

INTRODUCCIÓN

Daniel Mendonca

1. La primera fórmula adoptada con éxito en la historia del constitucionalismo para controlar la compatibilidad de las normas legales respecto de las constitucionales consistió en encomendar tal tarea al conjunto del aparato judicial ordinario. Se trata de una fórmula introducida en Estados Unidos a la que es frecuente denominar “sistema americano”. La tradición constitucional europea, sin embargo, no era compatible, en general, con un control sobre las leyes por parte del aparato judicial. Por ello, la introducción en Europa del control de constitucionalidad de las leyes se ha llevado a cabo mediante la creación de un órgano especializado, separado e independiente, tanto del poder legislativo como del ejecutivo y del judicial. Este sistema alternativo es comúnmente denominado “sistema austríaco”¹.

El sistema americano de *judicial review of legislation* es un sistema difuso, declarativo y concreto: difuso porque sobre la base de él cualquier juez está legitimado para ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes que debe aplicar; declarativo porque el juez que inaplica la ley inconstitucional no la anula, sino que se limita a no tenerla en cuenta, dando fe de la incompatibilidad existente entre la ley y la Constitución; concreto porque el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de la ley no representa el resultado de una ponderación abstracta y general de su alcance, sino que devuelta, *incidenter tantum* y con efectos únicamente *inter partes*, con referencia a la aplicación que la ley debe tener en el juicio, en el curso del cual la decisión se devuelve.

El sistema austríaco de *Verfassungsgerichtsbarkeit* se presenta, en cambio, contrariamente, como un sistema concentrado, constitutivo y abstracto: concentrado porque la competencia para decidir las cuestiones de constitucionalidad de las leyes se sustrae a los jueces ordinarios para ser reservada al *Verfassungsgerichtshof*; constitutivo porque la posible sentencia de admisión del recurso tiene como efecto específico el cese de la eficacia de la ley *ex nunc* y *erga omnes*, resolviéndose así en una actividad de “legislación negativa”, de acuerdo con la famosa fórmula kelseniana; abstracto porque las cuestiones de

constitucionalidad de las leyes son examinadas sobre la base de los recursos de sujetos específicamente legitimados para proponerlas y constituyen el objeto principal de dichos recursos, mientras son totalmente hipotéticos y eventuales sus reflejos sobre las aplicaciones concretas que la ley haya de recibir.

Un sistema mixto de control, por cierto, ha sido adoptado en países como Italia y Alemania. Este sistema recibe el carácter concreto y difuso del sistema americano y lo combina con la eficacia constitutiva de las decisiones de estimación con la concentración en un Tribunal Constitucional del cometido de decidir sobre cuestiones de constitucionalidad, y tal combinación se realiza mediante el expediente de la suspensión del juicio en curso ante el juez ordinario -juez *a quo*- y de la remisión de la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. De esta forma, las sentencias del Tribunal producen sus efectos, tanto en el juicio en el que surge la cuestión como en los otros juicios pendientes, según formas semejantes a las de las sentencias de los juicios americanos, como *erga omnes*, según formas semejantes a las del sistema austríaco.

2. Con base en los dos sistemas considerados, cabe distinguir dos tipos de sentencias en materia de control constitucional, a saber, sentencias declarativas y sentencias constitutivas².

1) *Sentencias declarativas*. En su versión más pura, los efectos del fallo se limitan al caso concreto. Pueden existir múltiples fallos, provenientes de diferentes tribunales, no coincidentes en torno de la constitucionalidad de una norma, y con criterios y fundamentos diversos. Radicada la cuestión en el máximo tribunal, lo resuelto por él se limita a la causa concreta. Cualquier tribunal puede cambiar de criterio, incluso el supremo. Además, la norma reputada inconstitucional sigue vigente, salvo que se alegue nuevamente su inconstitucionalidad, supuesto en que se reabre el debate, causa por causa. Si el máximo tribunal reputa inconstitucional una ley en infinidad de causas, ese pronunciamiento no se aplica al caso de una nueva ley, igual a la precedente. También en ese caso se habrá de reabrir el debate, caso por caso. Por último, si se declara inconstitucional a una ley, eso no implica la declaración de inconstitucionalidad de otra ley análoga o similar.

2) *Sentencias constitutivas*. En su versión más nítida, las sentencias constitutivas procuran respuestas unificadas en materia constitucional mediante un tribunal especializado que monopoliza el control de constitucionalidad. Los fallos tienen efecto *erga omnes* e importan la anulación de la norma legal cuando es declarada inconstitucional por una sentencia estimatoria. Tales fallos obligan también a los demás tribunales y a la administración pública. En su variable más

dura, declarada inconstitucional una norma, el debate queda cerrado a su respecto y no se vuelve a replantear, dentro o fuera del tribunal constitucional.

3. Los ensayos que recoge el presente volumen giran, precisamente, en torno a la operación de declaración de inconstitucionalidad y a sus relaciones con la operación de derogación de normas. Sobre la base de una evaluación inicial propuesta por RODRÍGUEZ-ORUNESU-SUCAR respecto de ambas operaciones, la discusión es ampliada y matizada mediante contribuciones de SCHMILL, GUASTINI, EZQUIAGA y PEROT. Más allá de las coincidencias y discrepancias puntuales, por cierto, todos los trabajos comparten el objetivo común de proveer una reconstrucción conceptual que resulte teóricamente adecuada a las intuiciones de los operadores jurídicos y fecunda en su práctica cotidiana.

La importancia del tema en cuestión puede medirse, desde luego, por la amplitud y riqueza del debate suscitado. Los ensayos tratan temas como el de la ontología de las normas jurídicas, su validez y aplicabilidad, el alcance de la tesis kelseniana de la cláusula alternativa tácita, el carácter constitutivo de los fallos judiciales y, por supuesto, el vínculo entre la declaración de inconstitucionalidad y la derogación de normas.

Es posible que el análisis propuesto requiera todavía mayor atención respecto de la expresión “norma inconstitucional”, pues ella resulta especialmente multívoca, en el sentido de que alude a situaciones muy diversas. Esa diversidad procede en lo sustancial, de los distintos modos como una norma puede hallarse en conflicto con la Constitución, esto es, con los diferentes factores que pueden viciar el carácter constitucional de la norma en cuestión. Los juristas emplean, indistintamente, para aludir a esta situación, expresiones variadas: “incompatibilidad”, “inadecuación”, “disconformidad”, “contradicción”, “oposición”, “colisión” y “conflicto” son algunos de ellos. En todos los casos, se pretende descalificar a cierta norma legal por afectar, de algún modo, a otra norma, de rango constitucional³. Creo que este tema debería ser objeto de reflexión futura.

Asimismo, pienso que debería ser objeto de nuevo análisis la operación misma de control constitucional, pues de acuerdo con una versión extendida, cuando se impugna una ley ante los tribunales por no ser conforme con el mandato constitucional, el juzgador sólo tiene que realizar una tarea: colocar el artículo invocado de la Constitución al lado del artículo de la ley impugnada y decidir si éste último cuadra con el primero. Esta es, obviamente, una sobresimplificación ingenua del mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes. En el mejor de los casos, quizás ese control pueda darse de la forma propuesta cuando se

consideran mandatos muy específicos claramente inconstitucionales. Lo cierto es que el mecanismo sugerido resulta irreal y simplista para la gran mayoría de los casos sometidos a control, dado que muy rara vez la inconstitucionalidad de una ley aparece superficial. Al esquema anterior bien puede oponerse otro distinto, menos ingenuo, en virtud del cual el mecanismo en cuestión involucra normas como objeto y parámetro de control: el control de constitucionalidad se realiza, no comparando los artículos o textos legales con los constitucionales, sino las normas que expresan tales artículos, de acuerdo con determinada interpretación⁴. Tal ponderación consiste en determinar si las normas legales son, con relación a las normas constitucionales, *secundum constitutionem* o *contra constitutionem*. Esta observación permite afirmar que todo control de constitucionalidad exige, necesariamente, la interpretación de los textos legales y constitucionales involucrados.

En cualquier caso, el control constitucional constituye un asunto de enorme importancia jurídica y política. Espero que este libro, al analizar algunos de los problemas que suscita, contribuya a un mejor entendimiento de su modo de funcionar y su potencial para dar forma a sistemas más rigurosos de producción legislativa y revisión jurisdiccional.

Notas

1 LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, 308-21.

2 SAGÜÉS, N. *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, 219-20.

3 En otra ocasión sugerí distinguir cinco circunstancias muy diversas en las que cabe emitir un juicio de descalificación de ese tipo con base en alguna clase de incompatibilidad respecto de la Constitución: incompatibilidad lógica o contradicción, incompatibilidad axiológica o colisión, incompatibilidad pragmática o violación, incompatibilidad fáctica o inadecuación e incompatibilidad formal o infracción. Ver MENDONCA, D. *Cómo hacer cosas con la Constitución*, Litocolor, Asunción, 1999, 74-80.

4 SAGÜÉS, N. *Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 1989, 136; EZQUIAGA, F. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, 41-120 y 236-257.