



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Zúñiga Urbina, Francisco

La sentencia de "inaplicabilidad - cuestión de inconstitucionalidad" y legislación

Estudios Constitucionales, vol. 3, núm. 1, 2005, pp. 37-53

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82003102>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA SENTENCIA DE “INAPLICABILIDAD - CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD” Y LEGISLACIÓN

Francisco Zúñiga Urbina *

RESUMEN

El artículo analiza el juicio incidental de inconstitucionalidad en materia de preceptos legales que plantea la reforma constitucional al sistema de jurisdicción constitucional, el cual es considerado como un híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”, tratando aspectos dogmáticos y exegeticos que plantea la institución en el plano del control de preceptos legales, sugiriendo asimismo la necesidad de establecer un examen de admisibilidad de los asuntos por el Tribunal Constitucional; el trabajo considera también un análisis de los efectos de los fallos del Tribunal Constitucional en la materia.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Constitucional; control de constitucionalidad de preceptos legales; juicio incidental de inconstitucionalidad; efectos de los fallos del Tribunal Constitucional.

* Francisco Zúñiga Urbina. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Abogado, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Chile. Miembro del Consejo Consultivo Nacional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. zdc@zdcabogados.cl. Artículo recibido el 28 de mayo de 2005 y aprobado el 15 de junio de 2005.

I. Prolegómenos

Con anterioridad el Centro de Estudios Constitucionales nos ha invitado a desarrollar, en el marco del proyecto de Reforma Constitucional, acerca de dos temas: naturaleza de la “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” y la sentencia del Tribunal Constitucional. El tema del presente artículo es el análisis de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional en sede de control normativo represivo de inconstitucionalidad.¹

Con la finalidad de no volver a transitar por caminos conocidos, según dan cuenta colaboraciones sobre los temas reseñados, circunscribiré esta ponencia a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en la legislación. En particular es menester detenerse acerca del novísimo tema de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y la intervención del Tribunal Constitucional en la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como “título de imputabilidad” de esta responsabilidad.

Además, es menester, a efectos de tener una visión del tema, consignar que el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de Reforma Constitucional y pendiente de un informe complementario, separa la acción de inaplicabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, pero mantiene el hibridaje al que apuntamos críticamente hace ya más de un año. En efecto, el segundo informe camaral consigna en el nuevo art. 82 de la Carta como atribuciones del Tribunal Constitucional: “6°. Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento.”; y “7°. Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio.”.

La acción de inaplicabilidad podrá ser entablada de oficio por el tribunal que conoce de la gestión o por vía recursal “por quien sea parte en ella” antes de la sentencia (antes que el asunto quede en estado de dictarse sentencia de término, como hipótesis procesal y que excluye la sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada), y la cuestión de inconstitucionalidad se activa ante el Tribunal Constitucional vía acción pública. En la práctica, esto significa que en el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” se instaura un proceso de constitucionalidad (control concreto) con una legitimación procesal ampliada (tribunal de oficio, recurso o acción de parte y acción pública) con lo cual se suprimen límites o filtros muy importantes que tienen este tipo de control

¹ Zúñiga Urbina, Francisco, “Control concreto de constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”, *Revista de Estudios Constitucionales* N° 1, año 2, CEC, 2004, pp. 209-225. Del mismo autor: “Sentencia del Tribunal Constitucional”, en libro colectivo de Lexis Nexis, Santiago, 2005. Una esquemática exposición acerca de las decisiones de cuestión de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional italiana (sentencias y autos) y tipos de sentencias de Roberto Romboli: “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 48, 1996, pp. 35-80.

concreto en derecho comparado.² El Tribunal a quo es, valga la redundancia, un “tribunal”, es decir, como órgano un tercero independiente e imparcial creado por ley y titular de un fragmento de potestad jurisdiccional (competencia); que puede ser “un tribunal ordinario o especial”, entendiéndose por tales los tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial en los términos del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales (excluidos los tribunales arbitrales), y también los “demás tribunales especiales” que no integran la judicatura; precepto de la ley orgánica constitucional que se ha modificado sustancialmente si se le compara con el primitivo texto de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1975, y que es demostración palmaria de la “pluralidad de jurisdicciones” en la organización de nuestro Estado.³

Consecuencialmente se produce una notable amplitud de hipótesis procesales y de tribunales a quo en la “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” que obliga a la adopción de resguardos o filtros, a fin de evitar que la inaplicabilidad sea un expediente dilatorio ante un tribunal ad quem, y corrija la “sobrecarga” de ingresos por esta vía en el Tribunal. En la perspectiva de *lege ferenda* resulta razonable dotar al Tribunal Constitucional de herramientas para establecer *in limine litis*, vía auto sumariamente fundado, la admisión o inadmisión de la acción de inaplicabilidad intentada, un verdadero *writ of certiorari*. De este modo el trámite de admisión se transforma en el mecanismo procesal *ex ante* para aquilatar los presupuestos procesales de la acción de inaplicabilidad y ponderar *prima facie* su relevancia-fundamento.

Para concluir en este apartado preliminar resta consignar que el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” es un proceso de constitucionalidad que opera como control concreto de “preceptos legales” y por ende, necesariamente, es una cuestión incidental previa.⁴ En el fondo, como nos recuerda González Pérez, la cuestión de inconstitucionalidad es una cuestión “prejudicial”;⁵ pero que no puede importar transferir al Tribunal Constitucional la decisión acerca de litigios, conflictos o “gestiones” concretas, ni menos aún, para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordena-

² Cano Mata, Antonio, *Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional*, Edit Civitas, Madrid, 1986. Cano Mata se hace cargo en el contexto español a la crítica de González Pérez a la restringida legitimación procesal de la cuestión en España señalando: “...si las partes de un proceso ordinario estuvieren legitimadas para el planteamiento de este proceso de inconstitucionalidad, múltiples recursos de los que se interponen ante los jueces y tribunales españoles se dilatarían —con frecuencia indebidamente— distorsionando una administración de justicia en la que la celeridad y eficacia deben ser dos notas características” (p. 40). También Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Edit Dykinson, Madrid, 1984, en especial pp. 89-121.

³ Consultar el tratamiento sobre tribunales ordinarios y especiales del profesor Hugo Pereira Anabalón, *Curso de Derecho Procesal*, Edit. ConoSur, Santiago, 1993, tomo I, pp. 240-247. Ídem de Mario Casarino V., *Manual de Derecho Procesal*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed., 1998, tomo I 6974. Finalmente consulta obligada es el clásico de Manuel Egidio Ballesteros, *La Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Imprenta Nacional, Santiago, 2 vol., 1890, tomo I, pp. 43-112.

⁴ Jiménez Campo, Javier, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en libro colectivo *Los Procesos Constitucionales*, Edit. CEC, Madrid, 1992, pp. 13-38. Del mismo autor: “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en libro colectivo *La Jurisdicción Constitucional en España*, Edit. CEC, Madrid, 1995, pp. 71-112.

⁵ González Pérez, Jesús, “Derecho Procesal Constitucional”, Editorial Civitas, Madrid, 1980, p. 262.

miento jurídico. La cuestión de inconstitucionalidad “no es pues una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”.⁶ En suma, la cuestión de inconstitucionalidad, anota Pérez Royo, es el resultado “de la acción combinada de dos monopolios: el de administrar justicia a favor del Poder Judicial y el del control de constitucionalidad a favor del Tribunal Constitucional”.⁷

II. “Inaplicabilidad-Cuestión de Inconstitucionalidad” y Legislación

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” tiene efectos directos en la legislación específicamente en los siguientes campos: leyes preconstitucionales y leyes postconstitucionales; seguridad jurídica y cosa juzgada; presunción de constitucionalidad de la ley; ley e igualdad constitucional y finalmente la sujeción de la ley a ciertas pautas de racionalidad para su constitucionalidad.

En primer lugar debemos consignar que la sentencia del Tribunal Constitucional en sede de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” como proceso de constitucionalidad, permite un control normativo represivo de inconstitucionalidad de “preceptos legales”, es decir, normas de ley, o que posean rango o fuerza de ley (legislación regular, legislación delegada y legislación irregular) que en su conformidad en un plano temporal con la Constitución pueden ser: leyes preconstitucionales y leyes postconstitucionales, y de este modo es un medio procesal de control objetivo de interpretación judicial de la ley.⁸ La inexistencia de una cláusula derogatoria general de la legislación contraria a la Constitución vigente o de sus reformas, plantea necesariamente y sin ambages o excusas la sujeción de los tribunales que integran el Poder Judicial y los tribuna-

⁶ Fernández Segado, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 1085-1086.

⁷ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Edit. Marcial Pons, 6ª edición, Barcelona, Madrid, 1999, p. 920.

⁸ Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Edit. CEC, Madrid, 1985, pp. 247-250. Para Pérez Tremps el control de normas recae en la actividad hermenéutica y la unificación interpretativa desde la Constitución que produce, y agrega: “Desde esta perspectiva, todo control de una norma ya aplicada va unido indisolublemente al control de interpretación que de esa norma se haya puesto que norma e interpretación tienen una existencia simbiótica, aunque la interpretación puede cambiar. Muestra de esa unión entre norma e interpretación son, en el terreno constitucional, las sentencias en las que, controlando normas, un Tribunal Constitucional, las considera contrarias a la norma fundamental en tanto en cuanto se interpretan de una determinada forma o adecuadas a la Constitución si se interpretan de una manera concreta”, p. 247. También es de obligada consulta acerca de la sujeción de los jueces a la Constitución y la ley, la brillante y última monografía publicada del malogrado Ignacio de Otto Pardo, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Edic. del Ministerio de Justicia, Secretaría Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989; en especial, pp. 67-79. Sobre la distinción entre validez y vigencia, inconstitucionalidad y derogación un trabajo propedéutico de teoría general del derecho de Juan José Moreso Mateos: “Sobre normas inconstitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 38, 1993, pp. 81-115.

les de Justicia Electoral a la Constitución y a la ley. Además es oportuno recoger una precisión dogmática, en otros lugares anotada con pertinacia, entre la Constitución y la conformación de la legislación a ésta se plantea un problema de validez, esto es de sujeción o conformidad a las normas iusfundamentales de la producción de normas legales, y no un problema de vigencia, esto es, de derogación expresa o tácita. Por ello la no conformidad de la legislación postconstitucional a la Constitución es inconstitucionalidad originaria y de la legislación preconstitucional a la Constitución es inconstitucionalidad sobrevenida. Por todo ello el distingo entre inconstitucionalidad y derogación es descaminado, y fuente de más de un error; error que podría ser adjetivado de purismo conceptual, pero que entraña el peligro de admitir a los tribunales del fondo o a quo, a saltarse la “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” y so pretexto de su vinculación a los principios de constitucionalidad “inaplicar” la ley preconstitucional, bajo la modalidad de derogación; poniendo en riesgo el monopolio de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional. Ello obliga en el contexto de un Estado de Derecho y del imperio de la ley, a activar o incoar por los medios preceptivos la “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” para declarar la inconstitucionalidad de la ley, no pudiendo desvincularse del imperio de la ley a los tribunales de justicia o los tribunales electorales, so pretexto de infringir ésta la Constitución. El principio de legalidad somete a los tribunales o jueces de modo tal que no permite desaplicar la ley fundados en valores o principios, aunque estos tengan recepción iusfundamental, de suerte que los tribunales o jueces con la cuestión de inconstitucionalidad incoada de oficio en sede a quo, podrán “enjuiciar” la ley desde el punto de vista de la constitucionalidad, pero quedan inhibidos de la posibilidad de “rechazarla” por sí mismos (Otto Pardo). Por lo tanto la vinculación de los jueces a la Constitución (que aquilata en principios de constitucionalidad: supremacía, valor normativo y eficacia normativa) y a la ley, debe dar cuenta de la estructura normativa iusfundamental y de la aplicación de reglas hermenéuticas conformes a la Constitución. En palabras de Ignacio de Otto: “Ello significa que la aplicación inmediata de la Constitución para la resolución de los litigios, cuando la norma sea por su naturaleza aplicable; significa también que la función de aplicar la legalidad ordinaria se hará interpretando ésta de conformidad con la Constitución excluyendo interpretaciones que le sean contrarias, como lo exige el principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución...” (p. 70). Admitir lo contrario sería negar la existencia de los monopolios de administrar justicia, de heterocomponer conflictos electorales y de controlar la constitucionalidad asignados al Poder Judicial, Justicia Electoral y al Tribunal Constitucional respectivamente, y abrir la puerta a un sistema difuso de control de constitucionalidad de la ley. Además significaría quebrar con el instituto de la casación y el rol primordial de la Corte Suprema en el Poder Judicial en este campo como corte de casación superior.

En segundo lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” plantea problemas en torno a la seguridad jurídica y la cosa juzgada.⁹ La acción de inaplicabilidad debe ser planteada de oficio o por vía recursal

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977, nueva edición de 1988, en especial capítulo 7 sobre la decisión de la cuestión de legitimidad constitucional de la ley, pp. 255-288. Del mismo autor “Le diverse modalità del controllo di legittimità costituzionale delle leggi nel sistema italiano (a posteriori) e nel sistema francese (preventivo): vantaggi e svantaggi di due sistemi”, en *Revue Internatio-*

“antes de la sentencia”, de lo que debemos colegir necesariamente y como hipótesis de procedibilidad de la acción, que ésta debe ser impetrada antes de que la “causa” quede en estado de dictarse sentencia de término, excluyendo la sentencia firme y ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada; ya que conforme lo dispone el inciso primero del art. 73 de la Constitución todo poder público queda inhibido de “ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.¹⁰ En la perspectiva de *lege ferenda* la reforma a la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional debe hacerse cargo de este punto así como de las condiciones procesales bajo las cuales se ordene la “suspensión del procedimiento” por el tribunal ante el cual se ventila la “gestión”, litigio o conflicto. Sobre este tema Zagrebelsky plantea una interesante punto de vista, en orden a que la decisión o sentencia de la cuestión de inconstitucionalidad es “necesariamente retroactiva”, y los dispositivos de efecto temporal *ex nunc* o *pro futuro* están destinados a fracasar; ya que la declaración de inconstitucionalidad de contenido invalidatorio-anulatorio y efecto personal general o *erga omnes*, conlleva que la ley inconstitucional, por obra de esta vía prejudicial, no pueda ser aplicada a “gestiones” *sub iudice*, y en tales causas las relaciones jurídicas anteriores a la decisión de inconstitucionalidad, simplemente se ven privadas en la tutela judicial del fragmento de derecho material expulsado del ordenamiento jurídico. Luego, la sentencia de la cuestión de inconstitucionalidad, genera en el fondo efectos retroactivos, para las relaciones jurídicas ventiladas en una “gestión”, litigio o conflicto, que no estuvieren agotadas por una decisión judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. Ello obliga a tribunales constitucionales como el italiano o alemán a emplear técnicas interpretativas morigeradoras de estos efectos prácticos como la “dichiarazione di inconstituzionalità a termine” o la declaración de inconstitucionalidad con reserva de revisión legislativa por parte del legislador.

En tercer lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” debe dar cuenta de la presunción de constitucionalidad de la ley.¹¹ Esta presunción de constitucionalidad es fruto de la sujeción de los órganos legislativos a la Constitución y las demás normas dictadas conforme a ella, y del principio democrático que le confiere a la ley una especial legitimidad. El híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” permite sostener en su defensa que lograría graduar los efectos de la sentencia en relación a la ley. En efecto, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad, en la medida que es una manifestación de control concreto, declara la inconstitucionalidad (inaplicación) del enunciado legal a aplicar por el tribunal de la “gestión”, litigio, conflicto, con efectos temporales *ex nunc* y efecto personal relativo o *inter partes*. En cambio, la sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad importa la declaración de inconstitucionalidad y por ende invalidez y anulabilidad de la ley, con efecto temporal, al menos teóricamente, *ex nunc* o *pro futuro* y efecto personal

nale de Droit Comparé, N° 4, 1990, pp. 1337-1343. También es útil consultar a M^a del Carmen Blasco Soto: “Reflexiones en torno a la fuerza de la cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 41, 1994, pp. 35-62.

¹⁰ Pereira Anabalón, Hugo, “Fundamento constitucional de la cosa juzgada”, *Revista Gaceta Jurídica* N° 47, 1984, pp. 10-18.

¹¹ Alegre Martínez, Miguel Ángel, “Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales”, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* N° 6, segunda época, Universidad de Valencia, 1944, pp. 113-136.

general o *erga omnes*. A pesar de esta gradualidad de los efectos materiales, temporales y personales en lo concerniente a su aptitud destructiva o “derogatoria” de la ley, la declaración de inconstitucionalidad en sede de inaplicabilidad debilita, sino anula, la presunción de constitucionalidad de la ley y cuestiona severamente el principio de seguridad jurídica. Más aún, mientras dure el contencioso constitucional, después de la admisión a trámite de la inaplicabilidad, se produce la sospecha de una potencial inconstitucionalidad, que también incide en la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones jurídicas, lo que es profundizado ante la constatación práctica de que la sentencia de cuestión de inconstitucionalidad posee un efecto temporal retroactivo o *ex tunc* indirectos (Zagrebel'sky).

En cuarto lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” repone la necesaria conexión, de herencia liberal burguesa en el constitucionalismo, de la ley al principio de igualdad constitucional. En efecto, en la medida que la “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” permite la declaración de inconstitucionalidad (formal, material y competencial), se endereza a convertirse en un instrumento de tutela de derechos fundamentales, más aún si no prospera el instituto del amparo constitucional de derechos.¹² De este modo, la “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” va a ser un instrumento de control normativo represivo de inconstitucionalidad, en especial de inconstitucionalidad material, en razón de que prospectivamente se va a utilizar como un medio impugnativo de leyes de desarrollo de derechos fundamentales (en especial de derechos civiles y de contenido patrimonial) que no cumplan con la matriz o concepto de ley material. Esto significa que la acción de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” va a servir también, usualmente, como una “cuestión prejudicial” de juicios reparatorios de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, sin perjuicio de servir de herramienta de depuración objetiva del ordenamiento jurídico.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” va a conferir al órgano jurisdiccional la posibilidad de determinar la legitimidad constitucional de la ley en razón de ciertos cánones o reglas que cautelen una racionalidad legislativa, tanto del Estado liberal como del Estado social, enderezados a asegurar la seguridad jurídica; en particular cuando se trate de desarrollo legislativo de derechos fundamentales. Tales cánones o reglas someten a la ley y al legislador a un test de constitucionalidad, que refuerza en último término la presunción de legitimidad del obrar de este poder público.

Estos dos últimos temas merecen una explicación desagregada que abordaremos en el capítulo siguiente y que de algún modo dan cuenta de un cambio profundo en las relaciones que mantienen el Tribunal Constitucional con los órganos legislativos.

¹² Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa* (Trad. F. Ortiz y estudio T. Freixes Sanjuán), Edit. CEPC, Madrid, 2002, pp. 79-105. También sobre el concepto material de ley en conexión con el principio de igualdad Francisco Rubio Llorente, “La Forma del Poder”, *Estudios sobre la Constitución*. Edit. CEC, Madrid, 1993, pp. 355-365.

I. LEY Y DERECHOS FUNDAMENTALES: “IGUALDAD CONSTITUCIONAL”

A nuestro juicio, no existe un concepto unívoco de ley en la Constitución, sino la recepción de elementos formales y materiales en la definición de la ley como acto estatal, que se traduce directamente en la tipología de leyes del art. 63 de la Constitución (leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y quórum calificadísimo y leyes ordinarias o comunes) estructurada bajo un principio de competencia o distribución de materias, que por una parte tiene quórum diferenciados y por otra segmenta el dominio o competencia legislativa, lo que nos lleva a preferir la “forma de ley”, como categoría descriptiva en la dogmática. Al mismo tiempo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha creado tipos de ley nuevos como las “leyes de base”.

Con todo, la ley material, entendida ésta como acto legislativo, que reúne los caracteres o notas de identidad: generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad, deviene en una exigencia de la ley como título de intervención del Estado regulador y fuente del desarrollo legislativo de derechos fundamentales (derechos civiles), como resultado de reservas explícitas o implícitas, y adecuación al principio de igualdad constitucional, derechos de igualdad y garantías de éstos.

Además, no podemos dejar de consignar la raíz ideológica del dualismo de conceptos formal y material de ley, que, a pesar del debate prusiano acerca del Presupuesto, es muy propio de la cosmovisión ideológica liberal burguesa, que engarza en el fetichismo de la ley y la codificación.¹³ Bien observa Schmitt que para que el “imperio de la ley” conserve su conexión con el Estado de Derecho “es necesario introducir en el concepto de ley ciertas cualidades que hagan posible la distinción entre una norma jurídica y un simple mandato a voluntad, o una medida”.¹⁴ El concepto material de ley es una exigencia de la libertad y propiedad burguesas; de suerte que el “imperio de la ley” impide un legislador arbitrario.

Se exige de la ley reunir ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc.; que presuponen generalidad, abstracción y certeza, en el fondo es un tipo de racionalidad liberal burguesa fundada en el cálculo, predeterminación, seguridad;¹⁵ concepto que, en definitiva hunde sus raíces en el pensamiento jurídico y filosófico clásico. Asimismo, este concepto material de ley entronca con la igualdad constitucional. “Igualdad ante la ley –dice Schmitt– significa no sólo aplicación igual de la ley emitida, sino protección contra quebramientos, dispensas y privilegios, cualquiera sea la forma en que surgen. Del amplio campo de las cuestiones litigiosas a que ha conducido el postulado de igualdad ante la ley, interesa recoger aquí una: la igualdad ante la ley es inmanente al

¹³ Zúñiga Urbina, Francisco, *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador*, Edit. LexisNexis, Santiago, 2005.

¹⁴ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución* (Trad. F. Ayala y epílogo Manuel García Pelayo), Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 149.

¹⁵ García Pelayo, Manuel, “Derecho Constitucional Comparado”, en *Obras Completas*, 3ª ed., vol. I, Edit. CEC, Madrid, 1991, pp. 286-291. Ídem es notable el libro de Franz Neumann, *El Estado Democrático y el Estado Autoritario* (Trad. M. Reilly y C.A. Fayard), Edit. Paidós, Buenos Aires, 1968, pp. 33-69.

concepto de ley propio del Estado de Derecho, es decir, ley es sólo la que contiene en sí misma la posibilidad de una igualdad, siendo, así, una norma general. Ante un mandato particular no hay igualdad ninguna, porque está determinado en su contenido la situación individual del caso concreto, mientras que la ley en el sentido del Estado de Derecho significa una regulación normativa, dominada por la idea de la justicia, y cuya igualdad significa justicia. El concepto bien entendido de igualdad está inseparablemente ligado al concepto bien entendido de ley”.¹⁶ El propio Schmitt desde posiciones conservadoras y autocráticas observa la crisis del concepto liberal burgués de ley, que defiende libertad y propiedad, que asume como premisas una racionalidad, certeza y justicia propios de la “fe iusnaturalista en la Ley de la Razón y la Razón en la Ley”.

Finalmente, en este punto resta anotar que en el dualismo concepto formal-concepto material de ley, subyace la vieja distinción entre *voluntas* y *ratio*. La ideología liberal burguesa retoma esta distinción, de suerte que el concepto material de ley define a la ley, razón escrita, en que la generalidad, abstracción y certeza con exigencias del postulado ético de la igualdad formal y de la prohibición de la retroactividad. De esta suerte, la injerencia de la ley en la libertad (libertad personal, libertad política, libertad económica y libertad social) sólo puede producirse mediante ley material, la ley del Estado de Derecho. Por ello es notorio un hilo de continuidad en los conceptos de ley de autores del siglo de la Ilustración y de la revolución burguesa: Montesquieu, Rousseau y Kant.

Ahora bien, resulta obvio que el concepto de ley material propio del Estado de Derecho tiene tres funciones en el sistema de dominación política: ocultar la dominación de la burguesía, hacer que el sistema económico sea previsible y garantizar un mínimo de libertad e igualdad (Neumann). Por ello, el legiscentrismo o “fetichismo” de la ley es un lugar común en la cultura jurídica de Europa y en la cultura jurídica anglosajona (Bentham) y conecta esta ideología liberal burguesa con el primer positivismo jurídico del siglo XIX.¹⁷

Sin embargo, sólo la libertad individual y la igualdad formal pueden ser objetivos del concepto material de ley, y la exigencia de la ley propia del Estado de Derecho, y los erigen en conceptos enderezados como un argumento en defensa del orden social, político y económico capitalista. Neumann observa: “El postulado según el cual el Estado sólo debe gobernar por medio de leyes generales resulta absurdo en la esfera económica si el legislador no está frente a competidores igualmente fuertes sino frente a monopolios que trastocan el principio del mercado libre”(…). “Este recurso a las ideas de igualdad y generalidad legales constituye en realidad un reconocimiento disfrazado del derecho natural, que ahora cumple funciones contrarrevolucionarias” (57-58).

¹⁶ Schmitt, C., ob. cit., p. 162.

¹⁷ Bentham, Jeremías, *Tratados de Legislación Civil y Penal* (edición de M. Rodríguez Gil), Edit. Nacional, Madrid, 1981, pp. 92-96. Del mismo autor: *The Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, New York, 1998, en especial pp. 309-336. También Austin, John, *El Objeto de la Jurisprudencia* (Traducción y estudio J.R. de Páramo Argüelles), Edit. CEPC, Madrid, 2002, en especial Lección I (pp. 33-53) y Lección VI (pp. 197-338).

Por todo ello la crisis del legiscentrismo o “fetichismo de la ley” coincide con la gran crisis del capitalismo temprano y el Estado liberal en el periodo de entreguerras.¹⁸ En el contexto del Estado social y del capitalismo tardío no tiene cabida un concepto material de ley como propio y exclusivo del Estado de Derecho, el concepto de ley tradicional se difumina, por lo que hablamos de “forma de la ley”. El concepto material de ley subsiste limitadamente, como hemos sostenido antes, para admitir constitucionalmente un título de intervención legítimo del Estado regulador (y de su Administración), y un desarrollo legislativo de derechos fundamentales, específicamente de derechos civiles.

Interesa al tema que nos ocupa puntualizar que las exigencias que la dogmática hace al concepto material de ley, que permite identificar como caracteres propios del acto normativo ley los siguientes: generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad; es un concepto constitucionalmente adecuado para la legislación de desarrollo de derechos fundamentales. Ello no puede inducirnos a olvidar el concepto de “ley parlamentaria”, que designa como ley al acto estatal fruto de un *iter legis* establecido en la Constitución, que emana del Parlamento como órgano de representación política (concreción del pluralismo político y que sus decisiones son fruto de la deliberación) depositario principal de la función y potestad legislativa. En ese sentido el principio democrático da soporte a la ley como acto estatal normativo con vocación de innovación y le confiere un importante grado de “discrecionalidad”. Por todo ello siempre se impone la “forma de ley”.¹⁹

Por último, no podemos cerrar este excursus acerca del concepto material de ley, sin dar cuenta del aporte crítico de Carré de Malberg en la materia, quien nos invita a trabajar o descartar el dualismo ley formal-ley material en razón del derecho positivo francés de la III República y del concepto de ley en la Constitución. Reconoce Carré de Malberg que primordialmente los actos del Estado en las Constituciones responden a una cuestión de formas y correlaciones de órganos, así la decisión “emitida en la forma legislativa por el órgano de la legislación lleva, en la terminología constitucional, el invariable nombre de ley, sean cuales fueren su contenido y su naturaleza interna”.²⁰ Con todo reconoce el maestro de Estrasburgo que las constituciones de la Revolución Francesa se inclinan, por influencia de Rousseau, por un concepto material de ley como expresión de una “voluntad general”, que no es dualismo, sino vaciamiento de la ley formal en la ley

¹⁸ Aunque carga las tintas y es del todo criticable en su acentuado “fetichismo constitucional” un texto de consulta obligado sobre la crisis del legiscentrismo es el de Gustavo Zagrebelsky: *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia* (Trad. M. Gascón y epílogo G. Peces-Barba), Edit. Trotta, Madrid, 1995, en especial pp. 21-45 y pp. 109-130. La profunda desconfianza de Zagrebelsky en la ley, la evidencia en la relación de mitos Antígona y Creonte, insertadas sesgadamente con la función de la ley en regímenes totalitarios, en breve artículo de este autor “La Ley, el Derecho y la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 72, 2004, pp. 11-24.

¹⁹ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado* (Trad. L. Legaz), Edit. Nacional, México DF, 1965, pp. 307-308. También la traducción de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* (Trad. R. Vernengo), Edit. Porrúa, 1ª ed., México DF, 1991, pp. 232 y ss. Finalmente, esboza una crítica brillante al dualismo ley formal-ley material Kelsen en su primera gran obra: *Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)* (Traducción de la 2ª ed. alemana W. Roces y notas U. Schmill), Edit. Porrúa, México, 1987, pp. 469-492.

²⁰ Carré de Malberg, Raymond, *Teoría General del Estado* (Trad. J.L. Depetre, prefacio H. Gross S.), FCE, UNAM, México DF, 2ª ed., 1ª reimp., 2000, ob. cit., p. 257.

material. Ello contrasta con el concepto formal de ley de la Constitución de 1875.²¹ Recuerda el maestro de Estrasburgo que en el dualismo ley formal-ley material, late de fondo una distinción entre funciones materiales y funciones formales de la potestad pública, distinción que arranca de la “falta de concordancia entre la competencia constitucional de los órganos y el campo natural de las funciones consideradas en sí mismos”, pero además late de fondo en el dualismo, la “base misma de delimitación de las competencias legislativas y administrativas”, lo que redundará en que la legislación material (que descansa en la regla de derecho) es el “campo especial y natural de la legislación formal”.

La crítica de Carré de Malberg al concepto material de ley, está dirigida a las doctrinas tradicionales de la generalidad de la ley como acto estatal y a la noción de “regla de derecho”, inapropiadas en el sistema de derecho positivo establecido por la Constitución, en especial critica la doctrina de Laband y Jellinek de la “regla de derecho”, que sólo considera “aquellas prescripciones que tienen por especial objeto fijar la condición jurídica de los súbditos del Estado”; oponiendo “leyes que crean derecho” y “leyes administrativas”.

Concluye Carré de Malberg postulando la necesidad de un concepto constitucionalmente adecuado de ley, que en el ordenamiento jurídico francés de época es predominantemente formal, ya que se establecen órganos, procedimiento legislativo y una competencia legislativa ilimitada. De este modo la ley adquiere dos funciones: “primero tiene la ley como función imprimir un valor superior a las prescripciones que dicta, haciéndolas depender en adelante de la exclusiva voluntad del cuerpo legislativo, único que podría modificarlas o derogarlas en lo sucesivo. Y la segunda función de la ley es la de estatuir, bien a título de regla general, o bien como disposición particular, sobre todos aquellos objetos que, al no haber sido previstos por la legislación vigente, no pueden regularse por la vía de una decisión o medida que constituya una ejecución administrativa de las leyes”. En suma la ley no se caracteriza por su contenido, sino por su forma y por la fuerza inherente a dicha forma y debe definirse por “su potencia especial de decisión inicial”.

A modo de recapitulación final sobre el tema debemos reiterar que el concepto material de ley, de valor limitado en nuestro ordenamiento, es una consecuencia natural del principio constitucional de igualdad y de las igualdades y sus garantías, de suerte que el igual trato que la ley da a los sujetos de derecho es consecuencia de la generalidad, abstracción y certeza de la norma. Esta construcción dogmática tan propia del Estado liberal ha resistido el paso del tiempo y se proyecta incluso en el Estado social, al menos en lo que atañe al desarrollo legislativo de los derechos fundamentales civiles. Nuestra jurisprudencia constitucional lentamente ha recepcionado este concepto material de ley como se expondrá más adelante.

Asimismo, a la legislación se le impone un tipo de racionalidad legislativa que tiene varios modelos o niveles: racionalidad comunicativa o lingüística, racionalidad jurídico-

²¹ Carré de Malberg, Raymond, *La Loi, expression de la volonté générale*, Edit. Economica, prefacio de reedición Georges Burdeau, Paris, 1984 (colección clásicos). En especial pp. 43-60.

formal, racionalidad pragmática, racionalidad teleológica y racionalidad ética; niveles de racionalidad que están estrechamente ligados al Estado de Derecho como forma jurídico-política y a una idea de derecho y legitimación del poder que descansa en una racionalidad intrínseca del ordenamiento jurídico.²²

Concluyendo el concepto material de ley también está ligado a ciertos principios o reglas cuando se trata de leyes de desarrollo de derechos fundamentales, en particular de derechos civiles, a saber: reglas de adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación.²³ Todos estos principios o reglas se tropiezan con la realidad del Estado social y el tipo de racionalización legislativa que éste importa; y que nos lleva a distinguir entre ley material y ley formal y a reconocer leyes-medida, leyes programa, leyes-bases, que importan una polivalencia constitucionalmente admitida en nuestro país en cuanto al concepto de ley.

En consecuencia, sostenemos con reiteración que el concepto material de ley, reconociendo la polivalencia anotada, es un concepto constitucionalmente adecuado cuando se trata de legislación de desarrollo de derechos fundamentales, en particular de derechos civiles. Además, los principios o reglas de adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación son esenciales en el test de constitucionalidad de las normas (constitucionalidad material). Estos principios o reglas son fruto de los caracteres de generalidad, abstracción, certeza y obligatoriedad de la ley y hacen posible el imperio de la igualdad constitucional, en su dimensión formal al menos.

Sólo resta en este punto señalar que de modo preliminar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido de modo parcial estas reglas o principios de: adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación; señalando que la ley que regula el ejercicio de derechos fundamentales debe reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”: “el primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad (STC Rol N° 254, cons. 26). En un sentido análogo y profundizando en un concepto material de ley para la reserva, la jurisprudencia constitucional reciente ha sostenido: 17°. Que se desprende del considerando anterior que, cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica; 18°. Que en la situación recién explicada el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamiento sobre conceptos, requisitos, procedimientos, y control de las regulaciones acordadas y otras

²² Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, reimp. 27-52. Un clásico en la materia Max Weber, *Economía y Sociedad. Esbozo de una sociología, comprensiva* (edic. de J. Winkelmann y trad. J. Medina Echavarría y otros), FCE, 1ª ed., 1944, 2ª ed., 1964, 7ª reimpresión, México DF, 1984, en especial pp. 603-660 y 695-752.

²³ Montoro Chiner, María Jesús, *Adecuación al Ordenamiento y Factibilidad: Presupuestos de Calidad de las Normas*, Ed. CEC, Madrid, 1989.

cualidades que obligan a reconocer que el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución se haya más restringido o subordinado; 19°. Que abocado al cumplimiento cabal de exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente. Por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica.”. (S.T.C. Rol N° 370, cons. 17°, 18° y 19°).

Por último, completa este cuadro la garantía de contenido esencial del N° 26 del art. 19 de la Constitución, en virtud de la cual “los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (STC, Rol N° 325, cons. 40°).²⁴ La misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional traslada al campo de las garantías de reserva legal y de contenido esencial el criterio de razonabilidad y proporcionalidad, que debe guiar al legislador con motivo del desarrollo legislativo de derechos fundamentales (STC, Rol N° 280, cons. 28°). En especial la garantía de contenido esencial opera como una “supragarantía” de la seguridad jurídica (Cea Egaña), y cierra con cualidad de “clave de bóveda” el sistema de derechos fundamentales.

En consecuencia, el principio de legalidad, que comprende dos dimensiones: primacía de la ley y reserva de ley, tiene su complemento elemental en la garantía de contenido esencial destinado a limitar la “discrecionalidad política del legislador” y del mismo modo se cercenan las “facultades de la Administración, estableciendo que ‘sólo por ley’ pueda regularse el ejercicio de tales derechos” (Prieto Sanchís).²⁵ La garantía normativa de reserva de ley del art. 19 N° 26 de la Constitución, nos exige que el desarrollo legislativo de derechos esté reconducido a la ley material al menos en lo concerniente a derechos fundamentales (civiles). La garantía normativa de contenido esencial tiene un valor práctico y retórico, al cautelar la “esencia” de los derechos del legislador, imponiendo un “límite de los límites”.²⁶ Posee la garantía de contenido esencial una específica relación con la órbita de los límites impuestos y funciones “defensiva” o de barrera frente al legislador y “ofensiva” al permitir introducir nuevos aspectos de los derechos fundamentales en particular ante el juez (Häberle); permitiendo la “transformación” de los derechos.²⁷

²⁴ Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, Ed. U.C., Santiago, 2004, pp. 605-613.

²⁵ Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Edit. Debate, Madrid, 1990, ob. cit., pp. 167-169, 139-152.

²⁶ Consultar Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Edit. CEC, Madrid, 1994.

²⁷ Häberle, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional* (traducción parcial de su tesis del italiano), Edit. Universidad Católica del Perú, San Miguel, 1997, en especial pp. 86-95, 348-351.

Por todo ello la sentencia del Tribunal Constitucional de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” deviene en un mecanismo llamado prospectivamente a cumplir dos objetivos en materia de legislación de desarrollo de derechos fundamentales en particular y de legislación en general: primero a servir de “cuestión prejudicial” en juicios reparatorios por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador cuando la ley de desarrollo de derechos fundamentales (civiles y en especial de contenido patrimonial) infrinja la matriz o concepto de ley material imponiendo ablaciones patrimoniales o cargas públicas lesivas de la garantía de la propiedad e igualdad constitucional; y segundo servir de instrumento de depuración del ordenamiento jurídico.

II. CONCLUSIONES

Al tenor de los temas que plantea la relación de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”, en lo que concierne a la legislación; es menester recoger resumidamente las conclusiones de esta ponencia:

1) El control normativo represivo de inconstitucionalidad comprende “preceptos legales” es decir normas determinadas de ley, o que posean rango o fuerza de ley, y que por su conformidad con la Constitución son: leyes preconstitucionales y postconstitucionales, en la medida que el monopolio del control de constitucionalidad de la ley y los actos normativos se residen en el Tribunal Constitucional. Este monopolio del contencioso constitucional fortalece el monopolio de administrar justicia del Poder Judicial, y el monopolio del contencioso electoral de la Justicia Electoral. Para la legislación esto significará una más eficiente cautela del imperio de la ley, en la medida que los tribunales no podrán ejercer en modo alguno un control de constitucionalidad, saliendo fortalecido el instituto de la casación.

2) El control normativo represivo de inconstitucionalidad no podrá negar o menoscabar la cosa juzgada, por lo que la sentencia de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” adquiere relevancia para la “gestión”, litigio o conflicto, cuando el tribunal ordena la suspensión del procedimiento. De lo contrario el efecto temporal *ex nunc* de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad podría no ser relevante en el derecho material de la decisión de la “gestión”. Y ciertamente los “preceptos legales” impugnables en esta sede deben ser determinados, decisorio litis y relevantes en la “gestión”, litigio o conflicto a quo. Por otra parte la sentencia de cuestión de inconstitucionalidad que declara la inconstitucionalidad de la ley la invalida-anula, con efectos temporales *ex nunc* o *pro futuro* y personales generales o erga omnes; pero como advierte agudamente Zagrebelsky esta sentencia produce indirectamente efectos *ex tunc* en las relaciones jurídicas sometidas a un procedimiento a quo y no consolidadas, por la peculiar fuerza normativa de la cosa juzgada.

3) La presunción de constitucionalidad de la ley sale aparentemente fortalecida con el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”, ya que la sentencia estimatoria podrá establecer una declaración de inconstitucionalidad del enunciado legal o de la ley, de alcance diferenciado. Sin embargo, tal gradualidad pone en la práctica en tela de juicio la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la propia presunción de constitucionalidad de la ley.

4) El control normativo represivo de constitucionalidad podrá establecer la inconstitucionalidad de la ley fundada en vicios de forma, de materia o de competencia. Sin embargo, ante la ausencia del amparo constitucional de derechos fundamentales el híbrido “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”, y con una mirada prospectiva del tema, va a ser empleado como un instrumento de tutela extraordinaria de derechos fundamentales, frente a un desarrollo legislativo impugnado de inconstitucional. Para la legislación esto significará prospectivamente la necesidad de adecuar la producción normativa de desarrollo de los derechos fundamentales a la matriz o concepto de ley material, para así respetar el principio de igualdad constitucional.

La legislación de desarrollo de derechos fundamentales de contenido patrimonial que fuere declarada inconstitucional hace de este proceso de constitucionalidad una “cuestión prejudicial” necesaria para el título de imputabilidad en los juicios reparatorios dirigidos a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

5) Por último, la legislación, en particular, la legislación de desarrollo de derechos fundamentales, en una aproximación prospectiva quedará sometida a ciertas pautas o cánones de racionalidad, que recuperan un concepto de ley en armonía con el valor y principio de seguridad jurídica y la necesidad de que ésta esté dotada de una racionalidad legislativa lo suficientemente abierta como para admitir las racionalidades legislativas del Estado liberal y del Estado social. De este modo el control normativo concreto y sucesivo de constitucionalidad guarda armonía con el objetivo de depuración del ordenamiento jurídico.

Finalmente, se hace imprescindible llamar la atención acerca de un cierto “fetichismo constitucional” que nos embarga usualmente y que nos lleva en definitiva, por asumir acríticamente visiones “principalistas” o neoiusnaturalistas de la Constitución, transformada ésta en un demiurgo normativo a partir del cual los jueces son los llamados a hacer efectivo los principios de constitucionalidad, aún sacrificando el imperio de la ley. Se requiere una actitud teórico-metodológica crítica, que puedo resumir en palabras de Laband: “...la Constitución no es un poder místico (*puissance mystique*) que planea por encima del Estado, sino que, como cualquier otra ley, es un acto de voluntad sometido a continuación a los cambios de esta”, y en palabras de Kelsen la Constitución es un “compromiso” con raíces sociales y políticas, que pone a salvo a la Carta de cualquier mayoría parlamentaria protegiendo a las minorías, y en especial los derechos fundamentales, generándose una oposición entre constitucionalismo y principio democrático.²⁸

²⁸ Laband, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand* (traducida del alemán por C. Gandilhon y otros y revisada por el autor), Edit. V. Giard et E. Brière, en 6 volúmenes de 1900-1904, en especial la cita de tomo II de 1901, pp. 314-315. Es menester observar, para matizar la rotundidad antimetafísica de Laband, que el jurista del Imperio guillermino trabaja con un concepto anacrónico de Constitución propio del siglo XIX y al cual subyace el predominio del principio monárquico, que lo lleva a precisar que la sumisión de la ley a la Carta es un postulado de “política legislativa” pero no un principio jurídico, y que por ende es un principio deseable en un orden estatal. También, Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, ob. cit., pp. 330-331, y en *Esencia y Valor de la Democracia* (Trad. R. Luengo y L. Legaz, prólogo de Ignacio de Otto y estudio de P. Römer), Edit. Labor, Barcelona, 2ª edición, 1977, pp. 81-83. El jurista vienés se anticipa brillantemente a los planteamientos contemporáneos que admiten que la Jurisdicción Constitucional quiebra el principio-dogma de la separación de poderes para salvarlo, y que al mismo tiempo es una “institución contra-mayoritaria” alojada, al parecer necesariamente, en el Estado democrático.

Luego los objetivos de la acción de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad”, de protección de derechos fundamentales frente a la legislación de desarrollo de éstos y depuración del ordenamiento jurídico, no puede importar transformar a este híbrido en una herramienta para quebrar el imperio de la ley, bajo la forma de sustituir el Estado de Derecho por el Estado Constitucional o Estado de Justicia. De la relación Constitución-ley no hay duda que la Constitución es norma normarum y fuente primaria, pero la ley sigue siendo la fuente directa, ordinaria y principal del derecho y está revestida de la legitimidad democrática necesaria para dar cuenta de las decisiones políticas fruto de la deliberación pluralista y de la idoneidad para el desarrollo de derechos fundamentales. Los principios de constitucionalidad deben ser entendidos como un enriquecimiento y no como una sustitución del principio de legalidad. La ley no es el único instrumento de ordenación social, pero es “insustituible”, porque sigue siendo expresión del principio democrático, en una realidad de Estado de partidos, de suerte que el imperio de la ley en particular para los jueces conlleva en la aplicación, la necesidad de una “interpretación uniforme para todo el pueblo” y objetiva por imperativo del principio de igualdad. En palabras de García de Enterría: “El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, no ya neutro sino activo, del juez, pero siempre vocado al servicio de la Constitución y la ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance”.²⁹

Cabe, además hacer otro alcance, la reforma constitucional al instituir un monopolio del control de constitucionalidad de la ley concentrado en una judicatura, hace del Tribunal Constitucional el “supremo intérprete” de la Constitución, pero no el único, ya que la democracia pluralista exige de una comunidad “abierta” de intérpretes de la Carta (Häberle); de suerte que todos los operadores del derecho están llamados a la interpretación conforme con la Constitución y a conferirle a ésta todas sus potencialidades normativas (García de Enterría) compatibles con la estructura de las normas iusfundamentales y a buen recaudo de la “tiranía de los valores” que pretenden los intérpretes, en especial togados, a partir de posiciones “principalistas” o neoiusnaturalistas.

En cuanto a la legislación, el monopolio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, en términos prospectivos debe favorecer la consolidación de una “política de constitucionalidad” en que la constitucionalidad de leyes, como nos dice Jiménez Campo “no es algo que se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino referencia de continuo los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política sobre la procedencia de acudir o no al cauce jurisdiccional, o de mantenerse

²⁹ Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en recopilación *Estudios de Derecho Constitucional*, Edit. CEPC, Madrid, 1998, pp. 163-190. También la impresionante lección doctoral en la Universidad de Oviedo de Eduardo García de Enterría, “La democracia y el lugar de la Ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 92, Madrid, 1996, pp. 609-622. Además es útil la lectura de Marina Gascón Abellán, “La Justicia Constitucional: entre Legislación y Jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 41, 1994, pp. 63-87.

en él, para dirimir controversias sobre la validez de una disposición legal”.³⁰ La “política de la constitucionalidad” nos demuestra como fenómeno que la conformidad de las leyes a la Constitución es una “responsabilidad de todos” y en particular de los órganos legislativos (Congreso Nacional-Gobierno), lo que replantea la necesidad de aplicar cánones o reglas (reglas de adecuación, coherencia, proporcionalidad, claridad y determinación) a la producción de normas compatibles con la racionalidad legislativa liberal burguesa y social. Al mismo tiempo se replantea la necesidad de adecuar la legislación de desarrollo de derechos fundamentales (civiles) a la matriz o concepto de ley material.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal Constitucional de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” no sólo debe deferencia razonada al legislador (Congreso Nacional y Gobierno); sino que además debe fundar la declaración de inconstitucionalidad anclada en vicios de forma, de materia y de competencia, que de modo directo, relevante y patente conlleven la inconstitucionalidad del enunciado legal para la gestión o la invalidez-anulabilidad de la ley. Sólo de esta manera la democracia constitucional concilia su forma jurídico-política de Estado de Derecho y su forma política de república democrática en la que el Tribunal Constitucional es defensor de la supremacía e integridad de la Constitución y por ende de la producción válida de derecho y consecuentemente del imperio de los derechos fundamentales, admitiendo que la ley como fuente directa, ordinaria y principal del derecho posee la aptitud o idoneidad para darle desarrollo a éstos.

Luego, admitiendo la polivalencia del concepto ley en nuestra Constitución, la exigencia de ley material sólo tiene cabida para la legislación de desarrollo de derechos fundamentales de orden civil, en conexión con las garantías de la propiedad, seguridad jurídica e igualdad constitucional, y esta última no sólo formal, sino también material.

Del modo expuesto se impone el concepto abierto de “forma de ley”; abierto a las racionalidades legislativas del Estado liberal y del Estado social, y a la armonización de esta “forma” en el molde de la “ley parlamentaria”. En consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de la ley como verdadera “sanción” a la infracción de la Constitución con la aptitud de “legislador negativo” es la ultima ratio y que como decisión es entregada al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, a tener siempre presente, aun a riesgo de ser tildado de jacobinismo, debe considerarse que la teoría y praxis de la democracia constitucional no puede sustituir la soberanía popular por la vieja construcción ideológica del liberalismo doctrinario: la soberanía de la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional posee una legitimidad que es sólo instrumental a su función y por ende descansa en la fuerza persuasiva de los argumentos de sus decisiones; y de su inserción compleja en el edificio estatal para salvar el viejo principio-dogma de la separación de poderes.

³⁰ Jiménez Campo, Javier, “Política de la Constitucionalidad (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 59, 2000, pp. 11-27, en especial p. 13. También un libro de cita obligada, acerca del valor normativo de la Constitución y de la interpretación conforme, de Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, 3ª edic., Madrid, 1985, en especial pp. 63-94 y 95-103. Además, acerca de las posibilidades de la interpretación en las democracias pluralistas, la recopilación de artículos de Peter Häberle, *Retos Actuales del Estado Constitucional* (Trad. X. Arzoz, IVAP, Oñate, 1996).