren falló de otro modo, determinando la judicialización de la materia y sentenciando respecto a la aplicación de las *political questions* que “en todos los casos en que se había formulado la doctrina se trataba: a) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; b) de una carencia de standars judiciales, apropiados para su enjuiciamiento; c) de una imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial; d) de una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; e) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada; o, finalmente, f) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales.”⁹³ Este fallo se entendió como una extensión dentro de la órbita de aplicación de la doctrina en comento, corriente que ha sido matizada con los tribunales posteriores, especialmente el Tribunal de Burger (1969-1986)⁹⁴.

III.5.3. Medios jurídicos del Tribunal Supremo contra el Ejecutivo y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

⁹³ ALONSO GARCÍA, Enrique. *Op. Cit.* (n.91), Pág. 287

⁹⁴ *Ibíd.*

Lo primero que hay que señalar es que el Tribunal Supremo se rige por el principio de pasividad, es decir, por regla general el control constitucional se manifiesta en el marco de un proceso judicial ya iniciado, de manera accesoria a la cuestión principal, como incidente dentro de un procedimiento, requiere del especial pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo cuando en un caso concreto, se lesionen derechos o garantías establecidas en la constitución, que alcanzando cierto grado de relevancia, una controversia real y seria, sea puesta a conocimiento del tribunal.

Bajo el ya mencionado principio de pasividad, los medios jurídicos con que cuenta el Tribunal Supremo de Estados Unidos son los siguientes:

1. *Writ of injunction*: Si un funcionario actúa, es decir, ejerce su autoridad en atención a una norma declarada inconstitucional o actuando sin precepto legal alguno que funde su ejercicio, el tribunal puede impedir la actuación, de manera temporal o definitiva, de los funcionarios, si además en su actuar lleva consigo la lesión de derechos de manera irreparable.
2. *Writ quo warranto*: Facultad eminentemente fiscalizadora que permite al tribunal indagar el derecho legal o título que un funcionario dice poseer.
3. *Writ of mandamus*: Si con la omisión de un deber sancionado en una ley un funcionario causa la lesión de un derecho, el tribunal está facultado para mandar al funcionario a cumplir con su obligación. El Tribunal Supremo dio algunas directrices respecto al *Writ of Mandamus* en el proceso de *Kerr vs United States District Court* (1976), donde oficiales de prisiones demandaron en orden de evitar que las Cortes de Distrito los obligarán a entregar ciertos documentos a siete presos que querían

demandar a la prisión por violaciones a derechos fundamentales, afectando la confidencialidad y la comunicación entre las prisiones. Lo particular del fallo ha sido que se dejó de manifiesto es carácter de extraordinario del recurso, debido a su efecto perturbador del proceso, desordenándolo y retrasando el mismo.

En cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad hecha por el Tribunal Supremo estadounidense se debe tener en consideración dos situaciones. Primero, que sus efectos son relativos, es decir, que los alcances que tiene la sentencia sólo se aplican al caso concreto y, en principio, a las partes que han litigado en éste, y por tanto no genera una declaración de inconstitucionalidad, sino que el tribunal la ignora o desaplica como ley cuando su aplicación produce resultados inconstitucionales. Por otra parte, el Tribunal Supremo está ligado a su jurisprudencia por el principio de *stare decisis*, donde una vez que un tribunal ha fallado un caso presentado para su solución, éste y todos los tribunales inferiores en jurisdicción deben dar la misma solución ante el mismo caso. De esta definición resalta inmediatamente su importancia, si el Tribunal Supremo ha declarado para un caso determinado la inconstitucionalidad de la ley en su aplicación, tanto el mismo tribunal como los demás tribunales inferiores jerárquicamente deberán entenderla del mismo modo en un caso similar, formando el precedente. “En consecuencia, el precepto de ley no aplicado siempre ha carecido de validez, es decir, es nulo desde su promulgación (doctrina de la nulidad ab initio); doctrina que se resume en que «un acto anticonstitucional no es ley. (...) Desde el punto de vista jurídico es tan ineficaz como si nunca hubiera sido promulgado»”. La doctrina de la nulidad *ad initio* tiene importantes excepciones, y más importante aun el principio del *stare decisis* no es absoluto, se puede entender como

un peso argumentativo encaminado en una determinada dirección, es decir, que basta al tribunal argumentar que con anterioridad se ha fallado de una determinada manera, y por tanto él a fallar de la misma forma. Sin embargo, esto no excluye la opción de fallar de manera distinta a como el tribunal haya tratado una determinada materia, volcando el precedente, donde la necesidad de argumentación se hace más acuciosa, ya que al no contar con el respaldo del precedente, será necesario tanto fundamentar una posición diversa, como también hacerse cargo del argumento mayoritario. Respecto a la primera consideración, el efecto relativo de la declaración de inconstitucionalidad, hay quienes señalan que al abarcar las atribuciones del Tribunal Supremo estadounidense no sólo al precepto normativo específico, sino además la interpretación y aplicación a un determinado caso, sería posible, por tanto, para el tribunal declarar inconstitucional sólo una determinada interpretación de una norma, quedando la validez de la ésta incólume, En este caso, la declaración de inconstitucionalidad, excepcionalmente, tendría efectos erga omnes, en la aplicación de casos iguales donde no existan elementos distintivos esenciales, debido al principio del stare decisis que rige en el derecho norteamericano y, por esto, sería vinculante la ratio decidendi del fallo del tribunal, en cuanto a la interpretación o aplicación de la cuestionada norma.⁹⁵

⁹⁵ Ver *infra* Capítulo 5

III.6. Modelo Europeo

III.6.1. Cuestiones preliminares: Judicial Review y los sistemas jurídicos europeos.

Como ya hemos señalado, para un estudio organizado de la jurisdicción constitucional comúnmente se han distinguido dos modelos. Por un lado está el americano o *judicial review* que acabamos de analizar, propio de Estados Unidos, y algunos pocos países que aceptaron la revisión judicial de la constitucionalidad de la forma norteamericana de manera matizada. Por otro lado está el modelo europeo, llamado así por encontrar en sus precursores al célebre jurista austríaco Hans Kelsen y por tener una mayor acogida a nivel continental que el *judicial review*, que si bien también se presenta en los tribunales de diversos países con importante diferencias, tiene una lógica detrás que nos permite entenderlo como un “modelo”.

Antes de abordar las características del modelo europeo, es interesante señalar cuáles han sido los motivos que no permitieron que el modelo norteamericano de jurisdicción constitucional se propagara por Europa, a pesar de entenderse desde fines del siglo XVIII en adelante a Estados Unidos como una democracia ejemplar⁹⁶.

Primero, como señalamos al explicar el modelo americano, desde que se redactó la Constitución Federal norteamericana de 1787, los *Framers* de dicho texto constitucional siempre tuvieron en mente, a pesar de no señalar explícitamente en el

⁹⁶ FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Ed. Ariel, Barcelona, 1994. p. 18 y ss.

texto, que la protección de la Constitución era una tarea de los magistrados, la revolución estadounidense consagrada en la dicha carta no hace sino eco de la voluntad del pueblo por tener una forma de gobierno democrática con un gobierno y poder limitados, donde se ve fuertemente arraigada la idea de la supremacía de la Constitución. No así sucedió con las revoluciones en Europa, siendo la más significativa la francesa de 1789 (la cuál tenía a la vista la revolución norteamericana), en la cuál primo la doctrina de la soberanía de la ley y la separación de poderes, donde los jueces fueron relegados a un papel específico y técnico. Por otro lado está la revolución inglesa, momento en que se consolida la soberanía del Parlamento, dejando ningún espacio a los jueces para que revisaran de manera alguna sus acciones.

En segundo término, y como consecuencia de lo anterior es la debilitada posición que tiene el juez ordinario, que carecen de la solidez institucional así como del conocimiento técnico para el control de constitucionalidad. Jueces que por lo demás han sido forjados en la lógica de la supremacía de la ley, motivo por el cuál se les suele señalar a los jueces europeos como tímidos y débiles.

En tercer lugar, la existencia del principio del *stare decisis* en el *common law* norteamericano, que crea el precedente es por lo menos un elemento básico para la implantación del *judicial review* y de los fines que éste se propone. Estos principios, no rigen a nivel continental europeo, haciendo la implantación de la doctrina jurisprudencial norteamericana un problema que llega a niveles profundo del sistema jurídico continental.

Por último, podemos señalar que existe una diferencia notable entre la Constitución estadounidense, que se caracteriza por su rigidez y las de los países europeos, sobre todo a principios del siglo XX, lo que conlleva a una diferencia importante entre lo que la declaración de inconstitucionalidad en uno u otro sistema pueda provocar.

III.6.2 Características del modelo europeo

Como ya señalamos, el modelo europeo tiene una gran deuda con Hans Kelsen, quien a lo largo de su carrera, con polémicas de por medio, intentó institucionalizar una garantía jurisdiccional de la Constitución. Kelsen concibió a los sistemas jurídicos como sistemas jerárquicos de normas, donde en lo más alto de la pirámide se encuentra la norma constitucional. Señala el autor que “el orden jurídico nos es un sistema de normas jurídicas situadas en un mismo rango, sino un edificio de varios pisos superpuestos, una pirámide o jerarquía constituida por un cierto número de pisos o capas de normas jurídicas”⁹⁷. Las normas jurídicas tienen validez una vez analizadas en contexto, es decir, una norma jurídica aislada de este sistema jerárquico no es válida *per se*, es necesaria la inserción de la misma en el sistema jurídico, y bajo una lógica de imputación y correspondencia, entender su validez en su correlación con la norma superior, “Así la naturaleza jurídica de una regla resulta de su inserción en un conjunto jerarquizado, de la interconexión entre las diferentes capas de normas”⁹⁸. De esta forma, podemos sostener que existe una suerte de transmisión de la validez de

⁹⁷ KELSEN, Hans. *Op. Cit.* (n.1), pp. 111 y ss.

⁹⁸ ROSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional europea*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. p. 12

una norma superior a la inferior, existiendo una reproducción del derecho respectivo al grado superior, es decir, es el mismo derecho el que da validez al derecho.

De esta manera, el modelo kelseniano, propone un sistema de normas jurídicas donde el control de constitucionalidad se encuentra fundado y legitimado jurídicamente, adoptando así un rol mayor, al ser el texto constitucional la garantía última de validez, su control se volvió un pilar central del sistema jurídico, y el rol de la justicia constitucional será de garante de esa validez y regularidad necesarias para el funcionamiento.

En este modelo, el control de la constitucionalidad queda entregado a una instancia única y especializada, en lo que sea ha denominado lo contencioso constitucional, circunscribiendo su labor principalmente a analizar la constitucionalidad de una ley. Las características de este sistema se pueden sistematizar de la siguiente manera:

Primero, al existir sólo un ente encargado del control de constitucionalidad, y tomando en consideración su función de intérprete de la constitución, es decir, quien tiene la última palabra, con autoridad, en la determinación de un precepto del texto constitucional, evita que se produzcan interpretaciones divergentes o contrarias del mismo, al contrario de lo que podría pasar en el caso de que más de un órgano se arrogara esta función, proporcionando una mayor seguridad jurídica.

En segundo lugar, también se cuenta como un valor de este modelo el hecho de aunar la jurisprudencia, y tener en claro, de manera inmediata y precisa, la llamada verdad constitucional⁹⁹.

Tercero, una decisión tomada bajo este sistema lleva a determinar de manera certera y efectiva una situación presentada para su conocimiento, debido a los preceptos bajo los que funciona el sistema, la falta de adecuación y correspondencia de una norma con la Constitución es un valor en si, que conlleva a su desplazamiento fuera del sistema jurídico.

Por último, y como consecuencia de lo anterior, la ley no produjo ni producirá efecto alguno, es decir, se entenderá que ésta jamás ha existido dentro del marco jurídico correspondiente.

Con la precisión de sus características, es preciso además señalar, de manera abstracta las consecuencias que produce la elección del sistema kelseniano como forma de control de la constitucionalidad. En cuanto a la forma que tienen las partes (variando según los diferentes estados en que se ha aplicado este sistema quién tiene la legitimidad activa) para accionar contra una ley que consideran inconstitucional, y al existir organismo especializado en estudiar la ley en cuanto a su imputación con la ley superior, ésta se puede realizar por vía de acción. Como corolario de lo anterior, el juez no estará frente a un caso particular, vale decir, no está estudiando las consecuencias

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 13

de la aplicación de una determinada ley a un caso concreto en particular, por tanto su control es abstracto.

Del control abstracto de constitucionalidad de una ley, se hace necesario que los efectos de la misma deban ser *erga omnes*, una autoridad absoluta para todos los casos en que la ley pueda ser aplicada, de ahí el valor de la declaración de inconstitucionalidad, que conduce al retiro de la norma en cuestión del sistema jurídico, consecuencia insoslayable de la ausencia de un caso particular, con partes determinadas, para circunscribir los efectos de la dicha declaración a éstos.

III.6.3. Desarrollo del modelo europeo en el siglo XX

Como hemos señalado, el modelo europeo de control de constitucionalidad fue implantando paulatinamente en las naciones europeas, primero en Europa occidental, para posteriormente abarcar gran parte del continente, debiendo parte de su expansión a la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en 1991. Son diversos los factores que contribuyeron a su desarrollo y expansión desde comienzos del siglo pasado. Debemos tener en consideración el desarrollo doctrinario que culminó con los postulados kelsenianos y aplicados por primera vez en la Constitución austríaca, con un alcance limitado y poco desarrollo práctico. El ambiente político tampoco era el más favorable para su desarrollo luego de la Primera Guerra Mundial, tanto las constituciones estaban débilmente cimentadas institucionalmente, por lo que la piedra angular de la jurisdicción constitucional, la supremacía de la Constitución, no podía ser entendida con los alcances que tiene hoy.

Para un estudio ordenado de lo que hemos planteado, doctrinariamente suele dividirse en cuatro etapas: a. Post Primera Guerra Mundial o el período entre guerras; b. Post Segunda Guerra Mundial; c. Los años ´70; d. La década de los ´90 en adelante. Brevemente a continuación procuraremos exponer el desarrollo de este modelo, de manera que entendiendo su desarrollo tengamos una mejor comprensión de sus alcances.

A. La situación de la jurisdicción constitucional post la Primera Guerra Mundial

El contexto político de Europa luego de la Primera Guerra mundial se puede describir como de gran incertidumbre y cambio, países diseminados por la guerra, en proceso de reconstrucción, con democracias emergentes y dictaduras políticas, creando asambleas constituyentes para estados libres. Se puede señalar que “las nuevas constituciones formalmente marcan la victoria y el afianzamiento de la democracia, una victoria ideológica del principio democrático, pero frágil dada la amenaza de contrarrevolución de izquierda y derecha”¹⁰⁰. Estas amenazas se ven manifestadas en mayor o menor medida por quiebres constitucionales o variaciones en la misma, el texto constitucional en ningún caso se puede ver como algo definitivo o pétreo, como pretendió desde el primer momento el constituyente en Filadelfia con la Constitución de 1787, donde se pensó en un poder limitado. En las democracias entre guerras, existió una fuerte corriente de hacer más fuerte los poderes del parlamento o

¹⁰⁰ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *Op. Cit.*(n.64), p.. 51

el ejecutivo, como es el caso de la experiencia fascista y nacionalsocialista, dependiendo del Estado en particular. Quienes arguyen estas extensiones de poder manifiestan que los textos constitucionales, que en abstracto parecen buenas ideas, no tienen correspondencia con la realidad política en particular, lo que conduciría a su inevitable fracaso.

Sin embargo, la idea de la supremacía de la Constitución si bien aun no se ha podido perfeccionar en la práctica, se encuentra plenamente vigente en la realidad política de las naciones europeas, y nuevas tendencias constitucionales emergen, principalmente de carácter social, tendiendo al denominado constitucionalismo social como son el principio de la soberanía popular, el sufragio universal, libertades individuales y derechos sociales, además de la imperiosa necesidad de un control de la constitucionalidad. El modelo kelseniano que se impone viene a ser la solución de continuidad de lo realizado en Austria y Alemania en el siglo XIX con de derecho de control judicial.

Por un lado en este contexto, y como hemos resaltado con anterioridad, existieron casos en que ciertas naciones adoptaron, en grados diversos y con matices importantes, el modelo norteamericano de control de constitucionalidad, como fueron los casos de las Constituciones de Rumania, Irlanda y Grecia.

El modelo europeo de control de constitucionalidad encuentra su caso paradigmático en esta época en la Constitución de Austria, la cual bajo la contribución doctrinaria de Hans Kelsen, del 1º octubre de 1920 crea un Alto Tribunal

Constitucional, que durante su existencia hasta su desarticulación en 1933, sufrió diversas reformas, que exceden a este trabajo analizar, pero que sin embargo no impidieron su normal funcionamiento durante dicha época, donde el texto constitucional austriaco de 1920 limita la tarea de este tribunal de una manera imprecisa al control de la inconstitucionalidad de las leyes, donde la doctrina austriaca diferencia las leyes entre inconstitucionales y pseudoleyes, clara influencia kelseniana, siendo sólo las primeras inconstitucionales de forma o fondo, y las segundas se entienden inexistentes. En su artículo 140, la carta fundamental de Austria prevé un control abstracto y represivo, ampliado en 1925 por una reforma constitucional a ser también un control preventivo formulado con carácter de consulta. La misma Constitución permite al Tribunal Constitucional austriaco fijar un plazo para la derogación de la sentencia, que en principio son seis meses pero posteriormente se amplía a un año, donde las sentencias estimatorias del tribunal tienen el efecto de anulación de la ley en cuestión, que produce efectos de desde la publicación oficial de la sentencia, es decir, se presenta como un legislador negativo.

Otros modelos destacables en diversos países europeos, además de Austria, son los casos de Checoslovaquia (1918), España (1931) y Alemania (1937), que en su nacimiento, composición, desarrollo y funcionamiento son muestra de las disputas doctrinales y políticas que hemos esta señalando. Lamentablemente, el ambiente político de esta época no era es más propicio para el profundo desarrollo de estas instituciones, sumados al ascenso del fascismo en el continente truncaron el desarrollo y funcionamiento normal, tanto de las constituciones como de sus órganos de control, donde dichos textos constitucionales dejaron de aplicarse.

B. La jurisdicción constitucional post Segunda Guerra Mundial.

Como hemos señalado en la introducción a este capítulo, luego de la Segunda Guerra Mundial, gran parte de la doctrina constitucional que veía al Parlamento como un defensor de la Constitución o enmarcaba la idea de un Estado democrático a lo que decidiera o apoyara la mayoría se derrumbaron. La experiencia del fascismo y el nacionalsocialismo demostró que la ley no era infalible, que ésta podía ser un instrumento de coacción contra la libertad personal a niveles alarmantes, que la supremacía constitucional no era tal, y las consecuencias que puede conllevar un poder ejecutivo sin contrapesos.

Todos estos factores, y muchos más, fueron tomados en consideración por los legisladores y constituyentes europeos a la hora de reconstruir las democracias dañadas con la guerra, buscando instituciones que fuesen capaz de ser un contra peso real y práctico para que nunca se repitieran estas experiencias. Los Estados vieron a la ley como el único instrumento capaz de proteger las libertades y derechos de las minorías, que otrora fueron suspendidas, flexibilizadas y hasta ignoradas por la tiranía de la mayoría, y para evitar que el propio legislador tampoco procurara producir un daño a los derechos fundamentales de los individuos, así como para mantener, en un Estado de partidos, la diversidad política en la discusión.

El modelo kelseniano vuelve a ser la inspiración para estos Estados y democracias en reconstrucción, en especial en Austria, y con ciertos matices podemos apreciar lo mismo en Italia y Alemania. El sistema concentrado kelseniano se impuso

sobre el modelo americano, las razones de este hecho las hemos ya señalado, sólo nos cabe destacar que parte de su apoyo provino del hecho de que Kelsen fue capaz de representar a su modelo como compatible con el principio general de separación de poderes del Estado, donde la Constitución requiere que su supremacía tenga consecuencias prácticas, es decir, que ésta cualidad se vea reflejada en la realidad con la anulación de los actos normativos inconstitucionales; donde el control jurisdiccional prevalece sobre el político, siendo concentrado en un único organismo o institución dedicado, en principio a esta tarea.

La pregunta que surge, luego de dicho lo anterior, se puede plantear así: En mayor o menor medida ¿Cuál es el rol que se espera que cumpla la jurisdicción constitucional dentro de la reconstrucción de las democracias? Con la adopción del modelo europeo, finalmente lo que se busca es lo siguiente:

Con el desarrollo de la historia política desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, el derecho constitucional pasó a ocupar un lugar preponderante en el sistema jurídico de las naciones en reconstrucción, principalmente por su estrecha relación con los demás poderes del Estado. La supremacía constitucional debía ser respetada, de manera que el derecho constitucional que se ampara en ella debe dejar de ser meras pautas de comportamientos para obtener una efectividad práctica. Está fue una de las principales tareas de los tribunales constitucionales, dar un alcance real, con consecuencias en la realidad a los principios que componen el texto constitucional, en gran medida apoyados en la declaración de inconstitucionalidad de los actos

normativos que no se subsumieran al texto, y en segundo lugar a la interpretación que se hace del texto constitucional mismo.

Como texto supremo, la Constitución ata a su texto el actuar tanto de los organismo del Estado como al poder legislativo, por lo que para obtener una garantía constitucional efectiva, estos poderes deben vincular su actuar a la Constitución y a la interpretación de la misma que ha quedado encargada a un organismo especializado, como es el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional no se entiende simplemente como un coordinador de los actos de los órganos del Estado y el poder legislativo, sino que se entiende que ésta es sólo una de sus facetas. Además, el Tribunal está encargado de velar por los derechos fundamentales y libertades individuales de los ciudadanos, tanto en el ámbito personal como público, teniendo especial atención a los derechos de las minorías, para que experiencias acaecidas a partir de la tiranía de la mayoría no se vuelvan a repetir.

Para cumplir con lo anterior, el Tribunal Constitucional debe además colaborar y vigilar el desarrollo de la Constitución, principalmente con las interpretaciones que hace de su texto, de manera que con esta acción permita la actualización constante del texto a la realidad nacional de cada Estado, considerando en cada caso sometido a su conocimiento, los hechos y circunstancias actuales que están presente en un determinado momento histórico.

En la disputa por el poder dentro de un Estado determinado, existe una pugna permanente entre los alcances que tienen las facultades tanto del poder ejecutivo como legislativo, como parte de la doctrina de la separación de poderes. Se hace necesario dar una solución jurídica a estas pugnas de competencia entre los poderes del Estado, manteniendo así el equilibrio de poderes y legitimando el accionar de éstos, ya que un órgano especializado señala sus competencias.

Hemos señalado que el sistema europeo comenzó con diversos matices, en Austria, República Federal Alemana, Japón y que sólo un número muy reducido de naciones adoptaron el modelo americano, con severas limitaciones, como Grecia y Noruega. Analizar todos los casos en que fue implantado el sistema europeo de control de constitucionalidad excede con creces los objetivos planteados por este trabajo, por lo que nos limitaremos a señalar qué se ha entendido como los rasgos comunes que comparten todas las naciones que han adoptado este modelo, y que de una manera u otra, son las características que lo identifican como una unidad.

i. Debido a la naturaleza de sus funciones, el Tribunal Constitucional debe tener garantizada una gran cuota de independencia respecto de los demás poderes del Estado. Decimos que una cuota y no una total independencia debido, a como veremos más adelante, a que existen ciertas áreas marginales, por ejemplo en la designación de sus miembros, donde los demás poderes tienen intervención dentro del Tribunal Constitucional. Esta independencia esta garantizada por un estatuto constitucional, que procura dar un marco normativo firme y estable al Tribunal Constitucional, haciendo su modificación más complicada, de manera que para lograrla se necesite cierto consenso

a nivel político (protección de las minorías políticas con representación en el Parlamento). Entre las atribuciones del tribunal, se cuenta una de sus más características, propia del control concentrado del modelo europeo de jurisdicción constitucional, como es el monopolio que se le da al Tribunal respecto de lo contencioso administrativo, que se define por su característica principal, el control de constitucionalidad de las leyes.

ii. El contexto político y jurídico europeo es particular, la mayoría de los Estados tienen regímenes políticos que tienden al parlamentarismo o al presidencialismo, de manera que existen pluralidad de jurisdicciones, donde el Tribunal Constitucional viene a controlar como un todo, en su correlación con el texto fundamental, de manera sus sentencias tengan, entre otras características, la cualidad de producir efectos *erga omnes*.

iii. Respecto a la composición del Tribunal Constitucional, bajo la influencia de Kelsen, juristas que no pertenecían al poder judicial, son nombrados para ocupar un cargo como magistrados dentro del mismo. Este hecho puede ser enfocado en diferentes perspectivas. Por un lado, matiza la independencia que necesita el tribunal para cumplir con su función de garante de la Constitución y limitar el poder del Estado, respecto a que existe la posibilidad que las personas elegidas tengan una sensibilidad política afín con las personas que administran el Estado. Por otra lado, este hecho, hace que la crítica respecto a la falta de representatividad del tribunal se deba también matizar, sus miembros no sólo pueden llegar a compartir cierta afinidad política con los gobernantes, son además, por estar fuera del poder judicial, un nexo con la realidad

social y política imperante, característica necesaria para renovar la mirada del Tribunal Constitucional en sus labores, especialmente al momento de interpretar un precepto constitucional.

iv. Por último, ante la detentación de poder que tiene el Tribunal Constitucional, la doctrina y los estados en sus textos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial han coincidido en atribuir al tribunal más atribuciones que las declarar la constitucionalidad de las leyes y de interpretar la Constitución, ya sea ampliando lo que se ha de entender por el texto constitucional y las leyes que se entregan a su conocimiento, por darle tareas jurisdiccionales como la resolución de conflictos de competencias entre poderes del Estado. Esta tendencia es comprensible en la medida que entendamos que el Tribunal Constitucional tiene la última palabra, con todo el peso de su autoridad, respecto a lo que se refiere a la corrección de una norma o una acción con el texto constitucional y como consecuencia inmediata de un pronunciamiento de dicho tribunal respecto de una norma o actuación, acarreará sea su total nulidad, entendiéndose que jamás existió o se realizó, o por el otro lado, legitima la ley o el acto en cuestión de manera que queda claro que estamos tratando de un precepto o acción plenamente conformes a la Constitución, un acto plenamente eficaz.

C. La jurisdicción constitucional en la década de 1970.

Es de vital importancia señalar esta década como parte de la consolidación del recibimiento del modelo kelseniano en Europa, donde el modelo se expandió de los

países que ganaron o mantuvieron sus democracias luego de la Segunda Guerra Mundial, principalmente en Europa Occidental, para luego en esta etapa expandirse.

La expansión se debió a que los progresos que los Tribunales Constitucionales fueron logrando luego de su instalación en la post Segunda Guerra, inspiraron a las naciones europeas que recuperaron la libertad de las dictaduras durante esta década, y consagraron sendos textos constitucionales inspirados en el modelo de Kelsen, como es Grecia con su Constitución de 1975, Portugal con la de 1976 y España con la de 1978. Los mecanismos de control de constitucionalidad para esta época han ido evolucionando, enraizándose dentro del orden jurídico y político de los Estados que entregaron a sus Tribunales Constitucionales el deber de garantizar la supremacía de la Constitución, como Austria, Suecia, Alemania Federal, Francia y en 1980 también Bélgica.

D. La jurisdicción constitucional de 1990 en adelante.

Para exponer este punto, diremos su análisis en dos segmentos. En un punto, explicaremos los alcances de las reformas realizadas por los países durante los últimos años y durante la caída de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). En el otro punto, analizaremos alguno de los desafíos que la jurisdicción constitucional, especialmente en cuanto se refiere al control de la constitucionalidad de las leyes, ha tenido que enfrentar y aun enfrente a partir de 1990.

Aun antes de la caída de la URSS en 1991, algunos Estados dentro del orden soviético comenzaron a alejarse, tenue y tímidamente el sistema de autocontrol del

Parlamento, el gran depositario de la voluntad popular, para entregar el análisis de la constitucionalidad de las leyes a una jurisdicción especializada en la materia. Decimos que son intentos tímidos, porque la declaración de inconstitucionalidad no tiene los alcances propios del modelo kelseniano, en este caso era el legislador quien tenía la última palabra al reevaluar una determinada ley. Casos emblemáticos son los de Yugoslavia en 1963, Checoslovaquia en 1968 y Polonia en 1982.

Pero la verdadera revolución a nivel de jurisdicción de constitucionalidad y control de constitucionalidad no vino hasta 1991, cuando las nuevas constituciones de los Estados emergentes de la URSS, constituciones que han sido revisadas o derechamente rediseñadas, encargaron el control de la constitucionalidad a un órgano especial, un Tribunal Constitucional de modelo kelseniano, concentrando en éste la tarea de garantizar la supremacía de la Constitución y la corrección de las normas inferiores a ésta.

Con la tendencia cada vez más pronunciada de, primero, entender que es necesario tener una jurisdicción constitucional, y segundo, entregar esta a un órgano independiente y especializado, se hizo del control de constitucionalidad un “elemento distintivo y característico de un régimen democrático”¹⁰¹. A pesar de que las tareas de estos tribunales se fue ampliando, jamás abandonaron su impronta de especialísimos en el control de la constitucionalidad de las leyes e intérpretes de la Constitución, de manera que las decisiones que éstos tomaran a respecto, seguirán siendo siempre la última palabra en la materia, situación que les confiere la mayor autoridad posible.

¹⁰¹ ROSSEAU, Dominique. *op. cit.* (N.98), p. 18

En este capítulo hemos analizado la jurisdicción constitucional, como un marco teórico en el que se desarrolla la declaración de inconstitucionalidad. A partir del dogma de la supremacía constitucional hemos construido un sistema que se mueve en las coordenadas de los sistemas jurídicos modernos, entendiendo porque la institución de la declaración de inconstitucionalidad es necesaria, en la medida en que a su vez es requerida una solución ante las normas que no se encuentran subsumidas dentro del marco normativo de la Constitución, lo que nos queda ahora es analizar si a partir del estudio de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, en especial con sus efectos temporales, la necesidad de una solución a la norma inconstitucional es solucionable con efectos drásticos de la declaración de inconstitucionalidad, como es por ejemplo el efecto retroactivo de la sentencia, o es necesario matizar esta primera apreciación, entendiendo que existen otros principios básicos a la estructura de un sistema normativo en peligro, como es la seguridad jurídica.

IV. Capítulo 4: Declaración de inconstitucional y modos de supresión normativa.

Como ya hemos visto, la palabra “invalidación”¹⁰² ha sido utilizada en, al menos, cinco sentidos. La primera, usada por Francisco Suárez, la define como un caso que es indistinguible de la abrogación. Hans Kelsen, por su parte, ha definido la invalidación, en primer lugar, como un efecto de un conflicto de normas, diferenciándolo, de esta manera, con el concepto de derogación propia, como la hemos denominado, que significa, para estos efectos los casos de supresión deliberada de normas. Por último, para Alchourrón y Bulygin la invalidación puede significar, i) tanto la falta de pertenencia al sistema, ii) la falta de aplicabilidad de la norma, o bien iii) la falta de obligatoriedad. Cada una de estas concepciones utiliza un método similar bajo premisas similares. Las premisas se refieren a que la invalidación se produce por algún fenómeno que no tiene como fundamento la supresión deliberada de normas, sino que, por el contrario, deben existir razones –v.g, un conflicto de normas en un orden jurídico específico– que justifiquen esa invalidación.

La invalidación constitucional, para estos efectos, es “un tipo específico de invalidez que toma como parámetro a las normas constitucionales”¹⁰³, siendo estas normas, un referente de adecuación, que, como ha señalado Hans Kelsen, se establecen bajo el parámetro de la regularidad en la creación¹⁰⁴. En este sentido, tal como la generalidad de los modos de supresión normativa, la noción de invalidación

¹⁰² Ver *supra*. Capítulos 1 y 2.

¹⁰³ EZQUIAGA, Francisco, Sobre “Inconstitucionalidad y derogación”. En *Doxa-Discusiones*, año 2001. p. 65

¹⁰⁴ SCHMILL, Ulises *Op. Cit.* (n.35) p. 81

nace a partir del principio de legalidad, como ha señalado el jurista Juan José Moreso¹⁰⁵. Así las cosas, la constatación de esta irregularidad dentro de un sistema jurídico y la consecuente decisión por el órgano facultado para su realización de subsanar el conflicto, presupone, de esta manera, la declaración que estudiamos, declaración que, como ya se ha señalado, puede establecer la inconstitucionalidad de una norma jurídica o desecharla.

IV.1 Fundamentos del acto invalidatorio.

¿Qué distingue, en sus fundamentos, al acto invalidatorio frente a los otros actos de supresión de normas? Para este respecto, y en todas las comparaciones siguientes, utilizaremos a la derogación como ejemplo clásico de supresión de normas. La derogación, para estos efectos, será comprendida como un modo deliberado de supresión de normas que se por una autoridad competente para su realización, o bien, como señala Diez-Picazo al inicio de su libro “La derogación de las leyes”, “La derogación constituye, como es notorio, el modo más frecuente –si bien no el único– de cesación de la vigencia de las leyes, radicando su esencia en un cambio de voluntad del legislador”¹⁰⁶.

El vocablo “deliberado”, por su parte, permite entender que la derogación funciona como una forma de supresión que no está justificada más que por la norma que le asigna esa competencia. En este sentido, derogación es un modo de supresión que, para su realización o puesta en práctica, no debe ser fundamentada en términos

¹⁰⁵ MORESO, Juan José. *Op. Cit.* (n.36)

¹⁰⁶ DIEZ PICAZO, Luis María. *op.cit.* (n.8) p. 33

sustantivos. Esto, en definitiva, implica comprender que la derogación es un acto, en la generalidad de los casos, que proviene de los órganos legislativos, y que si bien en el proceso de creación de un acto derogatorio supone la existencia de fundamentos que la hagan plausible, esto no es necesario: bien podría un órgano competente decidir derogar una determinada norma *porque sí*. Que tal decisión sea polémica o arbitraria, es irrelevante a los ojos del sistema jurídico.

Por último, es importante expresar una idea que ha sido soslayada durante todo este trabajo, pero que se desprende del estudio que hemos realizado sobre Hans Kelsen. Para estos efectos, nulidad de una norma significa lo mismo que anulabilidad de una norma.¹⁰⁷

De la obra de Hans Kelsen se desprenden diversas citas en las que se demuestra esta diferencia. Así, en la Teoría Pura señala que “dentro de un orden jurídico, no puede haber algo así como nulidad; que una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable. Mas esta anulabilidad prevista en el orden jurídico puede tener distintos grados.”¹⁰⁸ y también señala que “cuando el orden jurídico, por cualquier razón, anula una norma, tiene previamente que dejaría valer -como el análisis siguiente lo muestra- como una norma jurídica objetivamente válida, es decir, conforme a derecho.”¹⁰⁹. De las proposiciones de Kelsen, Josep Aguiló extrae ciertas conclusiones relevantes: i) “decir que una norma es anulable significa lo mismo que afirmar que es susceptible de ser

¹⁰⁷ AGUILÓ Josep. *op.cit.* (n.23) p. 35-40

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. *op.cit.* (n.1) p. 283

¹⁰⁹ *Ibíd.* p. 274

derogada por un procedimiento especial. La única diferencia entre anular una norma y derogarla radica en que la primera operación tiene lugar en virtud de un procedimiento especial. Ello quiere decir que la anulación es simplemente una especie del género derogación” y ii) “Kelsen no concluye ninguna diferencia sustancial entre derogación y nulidad”.¹¹⁰

Sin embargo, y al mismo tiempo, como señala Josep Aguiló “la derogación y la anulabilidad son instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes”. Para esto, el autor expresa que la función de la derogación es “permitir el cambio regular en el sistema jurídico”, mientras que la anulabilidad, “cumple la función de impedir los cambios irregulares del sistema”. A juicio de Aguiló, es imposible concebir como equivalentes a la derogación y a la declaración de nulidad, puesto que “sostener que una norma es nula significa formula un juicio normativo crítico que, básicamente, se traduce en la idea (...) de que la norma no es justificable. No es integrable dentro de la autoridad unitaria del derecho”. Junto a eso, el autor señala que la declaración de nulidad “tiene también connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la formulación de normas de la que la norma nula deriva, pues implica que sostener que dicha autoridad fue más allá de los límites de su poder normativo”¹¹¹. En el caso de la derogación, por su parte, “no se está diciendo que haya algo normativamente incorrecto en la norma” y, al mismo tiempo “tampoco tiene connotaciones críticas en

¹¹⁰ AGUILÓ, Josep. *op.cit.* (n.23) p.39. En esta parte, Aguiló señala otras conclusiones, pero no serán expuestas en este punto.

¹¹¹ *Ibid.* p. 104

relación con la autoridad normativa: quien lo formula reconoce que la autoridad usó una facultad por su poder normativo”.¹¹²

Las expresiones de Josep Aguiló son claras. La distinción entre la derogación y la invalidación responde, básicamente, a que de las funciones que ambas instituciones ejercen se implican ciertos fundamentos de carácter diverso. Por el lado de la derogación encontramos un mero problema de dinámica jurídica, es decir, un caso donde el eje central se encuentra en el poder de una autoridad de cambiar el sistema jurídico a través de la supresión. Así, la derogación, en sí misma, no tiene fundamentos. Por supuesto, es obvio que en términos políticos los actos derogatorios son fundamentados, pero ese no es el problema, y tampoco los sistemas jurídicos, como ya lo hemos señalado, requieren que los órganos fundamenten los actos derogatorios. Como señala Ricardo Guastini, la diferencia entre derogación y declaración de nulidad se basa en tres diferencias, en sus fundamentos, relevantes: a) la derogación es un acto legislativo, fruto de una decisión política; la declaración de inconstitucionalidad es un acto jurisdiccional, fruto de una “afirmación” del derecho; b) la declaración de inconstitucionalidad supone la invalidez de la norma en cuestión y se funda en ella; la derogación puede operar indiferentemente sobre normas válidas y sobre normas inválidas; c) la derogación constituye una aplicación del principio “*lex posterior*”; la declaración de inconstitucionalidad constituye aplicación del principio “*lex superior*”.¹¹³

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ GUASTINI, Ricardo, *Cinco observaciones sobre validez y derogación*. Doxa-Discusiones. 2001. p. 61.

En el caso de la invalidación, por su parte, el problema se encuentra en la constatación de un caso extremo de conflicto de normas, que se particulariza ya sea en los casos de incumplimiento de procedimientos para la creación de una norma (inconstitucionalidad formal), o bien por incumplimiento en el contenido que las normas creadas deben satisfacer (inconstitucionalidad material), es decir, que de acuerdo al principio de *lex superior*, existen ciertos parámetros que el órgano que tiene la facultad de crear una norma jurídica debe cumplir. Estos parámetros, en este caso, están establecidos en la Constitución o también, como sucede en nuestro país, en Leyes Orgánicas Constitucionales. Así, en las constituciones, se desprenden normas que detallan los procedimientos por los cuales dichos órganos pueden ejercer la facultad antes descrita. Al mismo tiempo, las constituciones, como ya lo hemos señalado, expresan ciertos derechos que dichas constituciones aseguran o garantizan, y uno de los modos en que se tan función se realiza es a través de un control de las normas jurídicas emitidas, en general, por el órgano legislativo. A este último modo le llamamos constitucionalidad material de las normas en un sistema jurídico. En tales casos, como señala Josep Aguiló, la declaración de inconstitucionalidad es una respuesta radical del sistema hacia la norma declarada inconstitucional que, además de expresar i) la imposibilidad de justificar en el sistema la norma creada, ii) contiene un reproche a la autoridad que ha realizado el acto. En este sentido, es pertinente considerar que, primordialmente, la función del control constitucional radica en conservar el sistema, o más, bien, adecuar y limitar el cambio normativo. Para eso, Josep Aguiló utiliza la noción de la integridad hacia una “autoridad unitaria del derecho”, que engloba la idea de la *regularidad* en la creación de normas. Si bien es cierto que esta propiedad conservadora del sistema parecer recordar las nociones de supletoriedad, es necesario hacer notar que es propio

de los sistemas jurídicos modernos la regulación consciente de los modos de creación¹¹⁴. Esa regulación es políticamente justificable en los sistemas democráticos, porque quienes son elegidos para representar a la ciudadanía, deben, al mismo tiempo, satisfacer los límites que la ciudadanía les ha impuesto en el ejercicio de sus cargos, de modo que el control de constitucionalidad no hace sino concretizar el principio de supremacía jerárquica. A saber, que la forma en que las autoridades ejercen sus potestades debe estar circunscrito a ciertas reglas que son dadas por la comunidad y que son comprendidas como superiores a las potestades que las autoridades bajo su imperio realizan.¹¹⁵

¹¹⁴ Tal como lo señalamos, siguiendo a HABERMAS, Jürgen, en *supra*. 2.1. o DETMOLD, J.M. en *supra* 3.

¹¹⁵ Nuestro Tribunal Constitucional también se ha referido a la diferencia entre la derogación y la invalidación constitucional. Esta referencia se vuelve aún más relevante, toda vez que, como expondremos infra, el nuevo texto constitucional utiliza el vocablo derogación en la disposición constitucional. Así, con fecha seis de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional chileno se pronunció respecto del proceso iniciado de oficio para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, cuya sentencia se publicó en el Diario Oficial el 9 de agosto de 2010. En dicha sentencia (rol 1710-2010, disponible en versión electrónica en <http://bit.ly/b0VcwS>) se señala que “la eventual antinomia entre derogación y nulidad, ocasionalmente válida en el derecho común sustantivo y procesal, presenta matices específicos en la jurisdicción constitucional. La doctrina chilena advirtió sobre esta materia recién aprobada la reforma constitucional de 2005 y antes de resolverse la primera declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura. Un destacado exponente de la doctrina lo expresó de este modo: “*la derogación y la anulación (inconstitucionalidad) no son conceptos homologables, ya que pertenecen a ámbitos distintos: el primero a la producción de normas (actos estatales) de un ordenamiento y el segundo al control de normas*”. Esta conclusión doctrinaria la obtiene el autor después de efectuar un análisis sobre el nuevo instituto de la inconstitucionalidad en el derecho chileno: “*A nuestro juicio la inconstitucionalidad es una sanción específica en el género de las nulidades en Derecho Público, que opera por infracción de la Constitución, y que en cuanto parte integrante de un sistema de garantías configura la jurisdicción constitucional*” (Francisco Zúñiga Urbina: Control de Constitucionalidad y Sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 34, año 2006, p. 107)” (Considerando cuadragésimoctavo) Para luego señalar que “además, debe tenerse presente que la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador. El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación política de la situación. Es una decisión de mérito político. De hecho, es posible hacer un paralelo entre la derogación

IV.2 Acto y disposición invalidatoria

La manera recurrente en que los ordenamientos jurídicos han establecido el control constitucional se ha asentado en el otorgamiento de esta facultad a tribunales, quienes, entre otras sentencias, dictan declaraciones de inconstitucionalidad. Estos tribunales, pueden ser, y siguiendo la nomenclatura de nuestra Constitución y Código Orgánico de Tribunales, “tribunales que establece la ley”, es decir, aquellos órganos que ejercen jurisdicción, o bien tribunales de carácter especial, como sucede en nuestro caso con el Tribunal Constitucional.¹¹⁶

Para estos efectos, es importante volver a la clasificación que habíamos realizado entre sistemas de control difuso, aquellos en el que el control de constitucionalidad recae en los tribunales ordinarios de justicia, tal como sucede en el sistema norteamericano, y aquellos sistemas de control concentrado, en los que la competencia es otorgada a un tribunal específico, tal como el caso chileno. Por otra parte, es importante señalar que, por regla general, la diferencia de esta clase de

por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un acto administrativo que efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito” (considerando centésimoseptuagésimo primero)

¹¹⁶ La diferencia entre ambas clases de tribunales ya fue explicada en el punto anterior, mantener la salvedad es necesaria: que un órgano sea denominado como Tribunal no significa que sea aquellos “tribunales que establece la ley” como señala nuestra Constitución, y menos, que ejerza jurisdicción, pero tampoco significa que no lo sea. De hecho, el artículo 5 de nuestro COT especifica qué tribunales son aquellos que “establece la ley” y, al mismo tiempo, parece difícil sostener que la sentencia que dicte nuestro Tribunal Constitucional cuando declara inconstitucional una determinada norma pertenezca a la “facultad de resolver los asuntos civiles y criminales” que la Constitución y nuestro COT señalan. No obstante lo anterior, el problema sobre el carácter jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales ya es un asunto –creemos– zanjado en el Derecho Constitucional. Para ello, véase RUBIO LLORENTE, Francisco. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8. N° 22 Enero-Abril 1988.

control va unida a las condiciones sobre los efectos *inter partes* o *erga omnes*, respectivamente, de la sentencia. A partir de esa determinación, es primordial establecer de qué clase de acto nos referimos cuando hablamos de “declaración de inconstitucionalidad”, porque, como sostendremos posteriormente, se pueden derivar consecuencias relevantes de esta precisión.

En primer lugar, es necesario distinguir, para estos efectos, entre acto y disposición. El último concepto puede ser concebido como la forma en que se expresa el sentido de un acto cualquiera, mientras que el acto, en sí, consiste en la conducta que un determinado órgano realizado. En este caso, la forma en que se expresa la declaración de inconstitucionalidad no se diferencia en nada a cualquier otra enunciación de un acto realizado por, por ejemplo, el Parlamento o una autoridad administrativa. En este contexto, la disposición en la que el acto se expresa debe entenderse como el signo bajo el cual se manifiesta y, en ese sentido, la disposición parece atender más a la forma en que todos los actos de habla se expresan.

Sin embargo, y más importante aún, parece necesario puntualizar lo que entendemos como el “sentido de un acto”. Bajo esta concepción, es importante diferenciar entre el acto como expresión de una pretensión, frente al contenido que encierra finalmente la disposición. Esta distinción puede ser asimilable a la diferencia existente entre significante y significado, pero en nuestro caso la cuestión va mucho más allá, porque la acción que se establece con el acto de invalidar es radicalmente distinto al acto del derogar, o al menos, es lo que deberíamos tomar como conclusión fundante de lo analizado anteriormente.

En este sentido, podemos sostener que una de las principales diferencias entre la derogación y la invalidación no consiste necesariamente en sus efectos, sino en el sentido del acto, de manera que la especificación de sus contenidos preformativos obliga a realizar la distinción. El acto derogatorio, en este contexto, puede definirse como aquel acto cuyo sentido locucionario consiste en la eliminación voluntaria de una norma jurídica a través de otra norma jurídica, y que es vista por la sociedad como una norma jurídica del mismo modo que la norma jurídica derogada, es decir, que ilocucionariamente tal como señala Hans Kelsen, pertenece al ámbito de las normas jurídicas y, sin embargo, no obligan a la realización de ninguna conducta¹¹⁷, y que, por último, produce el efecto perlocucionario -si el acto es exitoso- de eliminar la vigencia de esa norma.

Por su parte, el acto invalidatorio, posee un sentido supresivo que se enmarca en la imposibilidad de justificar en el ordenamiento la norma invalidada. De este modo, el acto invalidatorio posee un sentido analíticamente diferente al derogatorio. Sin embargo, el problema se encuentra no en el sentido del acto, sino en cómo cuenta dicho acto para una sociedad determinada, y qué efecto debería producir dicho acto para que éste sea exitoso.

¹¹⁷ Tal como lo señala KELSEN, Hans, en *Derogation. op.cit.* (n.29) p. 259 y en *Teoría General de las normas*, op.cit (n.22) “La función de una norma que sólo deroga, no es – como en el caso de las demás normas- decretar, autorizar y permitir determinada conducta. No dispone que en ciertas condiciones deba seguirse determinada conducta; sino que cancela la obligatoriedad establecida en la norma hasta entonces vigente.” Y en ese contexto, no pertenece a ninguna de aquellas normas de segundo grado que Hart clasifica, aunque, obviamente, se ve ligada directamente con las reglas de cambio, aunque, como parece claro, el acto derogatorio no puede ser incluido dentro de los casos de esta clase de de reglas de segundo orden.

Así las cosas, en el caso de la derogación, la disposición derogatoria se expresa a través de una norma de la misma forma que la norma que se deroga, mientras que en el acto invalidatorio el sentido de este acto se expresa en un acto de adjudicación.

Por lo tanto, la comprensión del la supresión normativa como un acto de sentido, y en particular, de la invalidación constitucional como un acto de adjudicación permite establecer ciertas consecuencias relevantes. En primer lugar, lo relevante en la invalidación no radica en la oportunidad política¹¹⁸ que supone la derogación, sino que en la constatación de un conflicto que se soluciona a través de una declaración, que si bien no está expresada de la misma manera que la disposición derogatoria, despliega efectos similares¹¹⁹. En segundo lugar, porque parece relevante asimismo distinguir qué cuenta para la sociedad cuando un tribunal declara una norma jurídica como inconstitucional, frente a lo que habría contado para la sociedad si es que hubiese sido el Parlamento quien hubiese derogado la misma norma jurídica. Por último, es necesario considerar qué consecuencias produce para un determinado sistema jurídico que un acto que tiene un sentido distinto a otro y que cuenta para la sociedad de manera distinta, produzca, como sucede en Chile, los mismos efectos. Ello no tiene por qué ser lógicamente inconsistente, pero al menos parece discutible, y esa es una de

¹¹⁸ DIEZ PICAZO, Luis María. *op.cit* (n.8) p. 260 -268

¹¹⁹ El problema sin embargo, sigue existiendo. Así, uno de las principales distinciones entre los trabajos de Orunesco, Rodríguez y Sucar y Ulises Schmill radica en la determinación del objeto del acto invalidatorio. Así también Schmill Ulises. *La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporales de validez de las normas jurídicas*, en Doxa- Cuadernos, Nº 19, 1996, págs. 229 -258

las razones por las que, como señalaremos, nos parece defectuosa la modificación realizada a nuestra Constitución el año 2005¹²⁰.

IV.3 Efectos temporales del acto invalidatorio

Hemos visto ya la naturaleza del acto invalidatorio o anulatorio y sus fundamentos institucionales. Sin embargo, hemos dejado hacia el final los efectos del acto invalidatorio. La razón de este orden radica en una consideración especial de la invalidación como modo de supresión normativa. Como ya lo hemos señalado, podemos diferenciar claramente a la invalidación de la derogación, así como de otras formas clásicas de supresión, sobre todo en sus fundamentos y por cómo cuentan, en términos generales, dichos actos en una determinada sociedad. A partir de eso, sostenemos que los efectos de la invalidación no pueden ser concebidos de la misma forma que en la derogación, y esto a pesar de que ciertos resultados sistémicos puedan ser similares.

En primer lugar, porque el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad es la incapacidad a que se ve enfrentado un orden jurídico, en un sistema que acude a un control externo a aquel agente que ha creado la norma jurídica, para mantener cierta unificación en sus normas. Tal unificación es lo que SOR han denominado como “depuración” del sistema jurídico, es decir, un sistema que intenta, a través de mecanismos de control, ya sea antes de la promulgación de una norma, o posterior a ella, la “preservación o de la consistencia e impidiendo que el acto de promulgación de

¹²⁰ También, como mostraremos en el acápite siguiente, esta distinción entre acto y disposición es vital para comprender sobre qué tienen efectos las declaraciones de inconstitucionalidad.

una norma produzca un nuevo sistema en la secuencia si esa norma es lógicamente incompatible con alguna de las preexistencia” o “reestableciendo la consistencia una vez que se ha admitido el ingreso de un sistema inconsistente en el orden jurídico”¹²¹

Para estos efectos, sin embargo, es útil recordar que la diferencia entre un control *ex ante* y *ex post*, no es meramente procedimental, sino que también se compone de elementos distintos y de motivos diversos. Así, el control *ex ante* parece funcionar más como un procedimiento de creación legislativa que como una forma de solucionar conflictos entre normas, porque, por supuesto, la norma jurídica aún no ha sido creada y, por tanto, mal podría solucionar un efectivo conflicto de normas.¹²² El control *ex post*, por su parte, funciona como una forma de supresión legislativa que se fundamenta en un conflicto que se pretende solucionar por el criterio de *lex superior* (en este caso, la Constitución). De este modo, como parece evidente, la única forma en que los efectos temporales sean relevantes para el sistema consiste en los casos de “sistemas jurídicos no depurados”, es decir, donde la pretensión de control se radica en las normas que se han afirmado como tales, es decir, en aquellos sistemas que controlan normas y no procedimientos de normas.¹²³ Para estos mismos efectos, Juan José Moreso ha intentado también identificar las distintas formas en que el control constitucional actúa, diferenciando entre *mundos jurídicos óptimos*, aquel “en donde todos los actos de creación de leyes *vigentes* son actos válidos (en el sentido de que

¹²¹ Orunescu, Rodríguez y Sucar, *op.cit.* (n.35) p. 36 -38

¹²² En este sentido, es importante relativizar tal afirmación. Como sostenemos, el control *ex ante* no permite que la “norma legal” se vuelva norma en el modo que el sistema desea, de forma que es imposible que esa norma afecte la consistencia en el sistema. Cuando el control constitucional es *ex post*, por su parte, existe la real posibilidad de que el sistema se vea afectado en su consistencia.

¹²³ Orunescu, Rodríguez y Sucar, *op.cit.* (n.35)p. 38 “Aquí el criterio de *lex superior* funcionaría *ex post*, operando para reestablecer la consistencia una vez que el conflicto se ha producido”

existe una norma válida que los autoriza), y todos los actos de derogación de leyes vigentes son actos válidos (o autorizados)”¹²⁴, o bien, aquel mundo donde “el poder legislativo sólo dicta leyes de acuerdo a la Constitución; el Poder ejecutivo sólo dicta reglamentos autorizados por las leyes (prescindamos aquí de los llamados reglamentos independientes), y el Poder judicial (o la Administración) sólo dicta sentencias (o resoluciones administrativas) de acuerdo y conforme a las normas válidas. En los mundos jurídicos óptimos no hacen falta mecanismos como el control de constitucionalidad o la apelación de sentencias”¹²⁵, y *mundo jurídicos defectuosos* donde aquello no sucede y, por lo tanto, “instituciones como el control de constitucionalidad pueden entenderse precisamente como intentos de convertir un mundo jurídico no óptimo en uno óptimo”¹²⁶.

La aclaración es importante, puesto que sólo trataremos acá los casos en que exista un control *ex post* de constitucionalidad. En ese caso, debemos volver a lo que atendíamos en relación con las diferencias entre derogación y anulación. A nuestro parecer, si la invalidación funciona como un mecanismo distinto a la derogación (por las consideraciones que ya hemos tratado) es importante ahora expresar cuáles pueden ser los efectos temporales que la invalidación puede acarrear.

No obstante lo anterior, debemos precisar algunos conceptos que nos serán útiles para determinar los posibles efectos que pudiese ocasionar la invalidación. A este respecto, el jurista Ake Frândberg sostiene una clasificación que puede derivarse

¹²⁴ MORESO, *op.cit.* (n.36) p. 105. Cabe considerar que, en este contexto, Moreso hace equivalente actos de derogación y actos de invalidación.

¹²⁵ *Ibíd.*, p.105

¹²⁶ *Ibíd.* p. 105

del siguiente modo¹²⁷: las normas pueden ser obligatorias (in force) de dos formas. La primera consiste en una obligatoriedad “durante el espacio de tiempo cuando los casos caen bajo los prerequisites de una norma”¹²⁸ (C-force). La segunda, denominada “D-force” por su parte, radica en una obligatoriedad “durante el espacio de tiempo en el que las consecuencias de la norma r están legalmente unidas a casos ocurridos bajo la norma r de acuerdo al derecho transitorio, es decir, casos que ocurrieron cuando r tenía C-force”¹²⁹ A partir de estas definiciones, unidas a las concepciones de Joseph Raz y Alchourrón y Bulygin sobre pertenencia y aplicabilidad de una norma, Ake Frândberg establece tres tipos de obligatoriedad: retroactividad, simulactividad e infractividad.

La primera, como sabemos, consiste en la aplicabilidad de una norma a casos ocurridos antes de que una norma tenga *C-force* y *D-force*. La simulactividad, por su parte, implica la obligatoriedad “durante el espacio de tiempo cuando la norma tiene *C-force* y *D-force*. Infractividad, por ultimo, implica la obligatoriedad “durante el espacio de tiempo cuando la norma tiene D-force pero no C-force”.¹³⁰

A partir de esas consideraciones, podemos sostener, junto con Ake Frândberg que, en primer lugar, la solución de los efectos temporales “son dependientes de cuestiones de una naturaleza política y ideológica”¹³¹, pero al mismo tiempo, eso no obstruye a nuestra posibilidad de establecer y determinar cuáles son las soluciones

¹²⁷ FRANDBERG, Ake, *Retroactivity, Simulactivity, Infraactivity* en *Time, Law and Society*, Stuttgart. 1995

¹²⁸ *Ibid.* p. 60 (las traducciones son nuestras)

¹²⁹ *Ibid.* p. 60

¹³⁰ *Ibid.* P. 61

¹³¹ *Ibid.* p. 65

posibles *de acuerdo* a los fundamentos que hemos sostenido. A este respecto, realizaremos una clasificación de los casos posibles que son relevantes en relación con los efectos temporales de la invalidación o anulación.

A nuestro juicio, y siguiendo la forma de notación musical utilizada por Ake Frändberg, es importante tener en cuenta cuatro factores en relación con la institución del control constitucional. Estos factores son:

- (i) **Norma constitucional** (*lex superior*).
- (ii) **Norma legal**.
- (iii) **Casos relacionados**.
- (iv) **Declaración de inconstitucionalidad**.

La distinción es importante, puesto que, como ya hemos señalado, una de las características principales del control constitucional no es la constatación de la inconsistencia entre la ley superior y la inferior, sino el acto que la declara, que se establece en el punto (iv). En este sentido, la determinación de los efectos temporales sólo puede suceder en relación con el punto (iv) y no con la promulgación del punto (ii) y tampoco, como veremos, del punto (i). El punto (iii), a nuestro juicio, debe ser también entendido en relación con el trabajo de Ake Frändberg, que distingue entre *facta praeterita*, *facta pendentia* y *facta futura*¹³². Esta clasificación, a su vez, es utilizable para comprender los casos (los litigios) que se desprenden de estos hechos¹³³. Con todo, la importancia de la descripción de los hechos (y sobre todo, de

¹³² Ibid. p. 62

¹³³ Ibid. p. 62

los juicios) se localiza en los efectos que puede tener la aplicabilidad de la norma sobre los mismos juicios, ya sea en los anteriores, los pendientes o los futuros. Así las cosas, es importante expresar cuáles serán los casos que estableceremos como relevantes.

Casos posibles

1a.

Nc __<_____

NI _____<_____>__

Cr _____|_____

Di _____|_____

1b.

Nc ____<_____

NI _____<_____>__

Cr _____|_____

Di _____|_____

1c.

Nc ____<_____

NI _____<_____>__

Cr _____|_____

Di _____|_____

2a.

Nc _____><_____

NI __<_____>__

Cr _____|_____

Di _____|_____

2b.

Nc _____><_____

NI __<_____>__

Cr _____|_____

Di _____|_____

2c.

Nc _____><_____

NI __<_____>__

Cr _____|_____

Di _____|_____

2d.

Nc _____><_____

Nl _____<_____>_____

Cr _l_____

Di _____l_____

Es necesario, a partir de este punto, realizar ciertas puntualizaciones. En primer lugar, hemos diferenciado entre los casos (1) y (2) puesto que, en el primero de ellos, la norma legal ha sido promulgada sin satisfacer los criterios que establece la *lex superior*, ya sea materiales o formales, mientras que en los casos (2) la norma legal ha sido promulgada satisfaciendo esos criterios, pero un cambio constitucional ha derivado en que la norma legal sea -o se vuelva- incompatible, y por lo tanto, sea necesario la realización de un acto que declare la inconstitucionalidad de la norma¹³⁴. En relación con los casos relacionados, hemos determinado su utilización en desmedro de los *hechos* relacionados porque, lo que nos interesa en estos momentos es la aplicabilidad de la norma, entendida como obligatoriedad para el operador jurídico¹³⁵, y no la relación que existe entre los sujetos obligados y las restantes normas. Asimismo,

¹³⁴ Parece difícil distinguir, en los casos de inconstitucionalidad sobreviniente, entre una inconstitucionalidad formal y material, pues cuando se modifican las reglas de cambio, es decir, las reglas que determinan los modos de creación y supresión normativa, ello no implica que sean inconstitucionales las normas creadas con anterioridad a esa modificación. Es posible, por cierto, que las normas se hayan creado o suprimido bajo standards de legitimidad democrática mucho menores, y en ese sentido, es posible que exista un juicio negativo sobre ellas más balanceado, pero también posible que haya sucedido al revés, es decir, que los standards de legitimidad hayan sido mayores. En este caso, parece imposible una discusión sobre la inconstitucionalidad de una norma creada, sino, más bien, el problema se enfocaría sobre las potenciales normas que fueron desechadas por no cumplir con el mayor standard de creación.

¹³⁵ ORUNESU, RODRIGUEZ y SUCAR, *op. cit.* (n.35) pp. 16 -17 Siguiendo a BULYGIN, los autores sostienen que “se dice que una norma existe en el sentido de que los jueces tiene el deber jurídico (no moral) de aplicarla”

los casos relacionados y las declaraciones se expresan en este gráfico a través de un punto, denotado como (I), de forma que, en los casos relacionados, este punto expresa el inicio de un juicio, y en el caso de las declaraciones de inconstitucionalidad, el punto expresa la declaración firme¹³⁶ de inconstitucionalidad de la norma. Así también, hemos dejado de lado, como ya lo hemos señalado, los casos en que el control de constitucional se realiza antes de la promulgación de la norma, por las razones que ya hemos explicado anteriormente¹³⁷, de manera que es improcedente considerar entonces los casos, ya sea en su vertiente (1) o (2) en que la decisión se establezca con anterioridad a la vigencia (entendida como *C-force*) de la norma legal (NI).

Por último, es necesario notar que nuestros gráficos no dan cuenta de aquellos casos en que existen inconstitucionalidades producidas por omisiones de los agentes creadores de normas en su función legislativa, lo que, por cierto, no significa que aquellas omisiones no puedan ser determinadas técnicamente como *casos de inconstitucionalidad*. Este punto ha sido, eso sí, abordado por la jurista María de los Ángeles Ahumada y, tangencialmente, por Juan José Moreso, de modo que nos remitimos a ellos.¹³⁸

¹³⁶ En muchos casos, los efectos de la declaración se extienden desde el momento de su publicación, tal como sucede en el caso chileno, que establece el procedimiento de publicación en el Diario Oficial.

¹³⁷ Puesto que, en un sistema depurado, las inconsistencias, al parecer, no son posibles. No estamos diciendo que el control *ex ante* sea totalmente certero en su control, sino que la depuración del sistema en principio imposibilita la existencia de normas inconsistentes.

¹³⁸ AHUMADA, María de los Ángeles. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Num. 8. Enero-Abril 2001.; MORESO. *op.cit.* (n.36)

Atendidos los problemas preliminares, debemos ahora revisar las posibles soluciones a los casos de invalidación. En primer lugar, la declaración de invalidación debiese producir, hacia el futuro, los efectos de cese de pertenencia de la norma al sistema, es decir, parece claro que la declaración de inconstitucionalidad debe tener efectos *ex nunc*. En los todos los casos que vemos, la declaración de invalidación produce la supresión de la norma, expresada con el símbolo (>). Este efecto parece ser el más obvio, derivado de la constatación general de los efectos supresivos de los modos comunes de supresión normativa. En ese sentido, los casos 1c y 2c, en que los juicios se realizan con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad, no pueden ser decididos bajo la norma declarada inconstitucional, afectando también, la aplicabilidad de la norma inconstitucional (cese de vigencia D-force). A pesar de ello, uno de los problemas de esta respuesta consiste en los casos en que los hechos a los que se refieren los casos hayan acaecido cuando la norma pertenecía todavía al sistema, es decir, entre los periodos de < > de la NI, y los juicios se hayan resuelto con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad. En este caso, el problema sigue siendo un caso de aplicación de obligatoriedad que se resuelve en la aceptación de la aplicación D-force o no. En el caso 2c, sin embargo, el hecho pudo haber acaecido antes que la norma fuera inconstitucional, o después de ella. Este caso, a nuestro juicio merece más atención.

Para nosotros, el efecto típico de la invalidación será la cancelación o supresión de la norma, hacia el futuro, tanto en la obligatoriedad *C-force* y *D-force*. Esta respuesta se desprende de nuestra definición de la declaración de inconstitucionalidad, que implica que la norma legal no puede ser justificable en el sistema en razón de su

inconsistencia. El efecto general consiste, en definitiva, en una determinación de que la norma ya no puede pertenecer al sistema (dirigida hacia el legislador), y en otra determinación, dirigida hacia el juez, que proscribe la aplicación de la norma en casos particulares.

Todo lo señalado anteriormente es particularmente evidente en los casos en que el hecho y el juicio sucede con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad, pero, al mismo tiempo, es particularmente complejo en aquellos casos en que el juicio ha iniciado con anterioridad a la sentencia invalidatoria. (1a – 1b – 2a – 2b – 2d). En estos casos, la solución puede ser: o aplicamos la norma declarada inconstitucional a pesar de que no es justificable en el sistema, o bien, no la aplicamos, a pesar que parece existir un deber de coherencia especial entre el hecho o el caso y la decisión del juez¹³⁹, y, por lo tanto, la declaración de inconstitucionalidad tendría efectos *ex tunc*. A nuestro juicio, esto debe responderse de la segunda forma, pues la declaración de inconstitucionalidad no funciona como una institución que debe aceptar ciertas reservas hacia casos en que el agente no tuviese otra justificación más que la norma legal inconstitucional, sino que funciona a pesar de esa consideración. El punto, sin embargo, debe ser llevado más allá.

Veamos, de todas maneras, los casos que hemos presentado. El esquema 1a podría ser presentado como una hipótesis “clásica” de invalidación. Hablamos, en este caso, de una norma creada con infracción de las normas constitucionales (formales o

¹³⁹ Tal conflicto es particularmente intenso en casos de invalidación de normas penales en las que existe justificación de justicia política para aplicar ciertas normas frente a otras. Esto fue estudiado acuciosamente en la relación de casos posibles de cambios de normas penales, en el taller de Memoria *Tiempo y Derecho*, realizado por BASCUÑÁN RODRIGUEZ, Antonio.

materiales) y de un juicio que comienza durante la vigencia de la norma legal, es decir, antes que se haya declarado la inconstitucionalidad de la norma. En este momento, pueden existir dos variantes. La primera, es que el tribunal todavía no haya decidido el juicio del que hablamos al momento de la declaración (Di), y la otra es que sí lo haya decidido. Si no lo ha decidido, la solución es mucho más clara: la imposibilidad de justificar una norma que contradice el sistema es tan radical que no permite al juez sustentar una decisión sobre la base de una norma ya declarada inconstitucional. Esto se soluciona, como hemos visto, inhabilitando la obligatoriedad infraactiva de la norma declarada inconstitucional (NI). Esta solución, como puede desprenderse, es totalmente distinta a los efectos dados para los casos de derogación expresa, en los que la supresión normativa permite la aplicación infraactiva de la norma para casos en que los hechos, o el juicio, haya comenzado durante la vigencia (*C-force*) de la norma.¹⁴⁰

Para el caso 2a, es decir, para casos de invalidación sobreviniente con juicios o hechos que han comenzado con posterioridad a la norma constitucional creada que determina la inconstitucionalidad de la norma, la respuesta parece ser la misma¹⁴¹. Por otra parte, si el tribunal ya ha decidido el juicio (en el caso 1a), existen dos respuestas. La primera es que el juicio quede firme y no se altere, basándonos, por supuesto, en la

¹⁴⁰ AGUILÓ, Josep. *op.cit.* (n.23) p. 104

¹⁴¹ Es, por cierto, mucho más complejo, responder los casos en que el hecho ha sucedido cuando la norma “era constitucionalmente aceptada” y el juicio ha comenzado con la nueva norma constitucional. En este caso particular, existen tres formas de responder la pregunta. La primera es responderlo en consideración al momento del hecho (momento de adecuación del agente tanto a la norma legal como constitucional). La segunda es el momento de inicio del juicio, en que la respuesta puede ser la congruencia del momento de la decisión con la vigencia de la norma. Y la última respuesta es aceptar la aplicación retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad (Di) hacia juicios iniciados cuando la norma era inconstitucional.

institución de la cosa juzgada, mientras que la segunda opción es que esta decisión, y todas las decisiones anteriores a la declaración de inconstitucionalidad sean alteradas, de manera que la sentencia invalidatoria, además de tener pretensiones de consistencia, tenga pretensiones de abolición¹⁴²¹⁴³. Este último punto configuraría una de las respuestas más extremas, puesto que involucraría, para el sistema mismo, la realización de actos que no son ni siquiera posibles de ejecutar físicamente, es decir, si fuera cierto que la declaración de inconstitucionalidad produce como efecto la invalidación de todos los actos a que la norma inconstitucional dio lugar, debería ser atendible también aquellos hechos que se relacionaron con aquellos casos donde la norma inconstitucional produjo sus efectos y así, en definitiva, el problema de la extensión que produce la declaración, no sólo respecto a la vigencia de una norma en un sistema jurídico, sino también a la determinación de responsabilidad políticas, administrativas, civiles y criminales, parece ser imposible de abarcar. Esto es, por supuesto, algo que tampoco pueden soslayar los casos de abolición, de modo que el punto no radica en los efectos que produzca para los afectados la posible declaración de inconstitucionalidad, sino más bien, qué es lo que se quiere decir cuando se declara una norma inconstitucionalidad. Eso, por cierto, implica considerar que, como ya lo hemos señalado, el acto invalidatorio es un acto de sentido bajo el cual se emite un

¹⁴² Esta respuesta fue esbozada por el profesor Antonio Bascuñan Rodríguez en el Taller de Memoria *Tiempo y Derecho* para el caso chileno de invalidación constitucional, que, a su juicio, carece de respuesta coherente y suficiente en relación con los efectos temporales de la declaración.

¹⁴³ A juicio de AGUILÓ. Josep. *Op. Cit.* (n.23), p. 105 – 106 “la abolición suele reservarse para la extinción deliberada de instituciones”. Aguiló, luego, señala que “la abolición suele tener un componente de ruptura del que carece la simple derogación. la abolición de una institución apunta, por decirlo de algún modo, un juicio de ilegitimidad sobre la misma que se manifiesta en la extinción de las relaciones jurídicas surgidas a su amparo”. Esta visión, de acuerdo a la posición anterior de Aguiló resulta confusa. Porque si aceptamos que la abolición es un modo deliberado de supresión, entonces no necesitamos un componente que justifique la ruptura. Sin embargo, para Aguiló la abolición siempre está teñida de este componente, y que en sus términos, parece ser similar al fundamento de la invalidación.

determinado juicio –¿político, institucional?¹⁴⁴– no sólo respecto a la norma, sino también al órgano creador de ella.

La hipótesis **1b**, por su parte, se diferencia de su antecesora (1a) en que el juicio ha comenzado antes de la vigencia de la norma (NI), de manera que, para que este caso sea relevante, el juicio no debe haber terminado aún, o bien terminó antes de la declaración de inconstitucionalidad. En el primer caso, no existe un deber de congruencia entre el momento del hecho, o el momento de la decisión, pero sí hay un deber de consistencia con las normas injustificables en el sistema. En el segundo caso, sí existe un deber de congruencia entre el momento de la decisión y la vigencia de la norma. Para estos casos, incluida la hipótesis **2d**, la solución sigue siendo la misma: el fundamento de la invalidación consiste, en alta medida, en la incompatibilidad de generar dos sistemas inconsistentes entre sí. Estos dos sistemas sólo difieren en la “suerte”¹⁴⁵ de quienes tuvieron un juicio o cometieron un hecho antes de la declaración de inconstitucionalidad o después. Uno podría pensar, intuitivamente, que este problema también existe en los casos de derogación expresa, pero eso no es tan cierto. En la derogación, la supresión normativa no va acompañada, por regla general, con una necesidad de proscribir la norma anterior¹⁴⁶. En el caso de la invalidación, por

¹⁴⁴ Para más consideraciones sobre la importancia política de los Tribunales Constitucionales, ver HABERLE, Peter. *El Tribunal Constitucional como poder político*. Revista de estudios políticos. Nº 124. Julio-Septiembre 2004; KELSEN, Hans. *Op. Cit.* (n.32), por su parte, explica que la significación política de la jurisdicción constitucional se relaciona, preferentemente, con i) la protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría y ii) la relación existente entre los Estados Federales.

¹⁴⁵ Esta observación fue también realizada por el profesor Bascuñan Rodríguez en el Taller de Memoria *Tiempo y Derecho*.

¹⁴⁶ ORUNESCU, RODRIGUEZ y SUCAR, *op.cit.* (n.35) p. 47 “el efecto de la derogación de una norma consiste en la eliminación de la norma derogada del sistema siguiente en la secuencia que conforma el orden jurídico. Se trata, en consecuencia, de un acto que repercute básicamente sobre la pertenencia de una norma a un sistema del orden. (...) Pero una norma

su parte, la supresión está ligada necesariamente a la solución de un conflicto que se resuelve a través de la *lex superior*, de modo que sí genera una necesidad de proscribir la ley que se impugna. Por esto es importante avalar la abolición como respuesta, porque, en definitiva, esta clase de supresión cumple dos funciones relevantes. La primera es la necesidad de consistencia en un sistema jurídico que tiene pretensiones de unificación, y la segunda radica en la producción de un juicio sobre lo que ha sucedido, no sólo normativamente, sino también políticamente en un sistema jurídico. No puede existir, en estos casos, invalidación, sin que, al mismo tiempo, se produzca un juicio sobre la norma invalidada, de modo tal que la declaración de inconstitucionalidad no sólo cuente, sino que debe contar como algo distinto a la derogación.

Una de las manifestaciones de este juicio lo expresa Juan José Moreso en el ya varias veces citado “Sobre normas inconstitucionales”. Para eso, Moreso intenta desentrañar, en primer lugar, si la declaración de inconstitucionalidad tiene un valor declarativo o constitutivo. Así, Moreso sostiene que “A menudo se dice que la declaración de inconstitucionalidad tiene como consecuencia la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico. En este sentido, la declaración *constituye* la no pertenencia de una norma. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sólo tiene competencia para declarar inconstitucional la norma que no está de acuerdo con la Constitución. De esta forma, la sentencia *declara* la validez o invalidez de una norma. Hasta tal punto somos conscientes de ello, que a veces las resoluciones del tribunal son criticadas; criticadas porque, cabe suponer, *erró* en su declaración.”, para luego

puede sin embargo resultar aplicable dentro de un cierto caso, por lo que no cabe interpretar que su repercusión respecto de la aplicabilidad sea un efecto necesario del acto de derogación.”

advertir que “El Tribunal *constituye*, la eliminación del vigor de la norma (siempre que el Tribunal tenga la «capacidad» de eliminar normas de manera exitosa), pero el Tribunal *declara* la validez o invalidez de la norma y, en este segundo sentido, puede equivocarse: si se equivoca no restituye el Mundo Jurídico Óptimo.”¹⁴⁷

En segundo lugar, Moreso intenta explicar qué diferencia existe entre la noción de la derogación y la noción de la declaración de inconstitucionalidad. Así, señala que “Mientras la derogación, si tiene éxito, siempre conlleva eliminación de la pertenencia, el cese de la aplicabilidad depende de otras consideraciones (a veces cesa de ser aplicable para todos los casos, a veces sólo para los casos que ocurran en el futuro, etc.). En cambio, la declaración de inconstitucionalidad —si produce efectos *ex tunc*— siempre conlleva cese de la aplicabilidad (a cualquier caso que se plantee en el futuro, haya ocurrido o no con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad), pero sólo produce la eliminación de la pertenencia en los supuestos en que la norma en cuestión todavía pertenece a un conjunto de normas (no se puede eliminar del *corpus* una norma que ya no pertenece a él).”¹⁴⁸

La hipótesis **1c** demuestra un caso en que el juicio ha comenzado con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad. En esta situación, el hecho pudo haberse realizado durante la vigencia (*C-force*) de la norma legal, o cuando ya ha dejado de tener tal vigencia. Lo importante, para estos efectos, es sostener que, tal como en la hipótesis 2c, si la decisión del operador jurídico se apoya en la norma declarada inconstitucional, se vulnera el efecto propio de la invalidación, asumiendo así

¹⁴⁷ MORESO. Juan José. *op.cit.* (n.36), p. 108.

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 109.

una aplicación infraactiva de la norma legal. En este caso 1c, la respuesta es mucho más simple, puesto que la aplicabilidad futura de la norma declarada inconstitucional en contextos en que no existen otros deber de congruencia –más que el deber de congruencia con la declaración de inconstitucional- con los que sopesar los efectos del acto invalidatorio. Por otra parte, el caso 2c podría ser más complejo si, como lo hemos señalado, el hecho hubiese acontecido antes de la creación de la norma constitucional que deriva en la inconstitucionalidad de la norma legal. Sin embargo, el problema sigue siendo el mismo. O nos encontramos en un caso de respeto a las consideraciones que tuvo el agente al momento de su accionar, o aceptamos los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad (Di).

Por último, la hipótesis 2b grafica una situación especialmente importante. En este caso el juicio se ha iniciado antes de la creación o cambio de la norma constitucional. El problema acá se desprende de una circunstancia que no hemos desarrollado completamente. En esta situación, la opción por la abolición no radica en que, en ese momento, exista un conflicto normativo que deba ser radicalmente subsanado, sino que la abolición, en este caso, cuenta con que exista uniformidad en las decisiones tomadas anteriormente, *a pesar* de que en ese momento no exista conflicto. De esta forma, la justificación de la supresión por abolición se vuelve mucho más débil, y por lo tanto, mucho más rebatible. Sin embargo, es probable que esta debilidad sea igualmente extrapolable a todos los casos de los que hemos denominado como “inconstitucionalidad sobreviniente”, es decir, aquellos casos en que la declaración de inconstitucionalidad no se produce por una incompatibilidad que pudo haberse realizado al momento de la promulgación de la norma legal, sino después, y

en particular, luego de que un cambio constitucional haya derivado en la incompatibilidad de la norma legal. En esta clase de casos, la aceptación de la abolición se fundamenta en una necesidad de uniformar los casos existentes, de manera que no existan disparidades injustificables. La abolición, en este sentido, debe contar con que existan ciertas situaciones no totalmente justificables en razón del conflicto que pretende subsanar¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Este es uno de los únicos matices que podemos observar a la aceptación de la abolición como efecto propio de la declaración de inconstitucionalidad. En estos casos, sin embargo, la respuesta debe satisfacerse por otros criterios, particularmente por consideraciones de justicia política.

V. Capítulo 5: Declaración de inconstitucionalidad ante el Derecho

Constitucional

En el apartado anterior, hemos intentado explicar cómo puede ser comprendida la declaración de inconstitucionalidad a través de las nociones clásicas¹⁵⁰ de validez e invalidez anteriormente estudiadas, lo que ha implicado comprenderla, en sentido estricto, como una forma de supresión normativa en relación con sus efectos en el tiempo. Sin embargo, parece claro que de las conclusiones anteriores no se deduce, de ninguna manera, que la doctrina constitucionalista deba optar por alguna de ellas. Es más, el objetivo central de este proyecto de memoria implicaba el estudio de dos vertientes que, en principio, se ven alejadas. A saber, la forma como la ciencia del derecho afronta el sistema dinámico de creación de normas, asumiendo, en este postulado, el desenvolvimiento histórico de las formas de supresión normativas, ante la necesidad práctica, del derecho constitucional, de resolver los conflictos generados por la incorporación a las democracias modernas de las constituciones, los tribunales constitucionales, las competencias y funciones que ellos ostentan, en razón del principio de supremacía constitucional. Así las cosas, observamos en el punto 2 y 3 que de las nociones de derecho premoderno y moderno se derivan determinadas formas de supresión normativa, mientras que en el punto cuatro intentamos comprender cómo funciona, dentro del sistema jurídico, una determinada forma de supresión normativa: la declaración de inconstitucionalidad. Por su parte, el punto 4 intentó dar inicio al nacimiento de la jurisdicción constitucional que genera, entre otras cosas, la declaración de inconstitucionalidad.

¹⁵⁰ Por clásicas, en este caso, nos referimos a las estudiadas en los capítulos *supra* 1 y 2.

De esta manera, intentaremos mostrar, en este apartado, las técnicas bajo las cuales el derecho constitucional, a través de las instituciones ligadas con la jurisdicción constitucional, ha logrado resolver los conflictos subyacentes a la declaración de inconstitucionalidad. Por lo tanto, y para estos efectos, parece razonable acotar qué problemas puede verse enfrentada la jurisdicción constitucional cuando declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica.

En primer lugar, es necesario distinguir nuevamente los modelos de jurisdicción constitucional ya señalados en el capítulo 3 de nuestra memoria. En ese contexto, es también necesario recordar que el modelo norteamericano de control constitucionalidad puede definirse como un control tácito, ya que como señalamos, no se encuentra establecido expresamente en la Constitución Federal de 1787 de Estados Unidos, es de carácter difuso debido a la facultad que tiene todo juez de revisar la constitucionalidad de la ley, al darse como una incidencia dentro de un juicio, debe existir una gestión jurídica pendiente, por lo que el control es represivo, es decir, se da una vez que la ley ya se encuentra inserta en el sistema jurídico y actúa como excepción, y por esta características, su efecto es *inter partes*, es decir, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se circunscriben a las partes que actúan en el juicio o a quienes tengan interés en su resultado, exceptuando en los casos excepcionalísimos en que los efectos de la *ratio decidendi* de la resolución del Tribunal Supremo que declara inconstitucional una interpretación u aplicación de una norma a un caso concreto puede tener efecto *erga omnes*¹⁵¹. Del otro lado, el modelo europeo

¹⁵¹ Ver *supra* Capítulo 3 III.5

se identifica con un modelo de control de constitucionalidad concreto, donde el control se encuentra a cargo de un órgano único y especializado, por regla general letrado, suele ser un control tanto a priori, y controla la constitucionalidad de la ley antes de que ésta sea publicada y forme parte de ordenamiento jurídico, como represivo. Sus efectos, en gran parte de los Estados en que se encuentra presente, se puede demandar tanto como acción, donde no se requiere un juicio o gestión jurídica pendiente, como por excepción, lo que conlleva a que sus efectos sean *erga omnes*, y alcancen no sólo a las partes en juicio, sino a todas las personas y órganos de la Administración del Estado.

Así las cosas, de las diferencias ya estudiadas sobre los modelos y tradiciones antes expuestas, se desprenden diversas consecuencias jurídicas sobre el modo y los efectos que ambos sistemas resuelven el control de constitucionalidad. En este sentido, debemos asumir, siguiendo a Rubio Llorente, que la distinción sistémica entre la tradición del *judicial review* y la continental, se basa en que el sistema norteamericano resuelve los conflictos constitucionales sin atacar necesariamente la disposición legal, sino una posible interpretación de la norma legal que es contraria a la constitución, mientras que el sistema continental, por el contrario, desde el nacimiento del modelo austríaco, ha intentado resolver estos conflictos constitucionales entregando una potestad a los tribunales que ejerce sus funciones, como suena clásico repetir, como un legislador negativo¹⁵², lo que ha tenido como consecuencia, al menos en el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Europa, que las decisiones o

¹⁵² Esto ya fue tratado en el capítulo 4, *supra*.

resoluciones de los tribunales constitucionales sean equivalentes a la dictación de una norma jurídica, al menos en sus grados de abstracción y generalidad.

En ese contexto, es pertinente analizar de qué manera las resoluciones que los órganos pertenecientes a la *judicial review*, o bien a la tradición continental respecto a las competencias de su jurisdicción constitucional, permiten cumplir con el mandato de aseguramiento de la constitución y su supremacía. Así, siguiendo a Rubio Llorente, si comprendemos –al menos en este acápite y de forma deliberadamente restrictiva– la jurisdicción constitucional “como aquella que decide sobre la validez constitucional de las leyes”,¹⁵³ es necesario tomar en consideración que cada sistema de jurisdicción constitucional debe lidiar -como ya lo hemos expresado- con las críticas a su legitimidad dentro del sistema de división de poderes, es decir, debe superar la tensión existente entre la falta de legitimidad democrática de su composición y *status*, frente a la eficacia y alcance de sus resoluciones, o más bien, de los efectos que proveen las instituciones ligadas con la jurisdicción constitucional dentro de un sistema jurídico. Esa tensión implica considerar, en primer lugar, las razones por las que existe la declaración de inconstitucionalidad –que ya tomamos en los capítulos 4 y 5, *supra*–, y en segundo lugar, respecto a los fundamentos institucionales de la jurisdicción constitucional misma. En tercer lugar, por su parte, debemos considerar el carácter contrademocrático o antimayoritario de la jurisdicción constitucional, y en último lugar, debemos ponderar –o al menos, tomar en consideración– de qué modo deberían jugar

¹⁵³ RUBIO LLORENTE, Francisco. *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*. Cuadernos de análisis jurídico / Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho. (Santiago, Chile). no. 41 (mayo 1999). p. 10

las decisiones de los órganos ligados con la jurisdicción constitucional a los casos particulares y, generalmente, con el principio de cosa juzgada¹⁵⁴.

Así las cosas, la principal característica del sistema norteamericano de *judicial review*, radica, tal como lo señala Francisco Rubio Llorente, consiste en que “las sentencias de la Corte Suprema que podemos considerar ejercicio de la jurisdicción constitucional son siempre, claro está, decisión de un recurso contra una previa resolución de los Tribunales federales o estatales, impugnada precisamente por haber aplicado (o no aplicado) una ley que el recurrente considera inconstitucional (o, en el caso de inaplicación, constitucional), bien sea, y esto es lo común, por referencia al caso concreto, bien sea en sus propios términos, *on its face*. La sentencia de la Corte concluye así, necesariamente, en una decisión de anulación (*overruling*) o ratificación (*upholding*) del fallo recurrido, acompañada, en el primer caso, de un mandato dirigido al tribunal inferior para que dicte nueva sentencia de acuerdo con la opinión de la Corte. El núcleo de la sentencia, su contenido normativo, no está, sin embargo, en esta conclusión, que tiene los efectos propios de la *res iudicata*, sino en la opinión que conduce a ella, pues es esta opinión la que establece la regla de Derecho cuyo contenido incluye no sólo el juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en su aplicación al caso o en su enunciado, sino también las razones que fundamentan este juicio; es decir, en definitiva, el contenido relevante de la norma

¹⁵⁴ Este punto ya fue tomado en el acápite 5, *supra*, pero no obstante la mayoría de la doctrina constitucionalista, desde Rubio Llorente hasta, por ejemplo, la obra tardía de Hans Kelsen, tiende no sólo a privilegiar, sino también a blindar el principio de cosa juzgada sobre la posible expansión de los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad. Para más referencia, véase KELSEN, HANS. *Op. Cit.* (n.32).

constitucional con la que se ha hecho el contraste.”¹⁵⁵ y por lo tanto “La declaración, que, repetimos, no está normalmente en el *decisum*, sino en su fundamentación, tiene efectos *erga omnes*, pero sólo en cuanto se trate de aplicaciones que pueden ser consideradas iguales por la ausencia de elementos diferenciales relevantes.”¹⁵⁶ De este modo, para el autor español existe una diferencia que, en términos de la lógica del sistema norteamericano de *judicial review*, permite diferenciarlo del sistema continental de jurisdicción constitucional. Esta diferencia radica, esencialmente, en que el sistema de judicial review carece de un control abstracto a pesar que la decisión de la Corte Suprema implique la proscripción de una determinada interpretación legal. No se trata, como parece claro, de la dictación de una norma legal con efectos similares a una norma jurídica, sino es una decisión fundada en un fallo que resuelve un conflicto constitucional y que tiene como consecuencia la imposibilidad de mantener la interpretación de esa norma. Las razones por las que esas diferencias son tan patentes respecto a sus efectos¹⁵⁷, ha obligado al derecho constitucional a suministrar de distintas técnicas para resolver los conflictos originados en la tensión antes expuesta. Eso es lo que intentaremos responder a continuación.

V. 1 la forma de resolver los conflictos temporales dentro del ámbito constitucional.

Como parece claro, el abanico de posibles soluciones respecto a los efectos temporales de las sentencias de los tribunales constitucionales puede ser tan amplio

¹⁵⁵ RUBIO LLORENTE, Francisco. *op.cit.* (n.153) p. 17 y 18.

¹⁵⁶ *Ibíd.* p. 18

¹⁵⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco. *op.cit.* (n.153) toma profusamente este punto, y es la base del trabajo antes expuesto.

como concepciones de jurisdicción constitucional hayan. Sin embargo, lo que intentaremos mostrar en este punto es cómo –efectivamente– se ha resuelto este problema, y a través de qué instrumentos. Para esto, ha sido particularmente importante la tipología nacida a partir de la revisión de la jurisprudencia constitucional europea y de su consiguiente análisis por parte del derecho constitucional, el cual ha dotado de una taxonomía particularmente relevante para estos efectos. Así, es importante señalar que, en primer lugar, la doctrina distingue entre sentencias estimatorias y desestimatorias, basándose en el siguiente criterio: “la sentencia puede ser estimatoria de la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el requirente o demandante, como asimismo, en aquellos casos que el orden jurídico establece que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse de oficio u obligatoriamente. A su vez, la sentencia puede ser desestimatoria si el Tribunal Constitucional confrontando la constitución con la norma jurídica infraconstitucional impugnada por quienes tienen legitimación activa para ello determina que la primera no tiene vicios de inconstitucionalidad.”¹⁵⁸ Esta clase de sentencias son aquellas que estudiamos en el punto x de nuestra memoria, y que tienen como consecuencia los problemas que anteriormente hemos analizado.

Sin embargo, la doctrina ha intentado diferenciar estas sentencias de las llamadas “atípicas”, a saber, aquellas que no resuelven el conflicto de la manera que las sentencias estimatorias (o desestimatorias) lo hacen, y que deben su origen,

¹⁵⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur*. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N°2. 2004. p. 73.

básicamente, a la distinción entre enunciado normativo y norma¹⁵⁹, en conjunto con los principios de cortesía constitucional (o deferencia razonada)¹⁶⁰ y conservación normativa¹⁶¹. Todos ellos han dado lugar a una serie de sentencias que, con matices, intentan dar cuenta de los conflictos intrínsecos (y por qué no decirlo, extrínsecos) a la jurisdicción constitucional. Así, el profesor Nogueira Alcalá¹⁶² ha elaborado una tipología sobre las sentencias atípicas, que da cuenta de esta tensión. Estas sentencias son:

i) **Sentencias interpretativas o de interpretación conforme a la constitución:**

Son aquellas en el Tribunal Constitucional enuncia sentencias “denominadas de interpretación conforme a la constitución, la que evita declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados, cuando pueden tener en algún sentido una interpretación armonizable con el texto constitucional, descartando todas las demás hipótesis interpretativas como contrarias a la constitución, señalando así el único

¹⁵⁹ Este punto fue tomado con anterioridad, pero quizás es necesario repetirlo. Cuando un Tribunal Constitucional enuncia una sentencia estimatoria, el efecto de esa sentencia recae sobre la disposición normativa, es decir, en términos generales, el signo que envuelve a la norma jurídica inconstitucional, sin importarle si sólo una parte –o interpretación de la norma– o toda es contraria a la Carta Fundamental.

¹⁶⁰ Este principio podría definirse como aquel en que “los órganos que intervienen en la factura y el control de las normas jurídicas deben respetar siempre sus respectivas y recíprocas esferas competenciales, entendiendo que participan, entre todos, en una misma misión constitucional.” ZAPATA, Patricio, *Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Universidad de Talca. Estudios Constitucionales. Año 4. p. 178.

¹⁶¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *op. cit.* (n.158), p. 87: Este principio puede ser definido como aquel en que “los operadores e interpretes jurídicos de la Constitución deben presumir la buena fe y constitucionalidad de la obra del legislador y demás operadores jurídicos, salvo que de dichos enunciados normativos no sea posible extraer ninguna interpretación que sea conforme con la Carta Fundamental.”

¹⁶² La tipología que presentamos a continuación no debe entenderse como compilatoria, y menos como un intento de reflejar todas las clasificaciones relacionadas a las sentencias atípicas; ese ejercicio, aunque razonable, no parece vinculado al objetivo de nuestra memoria. Sin embargo, para cualquier efecto, puede consultarse RUBIO LLORENTE y SAGÜES, Pedro, *Las sentencias constitucionales exhortativas*, Centro de Estudios constitucionales. Año 4. vol. 002. Santiago. 2006. y PIZZORUSSO, Alejandro, *Derecho Constitucional Italiano*.

sentido en que la norma legal es conforme a la constitución”¹⁶³ La doctrina distingue entre sentencias interpretativas estimativas o de acogimiento (accoglimento) y sentencias interpretativas desestimativas o de rechazo (rigetto). “Las primeras consideran inconstitucionales ciertas interpretaciones del enunciado normativo, vale decir ciertas normas que surgen de la interpretación considerada inconstitucional, siendo tal o tales interpretaciones expulsadas del ordenamiento jurídico, aún cuando se mantiene inalterado el enunciado normativo del cual surgen dichas interpretaciones. Las segundas rechazan o desestiman la inconstitucionalidad al establecer la interpretación conforme a la constitución del enunciado normativo.”¹⁶⁴

Sobre esta clase de sentencias, es necesario observar dos puntos. El primero se relaciona con la armonización que develan estas resoluciones con el principio de cortesía constitucional. Así, como parece sensato admitir, es esta clase de sentencias las que proveen de una mayor fuerza al principio antes descrito, pues controlan la constitucionalidad de la norma sin afectar de manera alguna el enunciado normativo. No obstante, y en segundo lugar, también surgen a partir de estas sentencias efectos temporales relevantes. En primer término, y como parece claro para el derecho constitucional, los casos particulares que fueron resueltos conformes a la interpretación no-constitucional¹⁶⁵ de la norma no debieran ser modificados, pero aquellos casos de casos pendientes merecen, por supuesto, más atención.

En estos casos, es decir, en aquellos casos particulares cuya resolución está pendiente, y siguiendo la nomenclatura de Frandberg, el problema sobre los efectos

¹⁶³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *op.cit.* (n.159), p. 88

¹⁶⁴ *Ibid.* p. 89

¹⁶⁵ Es decir, aquella interpretación constitucional proscrita por el Tribunal Constitucional en su sentencia interpretativa.

temporales de la sentencia parece desaparecer, pues la norma legal se mantiene vigente tanto en su C-force como en su D-force, y es que, como parece claro, es justamente en ese punto donde la ventaja de realizar una interpretación conforme en desmedro de una declaración de inconstitucionalidad; no es necesario, entonces, objetar los efectos temporales pues la norma no ha sido anulada ni modificada.¹⁶⁶

ii) **Sentencias aditivas:** En este tipo de sentencias “existe una decisión de estimación parcial que, luego de declarar inconstitucional una norma construida mediante interpretación, llega a crear una norma, por vía de sustitución o adición, con un significado opuesto a la norma declarada inconstitucional. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios”¹⁶⁷. Existen dos modalidades de estas sentencias. En la primera, la omisión implicaba una laguna que es cubierta por la decisión del Tribunal Constitucional, mientras que en la segunda “el Tribunal considera que una omisión derivada de la norma significa exclusión, por lo que la eliminación de la omisión implica incluir a aquellos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente con dicho precepto (sentencias integradoras).”¹⁶⁸

En esta clase de sentencias, los efectos temporales tienen más sentido en relación con la retroactividad que con cualquier otra forma de aplicación temporal, pues el efecto principal de estas resoluciones consiste no en quitar de fuerza obligatoria a una norma, sino mantenerla y hacerla más amplia, de modo tal que, en los casos

¹⁶⁶ Esta respuesta sería equivalente a la dada por nuestro Código Civil respecto a las normas interpretativas.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 92

¹⁶⁸ *Ibíd.*

pendientes, el tribunal debe resolver si aplica una norma que no tenía ni C-force ni D-force al momento de la ocurrencia de los hechos. En este sentido, esta clase de sentencias son mucho más radicales que una mera sentencia estimatoria de inconstitucionalidad.

iii) **Sentencias sustitutivas**: Nacidas en Italia, esta clase de sentencias se distinguen porque “la Corte Constitucional expulsa del ordenamiento jurídico una disposición normativa por considerarla inconstitucional, sustituyendo el vacío normativo por una regulación de carácter específico que tiene apoyo constitucional directo.”¹⁶⁹

iv) **Sentencias exhortativas**: pueden definirse “como un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, de no hacerlo así el legislador podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva.”¹⁷⁰

Como señala Sagüés, esta clase de sentencias “son una muestra más del activismo judicial, que en este caso transforma a un órgano represor (“legislador negativo”) en un cuasi legislador activo, o al menos impulsor de normas”¹⁷¹. Pero si bien esta clase de sentencias parece chocar con la división de poderes y las funciones

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 96 En este contexto, los efectos temporales son similares a las sentencias estimatorias, considerando que se elimina la norma, y, en consecuencia, cabe distinguirla de los efectos de la norma adherida al sistema jurídico, que, considerándola como una nueva norma jurídica, sólo debería tener obligatoriedad desde que se crea, y no podría tener efectos retroactivos.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 97

¹⁷¹ SAGÜES, Pedro. *op.cit.*(n.162), p. 201.

clásicas de los tribunales constitucionales, sus efectos en el tiempo no son proporcionales a esa radicalidad, o al menos no tienen forma de serlo, pues el llamado o la exhortación que realiza el Tribunal Constitucional no puede contar como una norma jurídica y, por lo tanto, mal puede generar efectos en un sistema jurídico.

v) **Sentencias prospectivas:** Estas sentencias “modulan sus efectos en el tiempo, buscando la solución considerada mas justa, determinando la sentencia la fecha desde la que ella producirá efectos, posibilitando al legislador actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la constitución, así los efectos de la sentencia no son ex nunc sino pro futuro, evitando los efectos mas perniciosos que podría producir la eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico.”¹⁷²

vi) **Sentencias sobre omisiones legislativas:** Esta clase de sentencias tiene dos clases: la inconstitucionalidad por retardo y la inconstitucionalidad por negación. “La primera, resulta de la inercia de la autoridad para establecer la norma legal o general respectiva, mientras que la segunda existe cuando el órgano estatal no efectiviza el mandato constitucional.”¹⁷³

¹⁷² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *op.cit.* (n.159) p. 99

¹⁷³ *Ibíd.* pp. 100-101.

Conclusión.

Como apuntamos en nuestra introducción, el desarrollo del principio de la supremacía constitucional ha implicado, necesariamente, el avance en las técnicas e instrumentos que permitan la conservación de las Cartas Fundamentales en las repúblicas democráticas, y ese paso se ha dado, preferentemente, a través de la jurisdicción constitucional. Ese paso, observamos nosotros en nuestra introducción, debía materializarse armónicamente, o al menos de manera proporcional, con las facultades que tenían los tribunales constitucionales para preservar la constitución. De esa manera, el objetivo central de esta memoria consistía en contrastar los posibles efectos de una declaración de inconstitucionalidad en relación con los sistemas jurídicos y las nociones desarrolladas históricamente de validez e invalidez.

En ese contexto, nuestra memoria tuvo un desarrollo que permitió, en cierta medida, refutar nuestra posición anterior. Como pudimos observar en los puntos 2 y 3, el cambio de un sistema de Derecho premoderno a moderno no significó, necesariamente, el abandono de la corrección material de las normas asociadas al principio de *lex superior*. Así, el principio de supletoriedad que explicamos en un comienzo¹⁷⁴ puede ser visto como un equivalente funcional al principio de supremacía constitucional y a la necesidad de regularidad en la creación de normas y corrección material de las leyes creadas por los órganos legislativos a través del control constitucional. De esa premisa se desprende que las formas de creación y supresión

¹⁷⁴ Ver *supra*, capítulo 2.

de normas no se deben relacionar, necesariamente, con el desarrollo histórico de las mismas.

Sin embargo, el auge del constitucionalismo moderno ha traído como consecuencias el nacimiento de tribunales que proveen –o que podrían proveer– de efectos distintos a las nociones clásicas de supresión normativa. Esa necesidad a la que se vio obligada el Derecho Constitucional, obligó, a juicio nuestro, a dar un doble paso: en primer lugar, a realizar una revisión de los modos de creación y supresión de normas, a efecto de poder incluir dentro de las consecuencias temporales a las declaraciones de inconstitucionalidad, y en segundo lugar, a integrar dentro del derecho constitucional, y también, al derecho procesal constitucional¹⁷⁵, las técnicas procesales para conciliar la importancia de todos los principios involucrados en la jurisdicción constitucional.¹⁷⁶

En ese sentido, podemos distinguir que las distintas jurisdicciones constitucionales –y particularmente, la vertiente continental– ha diversificado su función a través de la creación de sentencias que permiten la matización de los efectos de sus resoluciones. Esa matización, tiene, como principio, el aseguramiento de los principios de cosa juzgada y de cortesía constitucional, pero también debe intentar mantener la regularidad en la creación de normas y la concordancia de las normas legales con la protección de derechos fundamentales. Es en este punto donde, quizás, se evidencia con más claridad la diferencia de las impresiones teóricas del control constitucional

¹⁷⁵ Para analizar el concepto de Derecho Procesal Constitucional, véase FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional. Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Porrúa, México. T.1. 2003

¹⁷⁶ Ver capítulos 4 y 5, *supra*

frente a la labor realizada por el derecho procesal constitucional: si en el primer punto la declaración de inconstitucionalidad puede llegar a tener incluso efectos abolutivos, en la segunda existen clases de sentencias meramente exhortativas que, en sus efectos, sólo enuncian la inconstitucionalidad de la norma sin dotar de efectos a sus resoluciones.

Esta diferencia puede notarse claramente en nuestro país. Así, y luego de las reformas constitucionales ocurridas en el año 1989, la reforma constitucional sobrevenida con ocasión con la ley 20.050 ha significado uno de los cambios más relevantes dentro de la normativa constitucional chilena. Esto no sólo en lo que atañe al objetivo de nuestra memoria, sino que también a las disposiciones orgánicas de la Carta Fundamental. Una de estas reformas consistió en el desplazamiento de facultades de la Corte Suprema hacia el Tribunal Constitucional en relación con la declaración de inaplicabilidad¹⁷⁷, y por otra parte, la nueva posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad como efecto general¹⁷⁸ de aquellas normas que han sido declaradas inaplicables anteriormente.

No nos detendremos significativamente en la incoherencia que supone esta facultad entendida en los términos dados¹⁷⁹ por la reforma de la ley 20.050. Sólo recordaremos lo que habíamos mantenido anteriormente: la posibilidad de una

¹⁷⁷ Anteriormente la Corte Suprema sólo tenía la facultad de declarar la inaplicabilidad de la norma, y no de declarar la inconstitucionalidad. En este sentido, el efecto anterior de esta declaración era *inter partes*.

¹⁷⁸ Es decir, como efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad, actuando así como “legislador negativo”

¹⁷⁹ Ver nuestra aclaración sobre el control constitucional a partir de casos particulares de inaplicabilidad *supra*, 5.

invalidación que se justifique bajo criterios aplicables en un sistema jurídico del caso¹⁸⁰ es lógicamente inconsistente, de la misma manera que es lógicamente inconsistente derivar consecuencias generales a partir de premisas particulares.¹⁸¹ Lo que nos interesará en este punto descansa en los efectos que el legislador ha establecido para el acto de invalidación constitucional, y la revisión que la dogmática chilena ha realizado al respecto.

El artículo 93 de la Constitución Política de la república de Chile señala: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 7º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”. Asimismo, el artículo 94 inciso 3 indica “(...)el decreto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93 *se entenderá derogado* desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que *no producirá efecto retroactivo*” (las cursivas son nuestras). Esta es, a rasgos generales, la sistematización del control constitucional. Sin embargo, y como ya lo hemos descrito, parece importante hacer ciertas distinciones y precisiones respecto al tratamiento del control constitucional *ex post*.

En primer lugar, es importante destacar que la constitución no señala qué normas de la constitución deben ser vulneradas para que exista una vulneración. El

¹⁸⁰ El sistema jurídico del caso es comprendido como la totalidad de normas aplicables a un caso particular en un momento particular. Como puede desprenderse, ello no implica que puedan tomarse conclusiones para el sistema jurídico general, que no significa la suma de todos los sistemas jurídicos del caso existentes en todos los momentos posibles, sino una red de actos de sentido. Esta respuesta fue tratada por Bascuñan Rodríguez, Antonio, en el Taller de Memoria *Tiempo y Derecho*.

estándar que la constitución chilena establece, consiste en la necesidad de que la norma que pretende ser declarada inconstitucional haya sido “declarada inaplicable” con antelación. Para estos efectos, la declaración de inaplicabilidad consiste en que la “aplicación de un precepto legal (...) resulte contrario a la Constitución”. La constitución, como podemos desprender de la descripción del artículo 93, no distingue entre aquellos casos en que la norma haya infringido disposiciones formales¹⁸² o materiales¹⁸³, así como tampoco resuelve los casos de lo que nosotros hemos denominado como “invalidación sobreviniente”¹⁸⁴. Esta última consideración es particularmente importante en los casos en que la infracción sea sobreviniente y al mismo tiempo, sea formal.

Por otra parte, es importante determinar los efectos que el constituyente ha establecido en relación con la declaración de inconstitucionalidad. Como ya señalamos, la declaración de inconstitucionalidad “entenderá derogada” a la norma legal, y al mismo tiempo “no producirá efecto retroactivo”. De esta forma, las preguntas que debemos hacernos son claras: (i) qué significa derogación para la constitución chilena, y en particular que significa la frase “se entenderá” en este contexto, y (ii) qué significa que la declaración no producirá efecto retroactivo.

¹⁸² EZQUIAGA Francisco. *op. cit.* (n.103) p. 66 - 70

¹⁸³ *Ibíd.* p.70 -71

¹⁸⁴ Ver nuestras observaciones *supra.* 5.3

Uno de los principales trabajos en Chile sobre la materia es el de Felipe Caballero¹⁸⁵, que se desarrolla principalmente en el ámbito penal y las consideraciones clásicas sobre la prohibición de retroactividad y el principio de la ley penal más favorable. No obstante, el trabajo del autor antes citado esboza ciertas respuestas a los problemas que hemos señalado.

Frente a la primera pregunta, Felipe Caballero responde que “el efecto de la declaración de inconstitucionalidad sobre un precepto legal que realiza el TC (Tribunal Constitucional) es su *derogación*; es decir, produce el cese de su pertenencia al *ordenamiento jurídico*. El mencionado efecto se deriva de la propia regulación constitucional y no de categorías apriorísticas sobre la naturaleza jurídica de dicha declaración”¹⁸⁶. A nuestro juicio, la proposición de Caballero descansa en premisas erradas que permiten configurar una conclusión también errada. En primer lugar, porque la regulación constitucional no señala que el acto invalidatorio “derogará”, sino que “se entenderá derogado”, de modo que la intención parece ser el otorgamiento de efectos no propios para el sistema jurídico chileno de un acto de adjudicación. Al mismo tiempo, en este caso, la expresión derogación parece estar usada no como acto derogatorio, sino como efecto derogatorio¹⁸⁷, y de esta manera, el defecto se hace mucho más patente. Para Caballero, la opción es la siguiente, que en los términos correctos, se expresa en estos términos: el acto invalidatorio producirá como efecto lo

¹⁸⁵ CABALLERO, Felipe. *Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del tribunal constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal*. En Revista de Derecho de Valdivia, XIX N°2 – Diciembre 2006. pp. 162- 185

¹⁸⁶ *Ibid.* p. 182-183 (paréntesis nuestros)

¹⁸⁷ Es decir, que CABALLERO se refiere a la suplantación de efectos en vez de referirse al contenido performativo de tales actos. Por eso, en este contexto sigue siendo importante diferenciar entre los actos, como enunciados con un sentido específico, frente como los efectos.

que el acto derogatorio produce como efecto. Esa respuesta es posible, pues parece ser una facultad del constituyente asimilar los efectos que estime procedentes. Sin embargo, es importante la conclusión que Caballero efectúa respecto al efecto derogatorio. En este sentido, el autor plantea que tal efecto (entendido como asimilable en la regulación chilena al efecto invalidatorio) es el “cese de pertenencia de la norma al ordenamiento jurídico”.¹⁸⁸ El uso de los términos de Caballero en este momento parece ser inadecuado, o al menos, impreciso. En primer lugar, porque la asimilación del efecto invalidatorio al cese de pertenencia de la norma puede ser correcto, pero sólo en la medida en que la cancelación de la pertenencia implique, al mismo tiempo, la imposibilidad de aplicación infraactiva de la norma invalidada, es decir, que la invalidación proscriba la aplicabilidad de la norma. Sólo en la hipótesis de que pertenencia en el sistema incluya aplicabilidad (futura) de la norma, entonces el lenguaje de Caballero puede ser preciso.

En segundo lugar, Caballero estima que la declaración estimatoria de inconstitucionalidad afecta “la pertenencia (de la norma) en el orden jurídico”. Esta explicación es posible sólo si dejamos totalmente de lado las observaciones de los autores que más han utilizado los conceptos que Caballero utiliza, es decir, la obra de Alchourrón y Bulygin.¹⁸⁹ En este sentido, es importante destacar que la única forma en que pudiera ser comprensible la visión de Caballero radica en una comprensión amplia de los conceptos que utiliza. Para estos, debemos conceder que la pertenencia de una norma incluya al mismo tiempo su aplicabilidad, y que esta pertenencia afecta al ordenamiento jurídico, entendido, en términos de Alchourrón y Bulygin, como

¹⁸⁸ CABALLERO, Felipe. *loc. cit.*

¹⁸⁹ Ver nuestras consideraciones *supra* 3.3

afectación en un determinado sistema jurídico. La pregunta que se mantiene de este modo, es la siguiente: si la cancelación de una norma afecta su pertenencia entendida en los términos anteriores ¿la derogación afecta de la misma forma a la norma derogada?¹⁹⁰. La respuesta, a nuestro juicio, debe ser respondida negativamente. Y es que el problema principal de Caballero, al menos en este momento, se encuentra en la carencia de precisiones sobre los efectos a futuro de la norma¹⁹¹. En general, nosotros no estamos en desacuerdo con los fundamentos que realiza Caballero, pero la argumentación, al menos en esta mención, nos resulta insuficiente.

A nuestro juicio, la respuesta concerniente a los “efectos derogatorios” del acto invalidatorio parece ser tremendamente equívoca en la proposición realizada por el constituyente. Porque, o bien “derogamos” la norma asumiendo que existirán juicios futuros que podrán ser resueltos por la norma inconstitucional, o invalidamos de manera que la declaración afecta tanto su pertenencia como su aplicabilidad. En el caso chileno, como ya hemos descrito, la posibilidad de una afectación retroactiva parece compleja, pero eso no tiene que ver necesariamente con la proscripción de la aplicación infraactiva de la norma. Como ya lo hemos señalado, esa solución es mucho más simple, y también más pacífica de lo que se cree. El problema es otro, y ese problema es la imprecisión con la que el constituyente ha establecido los efectos de la sentencia invalidatoria.

¹⁹⁰ Para entender la derogación y sus efectos en la regulación legal chilena, BASCUÑÁN RORIGUEZ, Antonio, Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita, 18 Anuario de Filosofía Jurídica y Social. 2000. p. 227

¹⁹¹ Y de la correspondiente diferenciación entre los efectos que una norma genera en su pertenencia frente a su aplicabilidad.

Respecto a los efectos retroactivos de la declaración estimatoria de inconstitucionalidad, Felipe Caballero desarrolla tres respuestas que se relacionan principalmente con el ámbito penal, a saber, irretroactividad máxima, irretroactividad media e irretroactividad mínima¹⁹², decidiéndose por la última de estas alternativas. En este caso, la decisión de Caballero se fundamenta en un “límite objetivo con la finalidad de que la decisión de inconstitucionalidad no se extienda a hechos o relaciones jurídicas pasadas donde el precepto inconstitucional fue o pudiere ser aplicado”¹⁹³. A nuestro juicio, esta respuesta sigue siendo imprecisa, en primer lugar, porque no parece diferenciarse demasiado de la irretroactividad media (aunque Caballero las considere “excluyentes”) y en segundo porque no señala la forma que tenemos para determinar cuándo una relación jurídica es “pasada” y cuándo no lo es. La respuesta a los efectos retroactivos de una declaración de inconstitucionalidad ya la hemos respondido generalmente, y quizás por eso la regulación chilena sea particularmente compleja para realizar la aplicación de nuestra tesis. Sin embargo, hemos sostenido durante esta somera revisión del control constitucional chileno que el constituyente ha sido inadecuado en relación con la forma de plantear el control, junto con su equívoco desarrollo de sus efectos.

No obstante, pese a lo inadecuado que nos parezca, la doctrina constitucionalista ha demostrado que las formas de resolver los conflictos temporales subyacentes al control constitucional no pueden resolverse de forma unívoca y menos

¹⁹² Las tres clases de irretroactividad resultan confusas. La primera (p. 169-70) implica que “los efectos derogatorios de la sentencia sobre el precepto legal declarado inconstitucional no podrían aplicarse a hechos acaecidos con antelación a la publicación de la misma en el Diario Oficial”. La segunda (p. 171) significa “que el efecto retroactivo que se le niega a las sentencias del TC queda limitado sólo a la imposibilidad de afectar la cosa juzgada”

¹⁹³ CABALLERO, Felipe. *op.cit.* (n.185) p. 174

de forma estricta. En ese sentido, el posible apego a la potencial radicalidad de la declaración de inconstitucionalidad que pudimos prever en el punto 5, no es una exigencia ni menos una conminación obligatoria para los tribunales constitucionales. Es más, es posible que la conclusión de esta memoria sea justamente la contraria: es posible que los tribunales constitucionales cumplan mejor su función de mantener la supremacía constitucional, sin la necesidad de generar efectos tan radicales.

BIBLIOGRAFÍA

Ahumada, María de los Ángeles. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Num. 8. Enero-Abril 2001

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Ed. Astrea, Buenos Aires. 1987.

Águiló, Joseph, *Sobre la derogación*. Distribuciones Fontamara S.A., México, 1995.

La Derogación de normas en la obra de Hans Kelsen en revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 10, año 1991.

Atienza, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Ed. Civitas. Madrid. 1997.

Bascañán Rodríguez, Antonio, *Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita*, 18 Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 2000.

El principio de distribución de competencia como criterio de solución de conflictos entre normas jurídicas, en Revista Chilena de Derecho. Vol. 25. Santiago. 1998.

Bulygin, Eugenio, *Tiempo y validez*, en: Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Caballero, Felipe, *Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto penal*, 19 Revista de Derecho de Valdivia. Valdivia. 2006.

Calsamiglia, Albert. *En defensa de Kelsen*. Institut de Ciències Polítiques i Socials. Barcelona. 1997.

Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica. Ed. Ariel. Barcelona, 1977.

Díez-Picazo, Luis María, *La derogación de las leyes*. Ed. Civitas, Madrid, 1990.

Detmold, J.M, *El derecho como razón práctica*. Cambridge Law Journal, traducción de J.M. Simian, E.E.U.U. 1989.

Ezquiaga Ganuzas, Javier, *Sobre "Inconstitucionalidad y derogación"*, 2 Doxa-Discusiones, 2001.

Favoreu, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

Frändberg, Åke, *Retroactivity, simulactivity, infractivity*, en: varios autores, *Time, Law and Society* (= 64 ARSP Beiheft 64). Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1995.

Fuller, Lon L., *The morality of law*. New Haven/London: Yale University Press, 1969.

García de Enterría. E. *La democracia y el lugar de la ley*. Revista española de Derecho Administrativo Nº 92. Madrid. 1996.

García Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Ed. Alianza, Madrid, 1984.

Garvey, John H., et al. *Modern Constitutional Theory*, Ed. Thomson West, 5th Ed., E.E.U.U., 2004.

Grossi, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Ed. Trotta, Madrid. 2003.

Guastini, Ricardo. *Cinco observaciones sobre validez y derogación*, 2 Doxa-Discusiones, 2001.

Haberle, Peter. *El Tribunal Constitucional como poder político*. Revista de estudios políticos. Nº 124. Julio-Septiembre 2004.

Habermas, Jürgen. *¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad?*. En Cuadernos-Doxa, 1998.

Hamilton, Alexander, et al. *El Federalista*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1ª Ed., México, 1943.

Kelsen, Hans, *Derogation*, en: *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. Indianapolis/New York: Bobbs-Merril. 1962.

Teoría pura del Derecho, Ed. UNAM, México, traducción de Roberto J. Vernengo de la 2ª edición en alemán, 1982.

La garantía jurisdiccional de la Constitución. UNAM, México. 2001.

¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?. Ed. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1999.

Teoría General del Derecho y el Estado, Ed. Imprenta Universitaria, México, Traducción de Eduardo García Maynes, 1949.

Teoría General de las Normas. Ed. Trillas. México. 1994.

Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Ed. Palestra Editores, Perú, 3ª edición, 2007

Mendonca, Daniel, *Introducción*, en: *Doxa-Discusiones*, 2001.

Moreso, Juan José. *Sobre normas inconstitucionales*. En *Revista Española de Derecho Constitucional.*, 1993,

Nogueira Alcalá, Humberto. *Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa*, CEPC. España. 2000.

Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur. En Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional, N°2, Julio-Diciembre, año 2004.

Orunesu, Claudia – Rodríguez L., Jorge – Súcar, Germán, *Inconstitucionalidad y derogación*, 2 Doxa-Discusiones, 2001.

Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación, 2 Doxa-Discusiones, 2001.

Pérez Serrano, Nicolás. *Escritos de derecho político*. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1985.

Ricoeur, Paul, *Tiempo y narración*. Ed. Siglo XXI, Tomo III 1ª ed., México, 1996.

Rosseau, Dominique. *La justicia constitucional europea*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

Rubio Llorente, Francisco. *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*. Cuadernos de análisis jurídico / Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, no. 41, Chile., 1999.

La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8. Nº 22 Enero-Abril 1988.

Sagües, Nestor Pedro. *Las sentencias constitucionales exhortativas*. Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Volumen 4. Año 2. 2006.

Schmill, Ulises, *La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas*, 19 Doxa , 1996.

Observaciones a "Inconstitucionalidad y derogación", 2 Doxa-Discusiones, 2001.

Ruiz-Tagle, Pablo y Cristi, Renato. *La República en Chile*. Ed. LOM, 1ª edición, Chile , 2006.

Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Ed. Tecnos, 2ª ed., España 1998.

Suarez, Francisco. *Tratado de las leyes y del dios legislador*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

Tocqueville, Alexis de. *La Democracia en América*. Ed. Daniel Jorro, Madrid, 1911.

Zapata Larraín, Patricio. *Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. En Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 4 N°2, Ed. Librotecnia, Chile 2006.

Zúñiga, Francisco. *Control de constitucionalidad y sentencia*. Ed. LOM. Chile, 2006.

Elementos de jurisdicción constitucional. Ed. Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Chile, 2002.