

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

LA PROBLEMÁTICA DE LAS SENTENCIAS NORMATIVAS

Rubén Hernández (*)

RESUMEN

En este artículo el autor desarrolla un análisis sobre los diversos tipos de sentencias emanados de la jurisdicción constitucional, teniendo en consideración los desarrollos de la jurisprudencia italiana y alemana.

Derecho Procesal Constitucional. Tipología de Sentencias Constitucionales.

I. LA TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

En los procesos constitucionales tendentes a ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes *a posteriori*, es posible individualizar una amplia tipología de sentencias estimatorias: a.- las exhortativas; b.- las de inconstitucionalidad simple; c.- las interpretativas; ch.- las normativas y d.- las desaplicativas. Dentro de cada categoría existen, a su vez, varias subespecies, como veremos de inmediato.

(*) Abogado. Dr. en Derecho. Profesor de Derecho Público, Costa Rica.

Artículo recibido el 20 de julio de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 13 de agosto de 2004.

Correo electrónico: rhernandez@ghp.co.cr

1. *Las sentencias estimatorias exhortativas*

Se trata de una técnica de uso exclusivo cuando el objeto del control son las leyes.

Se caracterizaban porque el juez constitucional, al considerar que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declarar su nulidad, le confiere un plazo determinado al legislador para que la reforme, a fin de eliminar su parte incompatible con la Carta Política.

Debido a que en la praxis su eficacia resulta dudosa, pues no siempre los Parlamentos acatan las recomendaciones de los jueces constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana elaboró la técnica procesal de la "*doppia pronuncia*". Según esta técnica, en una primera sentencia se advierte al legislador que, en caso de no ejecutarse las recomendaciones contenidas en ella dentro del plazo señalado, se dictará una segunda sentencia en la cual se declarará la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En otros términos, la sentencia original otorga un plazo al legislador para que enmiende el entuerto constitucional; de no cumplir éste dentro del plazo indicado con lo solicitado por la sentencia del juez constitucional, entonces se procede a dictar una segunda sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Se produce, entonces, una "*doppia pronuncia*", o sea, una sentencia desestimatoria condicionada, más una sentencia estimatoria si el legislador no cumple la advertencia dirigida a él en aquélla, pues, en alguna medida, la primera sentencia le fija pautas y directrices de cómo una determinada materia debe ser regulada para ser conforme con el Derecho de la Constitución.

En Italia, se ha terminado llamando a estas sentencias, de manera irónica, "*sentenze-delega*".

En Alemania y Austria se utiliza otra modalidad, al disponerse en la propia sentencia exhortativa que si el legislador no cumple el mandato del tribunal dentro del plazo señalado en su parte dispositiva, entonces la norma impugnada quedará automáticamente anulada a partir del cumplimiento de aquél. Se trata, en suma, de una sentencia de inconstitucionalidad, cuya eficacia anulatoria queda sujeta a una condición suspensiva.

Por ello, si la condición suspensiva no llegare a producirse, es decir, si el legislador cumple con la exhortación del juez constitucional, la sentencia estimatoria no surte efectos anulatorios.

En ambas modalidades de las sentencias exhortativas, se trata de una técnica tendente a evitar que se califique al juez constitucional como legislador negativo y de darle la oportunidad al órgano político competente de que enmiende, dentro de un plazo razonable, una disposición emitida por él que roza con la Constitución.

2. Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad simple

En aquellas hipótesis en que el objeto del control de constitucionalidad son disposiciones, es decir, textos normativos o actos, la sentencia estimatoria tiene como finalidad específica eliminar la respectiva disposición del ordenamiento jurídico mediante una declaratoria de nulidad.

En estos casos, la inconstitucionalidad se produce por un roce entre el texto de la norma o del acto con una disposición o principio constitucional.

a. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter parcial

La declaratoria puede ser parcial cuando se refiere a una parte de un texto (un artículo, un párrafo, etc.), o a una parte del acto, dejando como válidas las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado.

Verbigracia, una acción de inconstitucionalidad planteada para que se declare la nulidad de una disposición concreta contenida en el Código Civil, en el caso de ser declarada con lugar, sólo afectaría la validez del artículo impugnado y no la de las demás disposiciones contenidas en el citado Código.

b. La declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter total

Las declaratorias de inconstitucionalidad simple pueden ser también totales, cuando afectan la generalidad del texto normativo o del acto impugnados. Por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de toda una ley por una violación en el procedimiento de su formación, ya sea porque no obtuvo la respectiva votación calificada, o bien porque se aprobó sin haberse solicitado un dictamen previo vinculante.

En estas hipótesis, el juez constitucional elimina toda la ley, es decir, la disposición normativa desaparece del ordenamiento jurídico en su totalidad.

3. Las sentencias interpretativas

Las interpretativas, según la modalidad de que se trate, declaran tanto la inconstitucionalidad de textos, así como también de las normas que se pueden recabar de aquellos (Zagrebelsky).

Por tanto, existen dos modalidades de sentencias estimatorias interpretativas que son claramente distinguibles: a.- cuando la inconstitucionalidad se produce por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma a un caso concreto y b.- cuando el texto o la norma impugnados son inconstitucionales por sus efectos.

a. La inconstitucionalidad por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma en un caso concreto

Con frecuencia ocurre que el texto de una norma o acto impugnados de inconstitucionales no contrarían directamente el bloque de constitucionalidad. No obstante, su interpretación errónea o su aplicación indebida, tanto por las autoridades judiciales como administrativas, comporta una clara violación constitucional, dado que la norma recabada de esta interpretación o aplicación, se pone en abierto contraste con la Constitución, sus valores o sus principios.

Las sentencias estimatorias en estos casos no declaran inconstitucional el texto de la disposición de la norma o del acto impugnados, sino más bien la interpretación errónea o la aplicación indebida que las autoridades administrativas o judiciales hacen de ese texto.

Jurídicamente lo que ocurre es que mediante la interpretación errónea o la aplicación indebida de un texto se crean nuevas normas, distintas de las contenidas en la disposición interpretada o aplicada. Esas nuevas normas con frecuencia rozan con el bloque de constitucionalidad.

En estos casos el juez constitucional dispone que una determinada interpretación o aplicación de un texto ha creado una norma que roza con la Constitución, por lo que declara que la norma producto de esa interpretación errónea o de la aplicación indebida es inconstitucional.

El texto de la disposición o del acto de donde se recabó la norma declarada inconstitucional, se mantiene inalterado y sigue surtiendo sus efectos normales. Lo que no pueden realizar en el futuro las autoridades judiciales y administrativas, en su caso, es darle a ese texto la interpretación anulada.

Este tipo de sentencias plantea un problema importante y es el relativo a si la interpretación dada por el juez constitucional es o no vinculante para los demás órganos administrativos y judiciales, especialmente para los tribunales de Casación.

En la mayoría de las legislaciones, tales sentencias no impiden interpretaciones diferentes de las dadas por el juez constitucional, a condición de que todas esas interpretaciones sean compatibles con la Constitución, sus principios y valores. Esta clase de sentencias, lo que prohíben es que otros órganos administrativos y judiciales interpreten o apliquen las normas impugnadas de manera que rocen con la Constitución.

La anterior alternativa se utiliza en aquellos ordenamientos en que se tiende a respetar el principio clásico del Derecho continental de que los tribunales de Casación son los que dicen la última palabra sobre la interpretación de la ley.

Ahora bien, al otorgársele al juez constitucional la facultad de interpretar las leyes sometidas al control de constitucionalidad, se entra evidentemente en conflicto con la tradición casacionista antes citada, la cual reserva a este tipo de tribunales el monopolio sobre la interpretación última de la ley.

En la praxis se producen con frecuencia enfrentamientos constantes, pues las Salas de Casación son proclives a desconocer las interpretaciones de las normas subconstitucionales que realizan los tribunales constitucionales. De esa forma se produce una dicotomía interpretativa entre dos altos tribunales: uno obligado a velar por el fuero de la legalidad (Sala de Casación) y otro con competencia para tutelar el principio de supremacía constitucional (tribunales constitucionales).

En Italia, donde en el pasado surgieron graves divergencias entre la Corte Costituzionale y la Sala de Casación Penal, se ha terminado por elaborar la doctrina del "derecho viviente". De conformidad con ella, la jurisprudencia reiterada y pacíficamente aplicada por los tribunales ordinarios -especialmente la que emana de las Salas de Casación- sobre la interpretación de las leyes, debe ser respetada por la Corte Costituzionale, la cual se encuentra inhibida para darle una interpretación distinta.

Esta solución italiana tiene el inconveniente que elimina la ventaja que tiene justamente el sistema original: permitir un mayor grado de creatividad de los operadores jurídicos, pues hace posible que existan nuevas interpretaciones posibles de la legislación subconstitucional a condición que todas ellas sean también compatibles con el Derecho de la Constitución.

Presenta, sin embargo, un alto inconveniente que la técnica italiana tiende a paliar: produce inseguridad jurídica, además de que obliga al afectado a plantear nuevas cuestiones de inconstitucionalidad, cada vez que los jueces ordinarios realicen interpretaciones divergentes de la realizada por el tribunal constitucional.

La segunda solución, que es la acogida, por ejemplo, por la legislación costarricense, establece la obligatoriedad de la jurisprudencia y precedentes del juez constitucional *erga omnes*, de manera tal que sus interpretaciones sobre los alcances de las normas o actos sujetos al control de constitucionalidad son vinculantes y de acatamiento obligatorio para todos los operadores jurídicos, salvo para sí misma.

Esta solución tiene el inconveniente que impide la interpretación creadora de los jueces y funcionarios administrativos, los cuales podrían perfectamente ensayar una o varias interpretaciones posibles de las normas y actos sujetos al control de constitucionalidad, todas ellas compatibles con el bloque de constitucionalidad, pero diferentes de la formulada por el tribunal Constitucional.

b. La inconstitucionalidad por los efectos del texto o de la norma impugnados

Estas sentencias declaran que un texto o una norma son nulas, no porque violen el bloque de constitucionalidad de manera directa, sino más bien porque su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma del ordenamiento o bien porque su aplicación implica la violación indirecta del parámetro del juicio de constitucionalidad. Por ello, puede afirmarse que su aplicación produce, de manera refleja o indirecta, la violación del bloque de constitucionalidad.

En la primera hipótesis, podría pensarse en el caso que por medio de un decreto ejecutivo se aumente, de manera indirecta, la tarifa de un determinado impuesto, lo cual es materia reservada a la ley. La inconstitucionalidad en este caso se produce de manera refleja, pues los efectos producidos por el decreto sobre la ley -modificando la tarifa original consagrada por ella- hace que aquél resulte inconstitucional.

Asimismo, existen hipótesis en que se producen inconstitucionalidades por sus efectos, como cuando la norma impugnada viola, de manera indirecta, el bloque de constitucionalidad.

Por ejemplo, si una ley estableciera que sólo las personas asociadas en cooperativas pueden vender lotería al público, semejante disposición legal sería inconstitucional por sus efectos, pues obligaría a los vendedores de lotería a asociarse obligatoriamente en cooperativas con el fin de ejercer válidamente esa actividad comercial. En otros términos, la norma citada violaría, por sus efectos, el derecho de no asociarse, que la Constitución le garantiza a todos los ciudadanos.

En síntesis, en estos casos la sentencia estimatoria no declararía inconstitucional la norma o actos impugnados por rozar directa e inmediatamente la Constitución, sus principios y valores, sino más bien por sus efectos, dado que su aplicación modifica

inconstitucionalmente otra norma o bien porque su aplicación viola, de manera indirecta, el bloque de constitucionalidad.

4. *Las sentencias normativas*

Este es el tipo de sentencias que emite el juez constitucional que produce más polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia, puesto que a través de este instrumento procesal el juez constitucional puede terminar sustituyéndose al Parlamento en su función de creador de normas primarias con eficacia *erga omnes*.

Existen dos tipos de sentencias normativas: a.- las aditivas y b.- las sustitutivas.

a. Las sentencias estimatorias aditivas

Estas son las que se dictan en los casos de inconstitucionalidad por omisión. Se trata, en consecuencia, de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general impugnadas, sino más bien por lo que tales textos o normas no dicen y debieran decir.

Desde el punto de vista procesal, se trata de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma "en cuanto..." prevén o no prevén un derecho en favor de un solo grupo de personas o en perjuicio de otros.

Como indica una autora española: "Esta situación (violación del principio de igualdad mediante omisión) se produce en aquellos casos en que la ley, regulando algunos supuestos, omite otros sustancialmente análogos o bien, cuando injustificadamente delimita el ámbito de aplicación de la disciplina de que se trate en atención al sexo, raza, opinión, religión, etc. En algunos casos el Tribunal podrá solucionar la inconstitucionalidad interpretando extensivamente la norma, incluyendo entonces los supuestos o recurriendo a la analogía. La cuestión no es sin embargo fácil. El principio de igualdad no impone el tratamiento igual, sino el que la diversidad de tratamiento esté justificada, sea razonable. Por otra parte, uno de los límites en el recurso a la analogía está en que no es posible interpretar extensivamente lo que se regula como excepción" (Ahumada Ruiz).

Estas sentencias, en consecuencia, anulan la norma impugnada "en cuanto..." su regulación beneficia o perjudica exclusivamente a determinadas categorías de sujetos por motivos no justificados ni razonables, ya que tal exclusión o discriminación implica una clara violación del principio de igualdad ante la ley.

También tales sentencias pueden darse en los casos en que al dictarse una nueva normación, se dejan a salvo los derechos adquiridos al amparo de la derogada, mediante el uso de la técnica legislativa de las disposiciones transitorias.

En los casos de sentencias aditivas, los tribunales constitucionales tienen dos opciones: o crean la norma para el caso concreto, extendiendo el beneficio a los ilegítimamente excluidos, con lo cual entran en el terreno de las sentencias aditivas, o bien se abstienen de hacerlo y dejan que sea el legislador o la Administración, en su caso, los que corrijan la omisión inconstitucional.

La jurisprudencia de la Corte Costituzionale italiana ha precisado que las sentencias aditivas "sólo son consentidas cuando la solución adecuada no debe ser el fruto

de una valoración discrecional, sino la consecuencia necesaria de un juicio de legitimidad en el que la Corte proceda, en realidad, a una extensión lógicamente necesaria y a veces implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el que se encuentra inserta la disposición impugnada. Cuando, en cambio, exista una pluralidad de soluciones, que deriven de posibles valoraciones, la intervención de la Corte no es admisible, correspondiendo la respectiva escogencia únicamente al legislador" (Voto 125/ 88).

Una pequeña variante de este tipo de sentencias, son las aditivas distributivas. En estos casos, los tribunales constitucionales al declarar la omisión discriminatoria del legislador, ordena simultáneamente que la suma que actualmente reciben los beneficiarios se distribuya entre todos los que tienen el mismo derecho que ellos. Con ello se trata de respetar el principio constitucional del equilibrio presupuestario y de amparar, asimismo, el derecho de los recurrentes (Grosso).

Sin embargo, presenta el inconveniente de que disminuye sustancialmente los derechos de los beneficiarios originarios, lo cual pareciera que no está dentro de las potestades de los tribunales constitucionales, dado que aquellos derechos fueron adquiridos de buena fe al amparo de una legislación dictada por el Parlamento en el ejercicio propio de sus competencias constitucionales.

b. Las sentencias estimatorias sustitutivas

Estas sentencias se caracterizan por innovar el ordenamiento preexistente, introduciendo nuevas disposiciones con eficacia *erga omnes*. Pueden ser de dos clases: las que introducen nuevas normas propiamente dichas y las que ponen en vigencia normas derogadas por las declaradas inconstitucionales.

La técnica de las del primer tipo se expresa a veces mediante la supresión de determinadas palabras o párrafos de una norma o texto, de manera tal que cambia el contenido normativo del enunciado original.

Este tipo de sentencias se debe diferenciar de las de inconstitucionalidad simple parcial, las cuales declaran, como vimos líneas arriba, la invalidez de una proposición que constituye por sí misma un precepto separable, aunque figure incluida en una disposición que contiene otros preceptos no afectados por la declaratoria de nulidad.

La característica de las sentencias estimatorias sustitutivas, en cambio, estriba en que el juez constitucional asume el papel de legislador ordinario, pues crea normas jurídicas con eficacia *erga omnes*, que sustituyen las declaradas inconstitucionales, ya sea porque el texto original adquiere otro sentido con las palabras o párrafos anulados, o bien porque el juez constitucional le introduce una nueva normativa en sustitución de la anulada.

Las del segundo tipo, es decir, las sustitutivas que ponen en vigencia normas derogadas, se produce en aquellos casos en que la normativa anulada produce un vacío en el ordenamiento que debe ser colmado mientras el legislador dicta la disciplina sustitutiva correspondiente.

El ejercicio de esta potestad se suele justificar argumentando que, de lo contrario, el vacío normativo dejado por la declaratoria de inconstitucionalidad podría producir graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.

Este tipo de sentencias se suele acompañar de una exhortativa, de manera que el legislador sea el que, en última instancia, dicte la normativa sustitutiva correspondiente, conforme a los parámetros señalados en la sentencia del tribunal constitucional. Por eso, la normativa creada por los tribunales constitucionales por medio de las sentencias estimatorias sustitutivas es de carácter transitorio.

Las sentencias aditivas, en sus dos vertientes de creación de nuevas normas con eficacia *erga omnes* y de reviviscencia de la legislación derogada, constituyen la forma más audaz de actuación del juez constitucional, pues en alguna medida le permiten invadir la función legislativa ordinaria, sustituyéndose a la voluntad del órgano parlamentario.

Sus defensores sostienen, sin embargo, que razones evidentes de seguridad jurídica en el caso concreto justifican el ejercicio de tales poderes extraordinarios del juez constitucional, dado que de lo contrario ciertas declaratorias de inconstitucionalidad, a pesar de salvaguardar el principio de supremacía constitucional, pondrían en serio peligro la estabilidad y la paz sociales.

5. *Las sentencias estimatorias de desaplicación*

Como última categoría de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, encontramos el caso de aquellas que sin anular la norma o el acto impugnados, sin embargo declaran su inaplicabilidad para el caso concreto.

Las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad siempre producen al menos efectos desaplicativos respecto del recurrente y de los juicios y procedimientos administrativos suspendidos como consecuencia directa de la aceptación a trámite de la acción o consulta judicial, en su caso, dentro de la cual se dictó la respectiva sentencia estimatoria.

Desde el punto de vista procesal, tal distinción se basa en la diferencia que existe entre eficacia y autoridad de la sentencia.

Según un autor italiano, la eficacia consiste en " la actitud de la sentencia para producir sus efectos y en la efectiva producción de ellos...la autoridad, en cambio, sería un efecto ulterior y diverso de la sentencia, pero una cualidad de sus efectos, y a todos sus efectos referible, precisamente su inmutabilidad" (Liebman).

Trasladado este esquema al ámbito procesal constitucional, la autoridad de la sentencia estimatoria se refiere al aspecto subjetivo del juicio y la eficacia se circunscribe sólo a su aspecto objetivo. En consecuencia, pertenece al perfil subjetivo, es decir a la autoridad de la decisión del tribunal constitucional, toda la problemática inherente a la relación del proceso constitucional con el juicio *a quo*.

Por eso, los tribunales constitucionales y, por mayoría de razón, los tribunales de la jurisdicción ordinaria, están inhibidos para atacar la eficacia *inter partes* de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, es decir, pues como dice una autora italiana "la Corte no podría violar las garantías de la cosa juzgada constitucional sobre el plano subjetivo, es decir, para aquella parte que se refiere a la relación entre la declaración de inconstitucionalidad y sus efectos en el juicio a quo" (D'Amico).

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS NORMATIVAS

En el Derecho Comparado hay dos tendencias bien definidas en cuanto a la existencia de las sentencias normativas: un sector las acepta sin reticencias y otro las rechaza con vehemencia.

1. *La justificación de las sentencias normativas*

Para un sector importante de la doctrina, que ha tenido gran desarrollo en Italia, la función creativa de los tribunales constitucionales es un estadio inevitable en la evolución de la jurisdicción constitucional. Dentro de este orden de ideas, se sostiene que las Cortes Constitucionales desarrollan una función mediadora de conflictos sociales y políticos, por lo que las sentencias normativas o manipulativas, aparecen como instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tales fines (Modugno).

Según este autor, la Corte Costituzionale italiana ha asumido, en el curso de los últimos años, la función de mediadora y moderadora de los conflictos que no han logrado encontrar solución en otras sedes institucionales competentes en principio para ello.

Por otra parte, la actividad de la Corte, aunque es de naturaleza jurisdiccional, es también forzosamente una actividad, en sentido lato, de naturaleza política. En otros términos, cada conflicto jurídico es siempre un conflicto de intereses, por lo que, en la base misma de cada decisión de la Corte, existe siempre un móvil político.

Por ello, concluye Modugno que la Corte se encuentra hoy "en el desarrollo de un papel positivo, paralelo y complementario de aquel que corresponde al Parlamento". Aunque se cuestiona la posibilidad de si un órgano que carece, en principio, de legitimación democrática, puede asumir semejante tarea, a final de cuentas su respuesta es positiva.

En efecto, sostiene el citado autor que si se da por descontado que la Corte tiene el poder de interpretar sistemáticamente las disposiciones legislativas y constitucionales, y si la inconstitucionalidad no es nunca un dato cierto que simplemente se revela a través de las resoluciones de la Corte, sino más bien el fruto de una escogencia (a menudo la Corte debe valorar si a través de un pronunciamiento suyo no se arriesga a provocar una situación de inconstitucionalidad más grande que la originaria), entonces las sentencias estimatorias normativas, representan un instrumento dúctil, adaptable a las diversas situaciones concretas, y como tales irrenunciables.

Dentro de este orden de ideas, otro gran jurista italiano, Vezio Crisafulli, de grata memoria, justificaba las sentencias manipulativas bajo el concepto de que propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales obstaculizados por la ausencia de leyes.

Según Crisafulli, la nueva disciplina que produce la sentencia normativa no procede de la fantasía de la Corte, pues ésta tiene prohibición para crear libremente Derecho (como lo hace el legislador), sino que el juez constitucional se limita a concretar e individualizar una norma que ya se encuentra implícita en el sistema y, por tanto, deducible de él mediante los instrumentos hermenéuticos correspondientes.

Por ello, las sentencias normativas están dotadas de una capacidad autoaplicativa; se trata de una legislación en términos descriptivos, porque al no ser libre, sino inducida y deducida, es una legislación a "*rime obligate*", por lo que no es verdadera legislación (Crisafulli).

2. *La crítica de las sentencias normativas*

Otra vertiente doctrinaria, partiendo de la premisa de que los tribunales constitucionales son órganos rigurosamente jurisdiccionales, sostiene que no es posible admitir la categoría de las sentencias normativas. Si la norma que se pretende agregar es recabable del ordenamiento vigente, entonces corresponde al legislador y, sólo a él, introducirla.

Por ello, se considera que los tribunales constitucionales no se pueden arrogar el "aristocrático" privilegio de individualizar ellos mismos, con eficacia *erga omnes*, cuáles normas nuevas o recabadas del ordenamiento vigente deben colmar las lagunas que integran la inconstitucionalidad de una ley.

Nos dice un autor italiano sobre el particular: "No existe ningún monopolio de la Corte que la habilite para declarar en vía exclusiva los preceptos implícitos en la legislación, ni siquiera para enuclear el alcance de las reglas constitucionales" (Zagrebelsky), pues si la norma está presente en el sistema, corresponde al juez (a todos los jueces) explicitarla; si no existe, corresponde al legislador (sólo al legislador) crearla. Interviniendo la Corte, en cambio, en el primer caso viola la esfera de competencia de los jueces; en el segundo caso la del legislador".

Estos autores concluyen que si la cuestión de legitimidad constitucional requiere, de manera simultánea, la anulación de la ley impugnada y su sustitución por una nueva normativa, la Corte debe rehusar su intervención creando una nueva norma, lo que implicaría, en última instancia, que el caso se resuelva con un pronunciamiento anulatorio puro y simple.

Cuando, en cambio, la pretensión de inconstitucionalidad se limita al aspecto aditivo-discrecional, la Corte deberá rechazar la cuestión en bloque, en cuanto lo solicitado no es competencia suya. En tal caso, el resultado será una sentencia de inadmisibilidad (Lavagna).

III. LAS SENTENCIAS NORMATIVAS Y LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Los fundamentos jurídico-formales y los político-institucionales de la jurisdicción constitucional determinan también sus límites. Tales límites fijan la frontera más allá de la cual se extiende el territorio de las cuestiones meramente políticas, en las que está prohibida la intromisión del juez constitucional.

El problema jurídico inicial consiste, por tanto, en delimitar, de manera precisa, cuando un asunto debe considerarse político y, por lo tanto, queda fuera de la competencia de la jurisdicción constitucional.

En línea de principio y desde el ángulo de la jurisdicción constitucional, un asunto debe considerarse político cuando no existe una disposición o principio constitucional que sirva de parámetro de validez a la norma o al acto acusados de ilegítimos.

Paradójicamente fue Kelsen el que sentó los fundamentos teóricos que le confieren asidero jurídico a la concepción de que dentro del Derecho Constitucional no existen espacios vacíos.

A manera de *excursus* necesario, recordemos que fue justamente el jurista vienés quien calificó a la jurisdicción constitucional como "legislación negativa", lo que permite concluir la imposibilidad lógico-jurídica de que el juez constitucional se sustituya a la voluntad del legislador por medio de las denominadas sentencias normativas o manipulativas.

Por otra parte y volviendo al hilo conductor de nuestro discurso, la teoría kelseniana de la pirámide jurídica presupone la existencia del principio de "regularidad jurídica", según el cual debe existir una correspondencia y conformidad entre el grado inferior y el superior del ordenamiento jurídico. Este principio debe lógicamente cumplirse en todos los estratos del ordenamiento, los cuales están, inmediata o mediatamente, subordinados a la Constitución, pues cada uno de ellos constituye una etapa de los procesos de creación y aplicación del Derecho dentro del Estado moderno.

Este principio, llevado a sus últimas consecuencias, desemboca en la imposibilidad de que existan zonas vacías de Derecho Constitucional, pues las normas infraconstitucionales supondrán siempre, por exigencias lógico-jurídicas, la existencia al menos de un principio constitucional que les confiera fundamento normativo.

Esta tesis permite fundar las potestades de los tribunales constitucionales para dictar sentencias normativas, las cuales, en algunas de sus modalidades, posibilitan que aquellos actúen como legislador a secas, es decir, creando normas con eficacia *erga omnes*.

Por ejemplo, cuando los tribunales constitucionales declaran una inconstitucionalidad y establecen, en la misma sentencia, la regla que llena el vacío normativo dejado por la disposición eliminada del ordenamiento, o cuando, por las mismas razones, ponen en vigencia una ley derogada, es evidente que en ambos casos ejercen una típica función legislativa ordinaria y no jurisdiccional.

Existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre la decisión política y la decisión judicial, pues mientras la primera mira hacia el futuro, la segunda mira desde el pasado. En otros términos, "lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable desde los fines que persigue, mientras que la decisión judicial sólo puede alcanzar aceptación general, esto es, legitimidad, si se basa en unas premisas que a su vez gocen de esa aceptación" (De Otto).

Por otra parte y en línea de principio, la Constitución no es un orden normativo que disciplina de manera omnicompreensiva los conflictos políticos. La Constitución es más bien un cuadro, al interno del cual existen amplios espacios constitucionalmente irrelevantes, espacios vacíos de Derecho Constitucional.

Asimismo, la incorporación de disposiciones sustantivas a la Constitución debe ser compatible con el pluralismo político, dado que el legislador no es un simple

ejecutor de la Constitución, sino más bien un órgano estatal que actúa con discrecionalidad dentro del marco fijado por ésta, por lo que su libre actuación necesita, en numerosos casos, que el enunciado de aquellos preceptos le autoricen un amplio espectro de interpretaciones políticas diversas.

Por ello, las potestades de los tribunales constitucionales para precisar los alcances de las normas, principios y valores constitucionales encuentran un límite concreto e infranqueable en el principio del pluralismo político. El legislador, en aplicación de este principio, puede desarrollar la Constitución en diversas formas, siempre que todas ellas sean compatibles con la "*ratio*" de aquella. El juez constitucional, por lo tanto, no puede valorar la discrecionalidad política del legislador para escoger una u otra opción; lo que sí puede y debe hacer, es controlar que tal escogencia no viole los límites de la discrecionalidad jurídica.

Dentro de este orden de ideas, un jurista español ha precisado, con gran lucidez, que "el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro es, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas. No de interpretaciones "jurídicas", sino de interpretaciones políticas, es decir, de diversas maneras de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse por tanto, con conceptos de alto valor de abstracción" (Rubio Llorente).

El problema de los límites de la jurisdicción constitucional, bajo el prisma de las cuestiones políticas, puede ser también analizado desde el punto de vista de los caracteres mismos del caso. En efecto, toda cuestión constitucional es, sin duda alguna, un conflicto de intereses o de poderes que debe decidirse como una controversia jurídica, es decir, mediante la aplicación de una regla que se supone independiente de las relaciones materiales. Por consiguiente, la existencia de una jurisdicción constitucional significa que los sujetos político-constitucionales han consentido en dejar la solución de sus conflictos a una instancia independiente a través de la aplicación de normas jurídicas. En consecuencia, los límites de la jurisdicción constitucional coinciden con los límites de la materia regulada por el Derecho Constitucional.

Por otra parte, la actividad de los tribunales de justicia no es creación, sino más bien de interpretación del Derecho. Por tanto, el juez constitucional no puede sustituirse a la voluntad del legislador, pues la interpretación constitucional, a pesar de estar condicionada por evidentes componentes políticos, es siempre interpretación jurídica. Los límites de la jurisdicción constitucional, entonces, están íntimamente relacionados con los límites de la interpretación constitucional.

Dentro de esta óptica, debe afirmarse que los tribunales constitucionales son una especie de poderes neutros, cuya actividad se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional respectivo, lo que implica que no puede cambiarlo ni mucho menos impedir su reforma.

La jurisdicción constitucional, en consecuencia, no sólo es incapaz de impedir la reforma constitucional, sino que, además, es la encargada de garantizar que la misma se realice por los cauces establecidos en la Constitución.

Debe recordarse, en todo caso, que la soberanía popular, como cuestión de hecho, hay que hacerla descansar en la noción de consenso, de consenso político (Aragón).

Por consiguiente, las Constituciones regulan jurídicamente los cambios de consenso que se producen en la sociedad civil subyacente. Por ello, los cambios de consenso, es decir la mutación de los contenidos materiales de la Constitución, sólo pueden realizarse por medio de los procedimientos de reforma constitucional, pues tal función compete al pueblo en cuanto titular de la soberanía popular por medio de Convenciones o Asambleas Constituyentes y no a los tribunales constitucionales, que son órganos constituidos y cuya legitimación deriva directamente del propio texto constitucional.

El límite del poder interpretativo de los tribunales constitucionales es un presupuesto de la función racionalizadora que corresponde a la Constitución. Si bien esta función admite la posibilidad de un cambio constitucional por medio de la interpretación, también es cierto que excluye el quebrantamiento constitucional por desviación del texto en el caso concreto y la reforma de los contenidos materiales de la Constitución por medio de la interpretación. Como dice un jurista alemán, "Allí donde el intérprete se impone a la Constitución, deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla" (Hesse).

Por consiguiente, el principio norteamericano de la "*living Constitution*" debe entenderse como actualización jurídica del texto constitucional conforme a las coordenadas tiempo y espacio, no como la modificación de sus contenidos materiales, que es una función de naturaleza política y, por tanto, diversa de la función jurídica que compete a los tribunales constitucionales de concretizar el contenido de las normas, principios y valores constitucionales.

En conclusión, los límites del poder interpretador de la Constitución están determinados por la condición de órganos constituidos de los tribunales constitucionales, lo que les impide reformar aquella mediante procedimientos diversos de los expresamente autorizados al efecto por el Constituyente.

Las sentencias normativas, por lo tanto, sólo son admisibles en la medida en que desarrollen los principios y valores contenidos en la Constitución. Cuando, por el contrario, llenan el vacío del legislador, mediante la imposición de una nueva regla no derivable de la Constitución o poniendo en vigencia normas derogadas, es evidente que en tales hipótesis los respectivos tribunales constitucionales se sustituyen a los Parlamentos en su auténtica función política de crear normas con efectos *erga omnes*. Por consiguiente, tales sentencias normativas son espurias, pues implican una subversión del orden constitucional, dado que la magistratura asume el papel de legislador a secas, que en los sistemas democráticos de gobierno sólo le está consentido al Parlamento.