

## INTRODUCCIÓN

Son dos los aspectos que resultan de especial interés.

Por una parte, el binomio de inconstitucionalidad-invalidez que establece nuestro ordenamiento constitucional, en donde el artículo 105 dispone que tratándose de normas generales, la resolución que las declare inválidas tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos (sobre once). Al parecer, la opción del órgano revisor de la Constitución consistió en introducir la invalidez con efectos generales, sin otra posibilidad como sanción a la inconstitucionalidad.

Esto ha provocado múltiples problemas, pues no se aprecia en las resoluciones de la Suprema Corte la invalidez es la única vía de sanción o si, por el contrario, existen otras soluciones. Por tanto, resulta conveniente reflexionar a este respecto bajo las siguientes consideraciones.

Inconstitucionalidad y nulidad. Diferencias entre ellas y su funcionamiento.

La consideración comparada de los sistemas europeos en el control de la constitucionalidad de la ley refleja que en todos los pronunciamientos donde se constata la contradicción de normas frente a la ley fundamental se declara inconstitucional el régimen creado por aquéllas, siendo la nulidad el modo en el que, en principio, conforme al modelo creado por el jefe de la escuela vienesa, se repara la inconstitucionalidad de las disposiciones creadas por el legislador.

El término de control constitucional de la ley importa no sólo la facultad del juez constitucional para declarar su inconstitucionalidad, sino el interpretarla para adecuarla a la Constitución<sup>1</sup> e, incluso, manipularla para dicho fin.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Con la expresión “interpretación conforme a la Constitución” se alude al “principio o máxima de hermenéutica según el cual de entre los varios entendimientos posibles de una regla de Derecho el intérprete ha de optar por aquel que mejor se acomode a los dictados constitucionales”. Véase Jiménez Campo, J., *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid.

<sup>2</sup> En el mismo sentido se pronuncia Jiménez Campo Javier al destacar: “Puede darse por supuesto que controlar la ley es algo distinto, y más amplio, que juzgar su constituciona-

Sobre el binomio inconstitucionalidad-nulidad que plantea el modelo de control constitucional en comento, Modugno se pronunció en su momento por la necesidad de abandonarlo, afirmando que la inconstitucionalidad admite modulaciones, grados y ponderaciones: “Es ilusorio por tanto concebir la inconstitucionalidad como un dato o valor absoluto y el binomio constitucionalidad/inconstitucionalidad como una irreductible y categórica opción. La inconstitucionalidad es siempre una elección, un dato a revelar, y en el fondo es la Corte quien elige entre los distintos grados de conformidad del ordenamiento a la Constitución.”<sup>3</sup>

La elección del Tribunal Constitucional respecto a los distintos grados de conformidad del ordenamiento a la Constitución obedece, conforme afirma Lanzillo, a consideraciones de equidad, de racionalidad y de oportunidad política, asumiendo así facultades de política legislativa.<sup>4</sup>

Dichas facultades de política legislativa de los tribunales constitucionales europeos reflejan la diversidad de medios con los que se repara la inconstitucionalidad advertida de ley, a saber: inconstitucionalidad de normas, pero no de las disposiciones que las expresan; declaración de inconstitucionalidad y anulación, asimilada esta última a la derogación legislativa (la *Aufhebung* austriaca) o dotada, para ciertos supuestos, de eficacia retroactiva; declaración de mera inconstitucionalidad o de incompatibilidad con la Constitución de preceptos legales, con o sin llamamiento al legislador, entre los más importantes.<sup>5</sup>

La adopción de uno u otro de los medios mencionados con antelación para reparar la inconstitucionalidad advertida por el juez constitucional importa diferenciar los dos momentos en los que se despliega la función de control de los tribunales constitucionales, a saber: la primera en la que

lidad, único cometido que, en lo que ahora importar, corresponde al Tribunal Constitucional...”. “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 171.

<sup>3</sup> Autor citado por Martín de la Vega Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, prólogo de Antonio La Pégola, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 258.

<sup>4</sup> Lanzillo, R. “Poteri creativi della Corte Costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi”, *Giurisprudenza forense e dotrinale come fonte di diritto*, Milán, Giuffrè, 1985, pp. 44 y 45.

<sup>5</sup> Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 61 y 62.

una vez que no se logró una interpretación conforme a la Constitución<sup>6</sup> de las disposiciones impugnadas por su incompatibilidad indudable con la ley fundamental, se declara su inconstitucionalidad por el juez de las leyes. La segunda en la que una vez constatada dicha incompatibilidad con la norma suprema se reconstruye el tejido normativo.

Sobre ese particular, es oportuno mencionar que una vez que se constata la inconstitucionalidad de las leyes la reparación se puede dar a través de dos vías o métodos de restablecimiento de la constitucionalidad: el primero se presenta mediante la sola intervención y pronunciamiento del órgano de la jurisdicción constitucional, a saber: reparación inmediata,<sup>7</sup> o bien mediante la intervención de otro órgano público, conocida como reparación mediata.

Una y otra vía son sólo alternativas en el orden lógico, pues los casos concretos de inconstitucionalidad pueden requerir su empleo sucesivo, y la adopción de uno u otro dependerá en mayor medida de las características propias del controversia, en cuanto a los valores jurídicos que se tutelén, es decir, la Corte Constitucional tendrá que ponderar en uno u otro caso si opta por un medio mediato o inmediato, mediante el balance de tres bienes jurídicos consagrados en la Constitución, a saber: supremacía constitucional, seguridad jurídica y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en favor de los ciudadanos.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> En la interpretación conforme se expresa con nitidez la conjunción entre el principio de supremacía de la Constitución sobre la interpretación de la ley y el criterio de conservación o mantenimiento en el sistema de esta última.

<sup>7</sup> Entre los medios inmediatos se encuentra la anulación o bien la manipulación directa de la norma.

<sup>8</sup> Como ejemplo de lo afirmado, podemos citar el supuesto en el que la supremacía constitucional o los derechos de los ciudadanos se ven mermados por razones de seguridad jurídica o bien por respeto a la libertad de configuración del legislador y/o las repercusiones económicas de una sentencia, cuando el Tribunal Constitucional austriaco retrasa la entrada en vigor de su sentencia constitucional hasta un total de 18 meses, durante los que se sigue aplicando la norma inconstitucional, sin posibilidad de que se impugne, infringiéndose el derecho subjetivo de los ciudadanos o un principio constitucional hasta en tanto el Poder Legislativo no repara el vicio inconstitucional destacado por el tribunal. Otro ejemplo se presenta cuando se da prioridad a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando se adiciona un supuesto normativo no contemplado en la norma en favor del principio de igualdad, dando pauta a la adopción de una sentencia aditiva o sustitutiva, según el caso.

## I. INCONSTITUCIONALIDAD

En el modelo ideado por Kelsen, conforme lo destaca Gascón Abellán, el Tribunal Constitucional trataba de representar un intento de conciliación en la tensión política entre jueces y legisladores de los años veinte,

que tendría su culminación dramática en la República de Weimar, y en la tensión teórica entre un positivismo desacreditado y un Derecho libre desbocado...; de un lado, porque pretendía garantizar la supremacía de la Constitución sin comprometer la libertad política del Parlamento; de otro, porque asumiendo las enseñanzas del antiformalismo, quiso recuperar uno de los ideales de la filosofía iluminista y de la codificación, cual es el de la aplicación «lógica» y controlable del Derecho.<sup>9</sup>

Sobre la base del modelo kelseniano de control de las leyes, se entiende el concepto de “inconstitucionalidad” como el producto del análisis de la compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos; por un lado, la Constitución; por el otro, la ley que se enjuicia, a efecto de expulsar del ordenamiento jurídico a esta última, con base en el sistema de control en estudio, y en donde la nulidad se perfila como la única forma de reparación del sistema.

En el modelo de control constitucional actual en Europa, el pronunciamiento de la incompatibilidad de los enunciados normativos señalados con antelación se debe adoptar previa a la función hermenéutica del juez de las leyes para obtener la norma que sea conforme con la Constitución, a efecto de hacer compatibles el principio de primacía de la Constitución y el de mantenimiento o conservación de la voluntad legislativa expresada en las leyes. Si una vez realizada la operación hermenéutica del tribunal no se obtiene la norma que sea conforme con la ley fundamental, entonces es válido que la Corte proceda a declararla inconstitucional.

## II. NULIDAD COMO SANCIÓN Y COMO FORMA PARA REPARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD ADVERTIDA

En el modelo de control constitucional ideado por el jefe de la escuela vienesa se trataba de procurar que todas las consideraciones políticas que

<sup>9</sup> Gascón Abellán, Marina “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, p. 64.

dominan el problema de la formación del órgano Legislativo no entren en juego cuando se trata de la anulación de las leyes:

Aparece en este punto la distinción entre la elaboración y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce, esencialmente, en aplicación de las normas de la Constitución. Está ausente casi por completo aquí la libre creación que caracteriza a la legislación. Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar —y tan sólo por medio de principios y directrices generales—, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución.<sup>10</sup>

Sobre el concepto de nulidad, Javier Jiménez Campo señala que debe distinguirse en dos sentidos.

El primero, por el que se identifique la nulidad como una sanción negativa, a través de la cual se cancelan o expulsan del mundo jurídico disposiciones o fragmentos de éstas.

El segundo como un medio de reparación del sistema, al que se debe acudir únicamente cuando esa expulsión resulte el medio idóneo para la restauración de la juridicidad conculcada:

Al primero de estos rasgos se refiere el Tribunal cuando afirma, enfáticamente, que es efecto inmediato de la anulación de cualquier norma su expulsión del ordenamiento jurídico de una vez por todas y para siempre, medida irreversible por su propia naturaleza (STC 166/94/2). Hace referencias al segundo cuando constata —por ejemplo— que la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...<sup>11</sup>

La nulidad como medio reparador de la inconstitucionalidad advertida no debe verse como el único medio para reparar la inconstitucionalidad advertida, ya que se considera excesivamente rígida y, de seguirse literalmente, provocaría en ocasiones que la sentencia anulatoria generara efectos aún más perniciosos o peyorativos<sup>12</sup> que los producidos por la

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, p. 131.

<sup>11</sup> “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *cit.*, p. 35.

<sup>12</sup> Para Javier Jiménez Campo, por resultados peyorativos debe entenderse en dos sentidos: “En su aceptación más propia, una anulación peyorativa sería la que, paradójicamente,

ley anulada “...además, en sociedades supernormativizadas como las actuales el vacío legal que produce una sentencia anulatoria puede ser algo distinto al tradicional horror vacui de los juristas para convertirse en un serio problema político, como sucedería si se anulara sin más una ley que regula pensiones o impuestos”.<sup>13</sup>

Corolario de lo hasta aquí expuesto, es señalar que en el modelo actual de control de constitucionalidad de leyes en Europa se advierte la estructura siguiente:

1. Los tribunales constitucionales ejercen control sobre las normas jurídicas que se desprenden de las disposiciones por medio de la interpretación, bajo los principios de la exigencia de la interpretación conforme a la Constitución, que conjunta a su vez el de primacía o supremacía constitucional y el de conservación de la ley;
2. Cuando la confrontación directa de la disposición con los designios constitucionales impide su interpretación conforme, se adopta por el juez de las leyes un pronunciamiento de inconstitucionalidad;
3. El concepto de inconstitucionalidad, entendida como el producto del análisis de la compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos; por un lado, la Constitución; por el otro, la ley que se enjuicia, es distinto al de nulidad, por ser esta última un sanción y medio reparador de aquélla;
4. El concepto “nulidad” debe identificarse, por una parte, como una sanción negativa, a través de la cual se cancelan o expulsan del mundo jurídico disposiciones o fragmentos de éstas y, por otra, como un medio de reparación del sistema, al que se debe acudir únicamente cuando esa expulsión resulte el medio idóneo para la restauración de la juridicidad conculcada.

Por otra parte, también resulta de especial interés tener certeza en el manejo de los efectos temporales de las sentencias, especialmente de las

camente, agravase, siquiera pro tempore, la situación de inconstitucionalidad constatada... En un sentido más amplio o laxo, y también de más arriesgada identificación, anulación peyorativa sería también aquella que, aun reintegrando a la constitucionalidad la situación ordenada por la ley viciada, conmoviera desproporcionalmente, al hacerlo, elementos básicos del ordenamiento, con la consiguiente lesión de la seguridad jurídica”. “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, *cit.*, p. 191.

<sup>13</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador...”, p. 260.

que llegan a declarar la invalidez de normas generales. La diferencia que en otros lugares ha sido motivo de discusión, en relación con los efectos *ex tunc* y los efectos *ex nunc*, merece un especial recordatorio en nuestro ordenamiento jurídico. Lo único que se estableció, y eso a nivel de ley, fue que la Suprema Corte de Justicia podrá determinar los efectos temporales de las sentencias. Así, por ejemplo, se ha llegado a declarar una invalidez temporal, como la violación fue por haberse transgredido una disposición que establecía una temporalidad, entonces pasada dicha temporalidad la invalidez desaparece. O bien, se ha llegado a declarar la invalidez pero no surte efectos sino hasta que pasa cierto tiempo, cuando el acto cuya invalidez, se reclamó dejó de tener efectos.

En el caso de los efectos *ex nunc*, producidos desde ahora, desde la emisión de la sentencia, sería conveniente analizar qué sucede con el acto de aplicación a partir del cual se impugnó una ley, pues la ley se expulsará, pero el acto de aplicación puede quedar vigente.

Parece, entonces, que debe reflexionarse sobre los efectos de la invalidez, esto es, a partir de cuándo se producen y si es posible modularlos en el tiempo, como lo dispone nuestra legislación.

También convendría hacer una reflexión sobre lo que debe considerarse como retroactividad, pues recientemente se ha opuesto a la simple emisión de la sentencia, esto es, no es posible regular nada hacia atrás porque la retroactividad está prohibida, o mejor dicho, sólo está permitida en materia penal y en beneficio de las personas. Sin embargo, a veces se pierde la noción precisa de retroactividad, de aplicación sustantiva, pero que en aspectos adjetivos es otra su naturaleza y son otras sus consecuencias.

Ricardo MARTÍNEZ ESTRADA