

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista del Centro de Estudios Constitucionales



Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales

Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile
Correo Electrónico: cecoch@utalca.cl Página Web: www.cecoch.cl

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca.

REPRESENTANTE LEGAL:

Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector de la Universidad de Talca.

DIRECTOR:

Humberto Nogueira Alcalá. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

SUBDIRECTOR:

Jorge Precht Pizarro. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Público, Universidad de Talca.

Consejo Editorial Nacional

Eduardo Aldunate L.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Raúl Bertelsen Repetto.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector
Universidad de Los Andes.

José Luis Cea Egaña.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Kamel Cazor Aliste.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho,
Universidad Austral de Valdivia.

Miguel Angel Fernández.

Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la
Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Católica de Santiago y Universidad de Talca.

Emilio Pfeffer Urquiaga.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Lautaro Ríos Alvarez.

Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Valparaíso.

Jorge Tapia Valdés.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad Arturo Prat, Iquique.

Francisco Zúñiga Urbina.

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

Consejo Consultivo Internacional

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Santafé de Bogotá.
Ex Magistrado y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia.

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala.

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine, Italia.

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III, Madrid, España.

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario, Argentina.

Secretaría

María Soledad Ramírez Ramírez

Diseño Gráfico

Marcela Albornoz Dachelet

Revisión de Textos

María Cecilia Tapia Castro

Impresión

Impresora Contacto - Talca

Correo electrónico cecoch@utalca.cl

FUNDAMENTO TEÓRICO DE LA TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS EN PROCESOS DE CONSTITUCIONALIDAD

Paul Rueda Leal (*)

RESUMEN

El autor analiza las diversas modalidades de sentencias en materia de control de constitucionalidad emanadas de tribunales constitucionales, realizando una tipología de ellas cercana a la realizada por la doctrina constitucional alemana

Derecho procesal constitucional. Tribunales Constitucionales. Tipología de sentencias constitucionales.

La temática objeto de este ensayo, la tipología de sentencias, me llamó la atención desde hace varios años, en particular, luego que leí lo que, al respecto, sostenía don Rodolfo Piza Escalante, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional de Costa Rica:

“... en nuestra práctica judicial, el esfuerzo por definir una tipología de las decisiones jurisdiccionales, cuando llega a la pretensión de clasificarlas en compartimientos estancos -al fin de cuentas caprichosos y hasta arbitrarios-, desembocan en

(*) Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica y Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Frankfurt am Main, Alemania. El artículo se basa en la conferencia brindada en el marco del Segundo Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano, celebrado en San José de Costa Rica los días ocho y nueve de julio de 2004. Artículo recibido el 3 de agosto de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 2 de septiembre de 2004. Correo electrónico: paulrueda@yahoo.com.ar

bizantinas construcciones doctrinarias sin utilidad práctica ni teórica, por ejemplo cuando las sentencias desbordan la mera estimación o desestimación de inconstitucionalidad”¹.

Precisamente a partir de esa afirmación, me intrigó el punto y durante mis estudios de doctorado en la Universidad de Frankfurt, dediqué parte de mi tiempo a investigar este aspecto. Sin embargo, no había tenido la oportunidad de traducir, al menos de manera resumida, algunas de las conclusiones obtenidas. Aprovecho la ocasión para referirme a este extremo, sobre todo con motivo de la proyectada reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense.

Antes de realizar una categorización jurídica, como es la tipología de sentencias, resulta de rigor investigar qué razones sustentan la necesidad conceptual o técnico-jurídica de plantear algún tipo de clasificación, esto es, si las diversas categorías de sentencias, en este caso correspondientes a la jurisdicción constitucional, responden al mero arbitrio del juez o representan un derivado, con cierto grado de ilación jurídica, de la particular naturaleza de los elementos que se están juzgando.

Precisados tales motivos, resulta más plausible plantear un catálogo que dependa menos del particular gusto del doctrinario de turno y más de elementos cuya constatación sea intersubjetivamente demostrable y, por consiguiente, se pueda argumentar de manera razonable. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, se obtienen enormes beneficios, puesto que aumenta la capacidad de predicción del tipo de efectos de una sentencia de inconstitucionalidad con base en los referidos elementos objetivos; desde una perspectiva dogmática, se facilita la explicación teórica de un fenómeno jurídico de manera que pueda evaluarse su validez de la mejor forma posible: mediante su confrontación con la realidad jurídica de cada ordenamiento interno. Como señala el profesor Ralph Dreier², la legitimidad de toda teoría jurídica radica en su capacidad de predicción; no es la realidad del derecho la que debe ajustarse a una teoría, sino esta última la que debe tener la habilidad de explicar a la primera.

Intuitivamente, la tipología de sentencias se percibe a través de los diferentes efectos de las resoluciones (*extunc* - *exnunc*, constitutivo o declarativos, nulidad absoluta o relativa, interpretativas, aditivas), de manera que se debe analizar ante todo qué provoca esa diversidad de consecuencias jurídicas. Para mayor simplicidad, me referiré en particular a las sentencias en procesos constitucionales abstractos.

TIPOLOGÍA Y VALIDEZ NORMATIVA

El quid del asunto consiste en que, como cuestión de principio, una sentencia de inconstitucionalidad tiene que ver con la validez de una norma.

De forma genérica, se puede afirmar que la norma positiva es un esquema conceptual que regula una situación fáctica a la que, de manera directa o indirecta, se le asignan determinados efectos. En consecuencia, la vigencia de una norma no depende de una situación de hecho, sino de la valoración jurídica de tal situación

¹ Piza Escalante, Rodolfo, **Justicia Constitucional en Costa Rica**, 1ª edición, Lisboa, Publicado por el Poder Judicial de Costa Rica, 1995, p. 104.

² Dreier, Ralf, Der Rechtsbegriff, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1986, p. 894.

correspondiente al denominado “deber ser”, es decir, se trata de un asunto que concierne no a la realidad de la naturaleza, sino a la jurídica.

Desde esa perspectiva del deber ser, la norma pierde su vigencia de dos formas: a) cuando su contenido choca con el de normas superiores (principio estático); b) cuando es emitida en contra de las reglas procesales correspondientes (principio dinámico). Ambos principios rinden hasta que se llega a la Constitución, cuya validez depende de la denominada norma fundamental, presupuesto lógico necesario, que simplemente le confiere autoridad normativizante a la Constitución y se evidencia por una mera constatación fáctica (principio de efectividad)³.

En consecuencia, salvo la norma fundamental, el resto de disposiciones de un ordenamiento jurídico se mantienen válidas, no por un asunto de realidad fáctica sino jurídica: su existencia cesa de conformidad con las reglas que al efecto fija el ordenamiento o bien porque es sustituida por una nueva norma.

Suscitado un conflicto de constitucionalidad, se nos plantean dos clases de preguntas. La primera se reduce a determinar cuál de las normas debe continuar vigente, lo que se resuelve básicamente por un juicio de jerarquía. La segunda clase se refiere a cómo solventar el conflicto presentado (esto es, bajo qué procedimiento debe dejar de existir una norma o qué tipo de efectos tiene su declaratoria de inconstitucionalidad). Con respecto al primer extremo, solo se puede considerar como obligatorio desde un punto de vista lógico-jurídico, que en el caso de un conflicto entre una norma ordinaria y la Constitución, prevalezca la segunda, en el marco de una valoración perteneciente al deber ser y presuponiendo la existencia de una norma fundamental, que es la que le confiere esa superioridad a la Constitución. Todos los demás aspectos, pertenecientes a la segunda clase de preguntas, no tienen ninguna solución forzada, pues, precisamente, la respuesta no es una cuestión lógica-jurídica irremediable, sino un asunto de libre arbitrio del legislador⁴. Por ello, en el derecho comparado, todos los ordenamientos coinciden en que la norma constitucional prevalece sobre la ordinaria, pero en lo que concierne al tipo de solución de un conflicto de constitucionalidad, se nos presenta un abanico de alternativas.

Resumiendo, la validez de una norma no es un asunto de realidad, como su aplicación efectiva, sino es una cuestión jurídica positiva, que, sin embargo, admite diversas respuestas normativas porque no hay obligatoriedad lógica-jurídica en relación con algún tipo específico de solución de un conflicto de constitucionalidad.

Alcanzar este grado de conciencia, acaso evidente, constituyó a finales de los setentas, sin embargo, un paso fundamental en la evolución de la dogmática constitucional alemana, puesto que, ante una legislación deficitaria y por vía de imaginativa interpretación jurisprudencial, se abrieron de par en par las puertas para abandonar el dogma de la nulidad absoluta de las sentencias de inconstitucionalidad y, de esta forma, dinamizar la discusión sobre la tipología de sentencias.

³ En general remito a Kelsen, Hans, **Reine Rechtslehre**, 2ª edición, Wien, 1960.

⁴ El tema lo desarrollo con más profundidad en Rueda Leal, Paul E., **Die verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze**, 1ª edición, Peter Lang, Frankfurt, 1998, p. 23.

Reza el efecto típico de una sentencia de inconstitucionalidad que una norma lesiva del orden constitucional es nula *extunc* e *ipso iure*. Tal solución se nos plantea como necesaria, pues ¿cómo va a subsistir una norma que violenta la Constitución Política? Esta concepción está muy arraigada y con frecuencia es citada en la doctrina y la jurisprudencia sin mayor explicación.

No obstante, esa solución no es, según lo explicado, la única desde un punto de vista lógico-jurídico. Igualmente una norma declarada inconstitucional puede ser simplemente anulable con efectos *extunc* o incluso puede permitirse su vigencia provisional durante cierto plazo y sujeta a determinadas condiciones. La posibilidad de que jurídicamente resulte procedente que una disposición inconstitucional, aún luego de declarada como tal, sea anulada solo hacia el futuro, se debe a que su existencia no depende de la realidad natural -la situación fáctica de que vulnere la constitución real-, sino de la realidad jurídica o el deber ser: la norma deja de ser jurídicamente válida según disponga de modo autárquico el ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma, el dogma de la nulidad absoluta de las normas inconstitucionales es solo eso, una proposición asumida como innegable durante décadas, mas en realidad, de igual manera, resulta pensable sostener que una disposición inconstitucional es meramente anulable, siempre y cuando sea el propio ordenamiento jurídico el que disponga el modo en que una disposición contraria a la Constitución deja de existir. Esta situación se evidencia en la medida que el dogma de la nulidad absoluta necesita ser suavizado: El artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense dispone que la sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, lo que en la práctica implica la irremediable necesidad de reconocer que la norma impugnada sí existió. Asimismo, el artículo 93 de ese cuerpo legal señala que el efecto retroactivo de la sentencia anulatoria no alcanza situaciones jurídicas consolidadas definitivamente, tales como los derechos adquiridos de buena fe, aquellas relaciones o situaciones jurídicas en las que operó prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos.

Nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional, sin embargo, no contempla la posibilidad de dimensionar los efectos a futuro. Esta situación es idéntica, como explicaré más adelante, a la que se suscitó en Alemania, donde hace cuarenta años consideraciones pragmáticas -en particular, evitar un caos social y financiero por la repentina anulación de una norma- obligaron a moderar las consecuencias a futuro de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad por vía jurisprudencial, solución posteriormente recogida de manera positiva, aunque no con el grado de precisión deseable. Lo importante es que desde el punto de vista dogmático, resulta plausible sostener que una norma jurídica declarada inconstitucional puede coexistir en el ordenamiento jurídico afectado con una condición básica, que su existencia esté restringida en el tiempo. La superioridad de la Constitución no se ve menoscabada de ninguna forma, tan solo porque el ordenamiento jurídico permita durante un plazo determinado la vigencia provisional de una disposición, a pesar de que dictaminó su inconstitucionalidad mediante un procedimiento preestablecido. Lógicamente ineludible solo es que el ordenamiento, luego de determinada la inconstitucionalidad de una regulación, obligue a su remoción. A partir de tal premisa, resulta del todo factible que la norma impugnada se mantenga vigente por un cierto período, como con frecuencia ocurre en el derecho comparado.

TIPOS DE SENTENCIAS

La sentencia de nulidad absoluta.

La primera gran clasificación en materia normativa divide en sentencias estimativas y desestimativas.

Entre las estimativas, tenemos las sentencias de nulidad absoluta, las de incompatibilidad y las de efectividad diferida. Los casos de interpretación conforme a la constitución no son, en mi opinión, un tipo de sentencia sino una técnica para su configuración, aplicable tanto a las resoluciones estimativas como a las desestimativas.

Como se indicó, la típica sentencia de inconstitucionalidad es la de nulidad absoluta. El efecto inmediato consiste en que la norma declarada inconstitucional se anula *extunc* e *ipso iure*. *Extunc* significa que la disposición es inválida desde el momento mismo de su emisión, no de la firmeza del respectivo fallo constitucional. Por ello, se dice que la sentencia de inconstitucionalidad es declarativa. *Ipsa iure* implica que ninguna actuación jurídica posterior es requerida para la anulación de la regulación impugnada.

La condición necesaria para que se pueda declarar una nulidad absoluta es la denominada por la doctrina alemana "*Normsubstanz*", término que traduzco como "sustancia normativa" o "sustrato normativo"⁵. Significa que la causa normativa de la inconstitucionalidad tiene que estar plenamente individualizada y localizada, de manera que su remoción, total o parcial, restaure el orden constitucional. Este aspecto es fundamental para comprender el sentido de la tipología de sentencias y de esta modesta exposición.

La sentencia de incompatibilidad

Se trata por supuesto tan solo de una denominación, la traducción literal del término alemán "*Unvereinbarerklärung*"⁶. Este tipo de sentencia normativa se pronuncia cuando a pesar de que se ha declarado la existencia de una inconstitucionalidad, se carece de sustancia normativa sobre la que se asiente tal violación, con la consecuencia de que la causa de la lesión al orden constitucional no puede ser aislada. Por ello, la parte dispositiva de ese tipo de resolución se limita a indicar que la norma impugnada es incompatible con el orden constitucional, mientras que en el otro tipo de sentencias expresamente se pronuncia la nulidad absoluta.

⁵ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, 3ª Edición, München: Beck, 1994, p. 229.

⁶ Al respecto, como consulta básica cito los siguientes trabajos: Frenz Walter, Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen, DÖV 1993, Heft 19, pp. 847-855; Gerontas Apostolos, Die Appellentscheidung, Sondervotumsappelle und die blo•e Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, BVBl. 1982, p. 486-491; Hein Peter, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Bd. 43, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden: Nomos, 1988; Heu•ner Hermann, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, Heft 6, p. 257-263; Ipsen Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden: 1ª Edición Nomos, 1980; Pestalozza Christian, Noch verfassungsmä•ige und blo•e verfassungswidrige Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band 1, Tübingen: Mohr 1976, S. 519-567; Seer Roman, Die Unvereinbarerklärung des Bundesverfassungsgerichts am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht, NJW 1996, Heft 5, p. 285-291; Jens Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, 1ª Edición, Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1998.

Existen dos casos típicos de pronunciamientos de incompatibilidad, que a continuación explico.

Inconstitucionalidad por violación al principio de igualdad

Una característica del principio de igualdad consiste en que a pesar de que sanciona el trato discriminatorio, no le confiere de manera automática al discriminado el derecho subjetivo a participar del beneficio del que ha sido excluido.

Ello es así, por cuanto en caso de un favorecimiento inconstitucional, siempre existen tres posibilidades para reestablecer el orden constitucional. El beneficio puede ser extendido a otros grupos, eliminado del todo, o bien suministrado de otra forma⁷.

La diversidad de soluciones se explica porque la norma impugnada que otorga el beneficio, considerada de manera individual, en realidad no es constitucional ni inconstitucional. La inconstitucionalidad no consiste en el otorgamiento del beneficio en sí, sino en el hecho de que a una persona se le confiera tal privilegio y a otra no. Por ello, la inconstitucionalidad en ese tipo de asuntos radica verdaderamente en la relación normativa entre el grupo de personas que resulta favorecido por un beneficio conferido por el Estado, y el conjunto de individuos que no es tomado en cuenta. Cada vez que una disposición le está confiriendo un privilegio a un sujeto, al mismo tiempo y de forma tácita está emitiendo otra norma que se lo niega a otra persona.

Al respecto, resulta conveniente distinguir entre objeto del proceso y causa de la infracción al orden inconstitucional. El primero es una determinada conducta estipulada en una norma positiva que es investigada a fin de averiguar si se violenta el orden constitucional; la segunda es un fenómeno jurídicamente relevante que provoca la inconstitucionalidad. Normalmente, la conducta regulada en una disposición es la causa de la inconstitucionalidad, de manera que su simple supresión restituye el orden constitucional. En el caso de lesiones al derecho de igualdad, por el contrario, el objeto del proceso difiere de la causa de la lesión. La supresión de la regulación impugnada no necesariamente restaura el orden constitucional; incluso, puede llevar a una profunda situación de injusticia, en la que el accionante en vez de pan, recibe piedras, como sucedería si plantea un proceso de constitucionalidad por haber sido excluido de un beneficio, y en la sentencia se le da la razón pero al mismo tiempo se anula la norma.⁸

En consecuencia, las violaciones al derecho de igualdad carecen de un sustrato normativo que pudiese ser aislado e individualizado, de manera que resulta técnicamente imposible pronunciar una sentencia de nulidad.

A partir de los noventa, la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán ha asumido como regla en el caso de lesiones al derecho de igualdad, el dictado de

⁷ Schlaich, Op. cit., p. 367.

⁸ Por ejemplo, una acción fue interpuesta por trabajadores nacionales para que se declarara la inconstitucionalidad de ciertos privilegios, que le eran solo aplicables a los empleados extranjeros del Consejo Monetario Centroamericano, con base en los artículos 2 y 3 de la ley número 3345 del seis de agosto de 1964. La Sala estimó que en realidad ningún trabajador tenía derecho a tales beneficios, pues ese consejo no era sujeto de derecho internacional, de manera que no había sustento para su otorgamiento. El resultado fue que tanto excluidos como beneficiados por la norma se quedaron sin nada. Ver sentencia 256-92 de las dieciséis horas del cuatro de febrero de 1992.

sentencias de incompatibilidad, aunque la fundamentación técnica de esta variante ha sido definida con mayor claridad por la doctrina. En particular, el tribunal alemán acude con frecuencia al argumento del respeto al denominado “derecho a la libre configuración del legislador”⁹, que le garantiza a éste último un espacio de libre discrecionalidad política en la toma de ciertas decisiones, como el otorgamiento de subsidios para estimular determinadas áreas productivas, en lo que no resulta posible que otro Poder se inmiscuya. Cuestiones de oportunidad política no son susceptibles del control de constitucionalidad, salvo, claro está, que de manera muy evidente carezca de fundamentación objetiva el criterio discriminatorio aplicado o que se violenten otros derechos constitucionales. Aún en esa eventualidad, el respeto a ese campo de acción propio del legislador, impide, según el criterio de algunos fallos, que el tribunal constitucional defina una específica situación que resuelva la alegada desigualdad, pues ello implicaría lesionar el mencionado “derecho a la libre configuración del legislador”, toda vez que éste tiene a su disposición varias alternativas de solución¹⁰. Tal argumento es seductor pero innecesario, pues como ya indiqué, lo que subyace es una imposibilidad técnica.

Excepciones a la regla supracitada

La primera ocurre cuando la inconstitucionalidad detectada no solo se sustenta en la violación en el derecho de igualdad, sino también en otro derecho constitucional conexo. Por ejemplo, en materia de acceso a la salud pública, no resulta constitucional discriminar entre nacionales y extranjeros; una eventual norma que estableciera algún tipo de trato preferencial en razón de la nacionalidad vulneraría, además del derecho de igualdad, el derecho a la salud. En ese caso hipotético, la disposición impugnada podría ser declarada nula absolutamente, pues si bien carece tal inconstitucionalidad de sustrato normativo en lo atinente a la lesión al derecho a la igualdad según lo explicado con anterioridad, sí lo tiene en cuanto al quebranto al derecho a la salud.

La otra posibilidad resulta cuando del análisis de la norma impugnada, únicamente una solución es jurídicamente posible. Para efectos de mayor claridad, indico el siguiente ejemplo. La Ley de Transexuales del diez de setiembre de 1980 (Alemania), preveía dos formas para que las personas cambiaran su identidad sexual. La primera consistía en la denominada “solución mayor”, para cuyo efecto se requería que el interesado no estuviese casado, no tuviese capacidad de reproducción, y se hubiese sometido a una intervención quirúrgica, en la que sus rasgos se hubiesen asimilado evidentemente a los del género pretendido. En este caso, el petente podía cambiar en su identificación su tipo de sexo y el nombre, correspondiéndole todos los derechos y obligaciones propios de su nuevo género¹¹. La segunda posibilidad era la llamada

⁹ Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.

¹⁰ En Costa Rica, se han presentado casos en los que se ha ampliado por vía jurisprudencial un favorecimiento. En la acción de inconstitucionalidad número 00-009101-0007-CO, se impugnaba una serie de privilegios a favor de los consultorios jurídicos de la Universidad de Costa Rica, en detrimento del resto de universidades. Por vía hermenéutica, se entendió que las ventajas académicas y profesionales reguladas por la ley número 6369, debían ser aplicables de manera extensiva en beneficio de todos los estudiantes de derecho de las universidades nacionales, tanto públicas como privadas. Al respecto ver la sentencia número 2001-05420 de las quince horas dieciséis minutos del veinte de junio de 2001.

¹¹ En Costa Rica, tratándose del cambio de hombre a mujer, ello le permitiría al petente acceder a todos los derechos derivados de la Ley de Igualdad Real de la Mujer, en el caso hipotético de que existiese una disposición como la alemana.

“solución menor”, que consistía simplemente en el derecho a cambiarse el nombre, no el género, para cuyo efecto se exigía haber demostrado durante tres años la voluntad de asumir el rol deseado, entre otros requisitos menos relevantes. En ambos casos, originalmente se requirió una edad mínima de 25 años. En sentencia del Tribunal Alemán número 60, 123, dictada el dieciséis de marzo de 1982, se declaró inconstitucional, en relación con la solución mayor, la fijación de la edad mínima de 25 años, básicamente porque a pesar de que una persona hubiese cumplido todos los demás requisitos de la solución mayor, esto es, aunque se hubiese practicado la operación quirúrgica de cambio de sexo, si era menor de 25 años no podía cambiarse registralmente su nombre y género. Sin embargo, la solución menor quedó vigente con el requerimiento de los 25 años. En una acción posterior, esta condición también fue eliminada¹².

Expongo este ejemplo relativo a Costa Rica: En la acción de inconstitucionalidad número 97-004250-007-CO, entre otros extremos, se impugnó el inciso a) del artículo 90 de la Ley General de Policía, por cuanto exigía para desempeñarse como agente del servicio privado de seguridad, la condición de ser ciudadano en el ejercicio pleno de sus derechos. La norma fue declarada inconstitucional, pues restringía de manera absoluta el acceso al cargo de guardia privado de seguridad a aquellas personas que no hubieren nacido en nuestro país, o pasado por un procedimiento administrativo de naturalización, sin importar para ello la cantidad de tiempo que hubieran permanecido en Costa Rica en esa condición. “Por otro lado, la legislación en materia migratoria impone la necesidad de ser residente legal y de obtener un permiso de trabajo antes de poder realizar cualquier actividad remunerada en Costa Rica, por lo que todo foráneo que pretenda desempeñar la función de agente privado de seguridad debe seguir dichos procedimientos, introduciéndose así un filtro a la contratación de nacionales de otros países en la labor mencionada”. En consecuencia, se declaró nula la condición de ser ciudadano en el ejercicio pleno de sus derechos. En apariencia, ésta era la única alternativa posible. Sin embargo, con una sentencia de incompatibilidad, el parlamentario hubiera tenido la posibilidad de restringir aquella medida tan drástica que representaba un impedimento absoluto para los extranjeros, y sustituirla por otra más razonable, como que el extranjero hubiese permanecido en el país al menos dos años sin incurrir en ilícitos de tipo penal o contravencional.

Mientras el legislador corrige la discriminación detectada, puesto que no existe sustrato normativo por anular, el objeto del proceso de constitucionalidad –es decir, la norma positiva impugnada– por regla general se mantiene vigente mas no aplicable, lo que implica la suspensión de los procesos afectados, o bien, de manera provisional continúa aplicable por cierto plazo, mientras el legislador repara el orden constitucional. Se exceptúan los asuntos en que los efectos negativos de la discriminación aquejada sean especialmente perjudiciales e imposibles de resistir, de manera que no se le pueda exigir al administrado soportarlos. Se trata de una cuestión que deber ser ponderada en cada caso.

Inconstitucionalidad por omisión

La omisión absoluta se presenta, por ejemplo, cuando el legislador no ejecuta del todo un mandato constitucional.

¹² Sentencia del Primer Senado del veintiséis de enero de 1993.

La omisión relativa se da, por ejemplo, cuando tal mandato se cumple parcialmente, de manera que solo aquello que falta, constituye la inconstitucionalidad¹³. No quiero ahondar en la controvertida definición de una omisión relativa, por la evidente dificultad de determinar hasta que tanto se trata de una acción defectuosa, en vez de una omisión parcial. Además, el Profesor Bazán se referirá de manera muy sustentada al respecto.

En lo que interesa para esta exposición, un caso típico de inconstitucionalidad por omisión consiste cuando el parlamentario incumple un mandato de legislar, lo que le impide al administrado ejercer un determinado derecho. Clara muestra de esto la encontramos en nuestra Constitución Política, donde existe el derecho subjetivo de los costarricenses a ejercer la soberanía por medio del referéndum y la iniciativa popular, lo que depende de una ley de referéndum, aún no dictada¹⁴.

Cuando se presenta una inconstitucionalidad por omisión, el déficit de sustrato normativo salta a la vista, por cuanto lo inconstitucional no radica en lo que está -cuya remoción restauraría el orden constitucional- sino en lo que no se encuentra. Suplir esa laguna no es asunto de la jurisdicción constitucional, pues se trata de un aspecto propio del derecho a la libre configuración del legislador. Parto, como indiqué, de que un tribunal constitucional, por naturaleza, es un órgano de control jurisdiccional, de modo que no puede atribuirse la responsabilidad política de asumir la iniciativa en el dictado de leyes ni participar en su formación.

La sentencia de efectividad diferida.

Existen resoluciones alternativas a la de nulidad absoluta, que no se fundan en criterios de consistencia técnico-jurídica, como la falta del sustrato normativo, sino en razones de pura oportunidad. Por ello, desde la perspectiva dogmática, deviene indispensable distinguir tales sentencias de las de incompatibilidad en sentido estricto¹⁵.

En Alemania, el argumento más común en este tipo de sentencia consiste en evitar que como consecuencia de un fallo de anulación, se genere una situación aún más

¹³ En doctrina, con frecuencia se consideran las violaciones al derecho de igualdad como omisiones relativas. No comparto esta opinión debido a la distinta naturaleza de las inconstitucionalidades por lesión al derecho a la igualdad. En éstas, la génesis de la inconstitucionalidad subyace en una relación normativa, según lo explicado; en la omisión relativa, la causa deriva del deficitario cumplimiento de un mandato constitucional, plenamente individualizable, esto es, no en una relación normativa. Señalan al respecto los profesores Benda y Klein, que "razones lingüísticas o también políticas normalmente aconsejan que se nombre al grupo beneficiado, antes que se enumere a las personas desfavorecidas ... En tales casos, la procedencia de la acción de inconstitucionalidad no puede depender del tipo de formulación empleada para transcribir el contenido normativo de una ley" (Sprachliche oder auch politische Gründe sprechen regelmäßig eher dafür, die begünstigte Gruppe zu benennen, als die nicht begünstigten Personen aufzuzählen" ... "Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde kann in diesen Fällen nicht von der Art der Formulierung abhängig gemacht werden, mit welcher der Regelungsinhalt im Gesetz umschrieben worden ist". Ver Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrecht, Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1991, párrafo número 433 y siguientes.

¹⁴ Ver artículos 102 inc. 9, 105, 124, 129 y 195 inc. 8 de la Constitución Política en relación con el artículo transitorio de la ley número 8281 de veintiocho de mayo de 2002.

¹⁵ Originalmente, denominé este tipo de resolución como "sentencia de incompatibilidad aparente" (*unechte Unvereinbarerklärung*). Con el tiempo, consideré apropiado asignarle un nombre más preciso, que evidencie su disimilitud respecto de la sentencia de incompatibilidad en sentido estricto (*echte Unvereinbarerklärung*). La jurisprudencia y doctrina alemanas confunden las figuras. Ver Rueda Leal, Paul E., Op.cit., pp. 34 y siguientes.

perjudicial para la estabilidad política y social de un país, que la que está produciendo la situación inconstitucional impugnada. Por ejemplo, la posibilidad de que una ley, a pesar de su inconstitucionalidad, se mantenga vigente durante un cierto período a fin de evitar las graves consecuencias que su repentina anulación podría suscitar. Esto permite lo que la jurisprudencia alemana ha llamado “una afable transición”¹⁶ de la declarada situación de inconstitucionalidad al estado de normalidad, que deriva de la aplicación de la solución restaurativa del orden constitucional.

Para algunos, resulta ilógico que el orden constitucional permita que una norma inconstitucional subsista a pesar de haber sido declarada como tal. Empero, como indiqué al inicio de esta exposición, el quid del asunto consiste en la naturaleza jurídica de la validez de una norma, esto es, en que una vez detectada una inconstitucionalidad, en el plano del deber ser, el ordenamiento jurídico disponga su eliminación, para lo que, además de la nulidad absoluta, existe multiplicidad de soluciones, como las sentencias con eficacia *exnunc*. Un tribunal constitucional puede ir incluso más allá y determinar un periodo de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que no resulta ilógico, siempre y cuando, en aplicación del principio de razonabilidad, se sustente tal tipo de disposición y se establezca un plazo de vigencia razonable.

Esta clase de resolución fue literalmente inventada por la jurisprudencia constitucional alemana hace más de cuarenta años debido a razones de eminente necesidad práctica. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a su aceptación. La crítica más dura consiste en preguntar si resulta jurídicamente posible exigirle al ciudadano afectado por una norma inconstitucional, soportar los efectos de ella a pesar de su inconstitucionalidad. En respuesta, se ha dicho que se debe distinguir entre justicia subjetiva y objetiva. Desde el segundo punto de vista, existen ocasiones en que el bien de la sociedad obliga a un cierto sacrificio particular. Un ejemplo se dio en Alemania una vez que se declaró inconstitucional la Ley de Impuesto al Patrimonio¹⁷. Su repentina anulación hubiera significado un desastre financiero para el Gobierno Federal, motivo por el que se mantuvo su vigencia durante el resto del año presupuestario. De manera que la condición de este tipo de sentencia sería una profunda sustanciación que permita identificar razones objetivas de peso para mantener la vigencia de una norma durante un plazo determinado. En situaciones de crisis financiera, el Estado Social de Derecho, que se nutre precisamente de la recaudación tributaria, implica un factor fundamental a la hora de valorar la permanencia provisoria de una disposición incompatible con la Constitución Política¹⁸.

En todos los tipos de sentencia en que la norma impugnada persiste a pesar de su inconstitucionalidad, el legislador recibe el mandato del tribunal constitucional de reparar la inconstitucionalidad detectada, mediante la emisión de una nueva ley. En un principio, esta tarea se asignó sin un plazo específico, cuestión que en la última década varió. No obstante, persiste la duda de qué pasa si el legislador incumple.

¹⁶ Schonende Übertragung.

¹⁷ Sentencia del Segundo Senado del veintidós de junio de 1995.

¹⁸ En sentencia número 10134-99 de las once horas del veintitrés de diciembre de 1999, la Sala Constitucional declaró nula la tasa creada para financiar la policía municipal. Como consecuencia de ello, según información suministrada por el Director de la Policía Municipal Máster Manuel Garro, de 257 policías se pasó a aproximadamente 157, lo que significó una reducción cercana al 39% del personal, lo que afectó en forma severa el servicio de seguridad brindado en varias localidades capitalinas, tales como Barrio La Cruz, Barrio Córdoba, La Vasconia y Barrio Luján, donde, casualmente, el infrascrito reside.

Algunos opinan que el legislador podría ser responsable y estar obligado a una indemnización; otros sostienen que daría pie a una nueva acción de inconstitucionalidad por omisión de cumplir la orden jurisdiccional; también se ha indicado la posibilidad de una compensación económica por daños y perjuicios a cargo del Estado.

En el caso de las sentencias de efectividad diferida, como sí poseen sustrato normativo, el vencimiento del plazo para la emisión de la normativa reparadora tiene como consecuencia la nulidad de la disposición impugnada con efectos *exnunc*, sin atender a las consecuencias materiales que importe, pues el legislador dejó pasar el tiempo que le confirió el tribunal constitucional.

La situación se vuelve más complicada, cuando se carece de ese sustrato normativo, como ocurre en las sentencias de incompatibilidad.

Se ha opinado que los tribunales tendrían derecho a aplicar la equidad para resolver cada asunto o bien que el tribunal constitucional estaría legitimado para dictar una regulación provisional. Ninguna de esas soluciones resulta conveniente, la primera por el grave problema de inseguridad jurídica que genera; la segunda porque evidentemente transgrede la naturaleza puramente controladora de un órgano jurisdiccional. La solución pareciera que no existe; del campo jurídico se pasaría al político, en el sentido de que los Poderes Públicos tienen la obligación de cooperar entre ellos para la realización del bien común. En la experiencia alemana, afortunadamente el problema no se ha planteado; en Costa Rica, con seguridad ocurriría

En todo caso, el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense indica, en cuanto al efecto retroactivo de las declaraciones de inconstitucionalidad, que la anulación podrá ser graduada y dimensionada en el espacio, el tiempo o la materia y, además, la Sala dictará las reglas necesarias para evitar que tal efecto produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales. Cabría la duda si por vía de interpretación, la Sala puede dimensionar hacia el futuro, por las mismas razones que lo puede hacer hacia atrás, esto es, para evitar un caos social. Gramaticalmente, el artículo no lo permite, de modo que se requiere una reforma procesal, como al final de este artículo propongo.

Sentencias apelativas.

Este tipo de pronunciamientos es una variante de las resoluciones estimativas. Normalmente, si no se precisa la existencia de una inconstitucionalidad, el Tribunal simplemente declara sin lugar el recurso.

Sin embargo, en otras situaciones, si bien se desestima la acción, el Tribunal hace una exhortación al legislador y le advierte del denominado “posterior deber legislativo de corrección” (*Nachbesserungspflicht*). El Tribunal señala que de acuerdo con el estado actual de la experiencia y conocimientos en cierta área, al momento de dictar el fallo, no se puede acreditar inconstitucionalidad alguna. Lo que no obsta para encomendarle al Legislador que según el avance de la ciencia y la tecnología, mejore el estado actual de una regulación –como sucedió con la sentencia sobre el uso pacífico de la energía atómica¹⁹.

¹⁹ Sentencia del Segundo Senado del ocho de agosto de 1978. En relación con la Sala Constitucional de Costa Rica, los pronunciamientos en consultas de constitucionalidad contienen recomendaciones, empero, no se trata *strictu sensu* de sentencias, sino de dictámenes, que no resultan de un proceso de impugnación y solo son vinculantes en cuanto establecen la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado (artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional

En Costa Rica, a la fecha, jurisprudencialmente no se ha desarrollado el tema de la tipología de sentencias normativas. En la doctrina patria, conozco trabajos muy fundados del Profesor Dr. Rubén Hernández²⁰ y la mencionada investigación de don Rodolfo Piza Escalante²¹. Sin embargo, no se puede hablar de que este tema haya sido abordado con profundidad por el resto de la doctrina costarricense.

En la versión del proyecto de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional que nos fue suministrada a los letrados²² hace algunos meses, se incluyó una modificación al artículo 88, en la que se dispone que en los casos de inconstitucionalidad por omisión legislativa, se le ordenará al Poder Legislativo incluir, en primer lugar de la agenda de la sesión ordinaria siguiente, el proyecto de ley pertinente para ser sometido al procedimiento prescrito por la Constitución Política. De esta forma, se regula la omisión legislativa, como se hace con la reglamentaria, respecto de la que el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional ya dispone expresamente: “Si el amparo hubiere sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención”²³.

El problema de esta propuesta, y también del artículo 49 citado, consiste en que dependiendo del momento de comunicación del fallo y de la naturaleza de la legislación por emitir, el plazo para redactar el proyecto de ley correspondiente podría ser muy corto o demasiado amplio. Por otro lado, no se hace alusión alguna a otros casos en que por falta de sustrato normativo, la Sala no puede corregir por sí misma la situación de inconstitucionalidad y más bien debe encomendarle a la autoridad respectiva que en un tiempo prudencial restablezca el orden constitucional, como sucede con frecuencia cuando se violente el derecho de igualdad, cobijado en el artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica.

Una solución más simple podría ser la modificación del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que en la actualidad reza literalmente:

“La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto **retroactivo**, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.” (el resaltado no corresponde al original)

La reforma consistiría en eliminar el adjetivo “**retroactivo**”, lo que le permitiría a la Sala dimensionar los efectos de sus sentencias, tanto hacia el pasado como hacia el futuro.

²⁰ Hernández Valle, Rubén, “La Problemática de las Sentencias Normativas”, en **La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho**, 1ª edición, San José: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia, 1996, pp. 89-104. También, “La Tipología de las Sentencias Constitucionales con Efectos Fiscales”, en **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 14, Número 41, Mayo-Agosto, 1994, pp. 225-245.

²¹ Ver infra, nota al pie de página número 1.

²² En Costa Rica, los llamados “letrados” son profesionales en derecho, que asisten a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

²³ En el proyecto de reforma no se varía esta disposición.

De esta forma, por medio del desarrollo jurisprudencial y con base en el estudio de la legislación, jurisprudencia y doctrina comparada, la propia Sala Constitucional podría desarrollar una constelación de casos y condiciones para el dimensionamiento de los efectos de sus sentencias estimativas sin estar encadenada a fórmulas férreas y respetando en todo momento el espacio creativo propio del legislador, por cuanto un tribunal constitucional es por naturaleza un órgano jurisdiccional, es decir, de control jurídico posterior. Si aunado a lo anterior, la clasificación de sentencias se sustenta dogmáticamente, se estaría contribuyendo, de manera importante, con la pronosticabilidad de fallos constitucionales, lo que sin duda redundaría a favor de la seguridad jurídica y la legitimidad de la instancia constitucional.