

I. Conflictos normativos y formas de control . . . . .	205
II. Presupuestos del control de la constitucionalidad . . . . .	212
III. Tipos de control de la constitucionalidad y conflictos entre normas . . . . .	218
IV. Competencia y procedimiento para la eliminación de conflictos normativos . . . . .	223
V. Sistemas de control de la constitucionalidad y efectos jurídicos . . . . .	232
VI. Consecuencias jurídicas de la declaración de inconstitucionalidad: invalidez, nulidad o inaplicación . . . . .	235
1. Distinción según el tipo de conflicto . . . . .	237
2. Nulidad o invalidez . . . . .	240
3. Declaración de inconstitucionalidad . . . . .	244

## CAPÍTULO SEXTO

### EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO DE ELIMINACIÓN DE LOS CONFLICTOS NORMATIVOS

#### I. CONFLICTOS NORMATIVOS Y FORMAS DE CONTROL

Las formas de control y el significado de la constitucionalidad se analizan en el presente capítulo con el fin de identificar los medios de control abstracto en un sistema jurídico que tienen por objeto resolver los posibles conflictos entre normas y sirven para depurar el sistema jurídico. Se ha señalado con anterioridad que los conflictos entre normas representan para los órganos aplicadores un importante problema que con frecuencia se produce en un ámbito más amplio que el de la contradicción lógica; de ahí la relevancia de aceptar la existencia de otras formas de incompatibilidad entre las normas.

Los conflictos entre normas, principalmente en el caso de una contradicción, pueden ser concebidos como un problema lógico y de racionalidad jurídica, pero también como de eficacia del sistema que afecta su estabilidad, ya que produce un efecto negativo en detrimento del Estado de derecho, la distribución de funciones y los controles normativos. Cuando no existen patrones razonables en la elaboración y aplicación del derecho, se produce la anarquía o se incurre en una dictadura, signos de inestabilidad. Es por ello que no puede considerarse que la función de los tribunales se agote en el desarrollo de la Constitución. Para Zagrebelsky,<sup>1</sup> la razonabilidad constituye una actitud relacionada con el carácter práctico del derecho que alude a una necesidad de adaptación que pretende evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a los actores en la mayor medida que las circunstancias permitan. Para él, este

<sup>1</sup> *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 147.

carácter razonable del derecho se evidencia en dos momentos: en la categorización de los casos conforme a los principios y en la búsqueda de la regla aplicable al caso.

Desde el punto de vista jurídico, la solución de los conflictos normativos se puede percibir desde dos perspectivas: una de aspecto formal, que puede ser considerada como externa, que consiste en institucionalizar el control de las normas de manera general. La otra es más bien de orden material, y solamente puede considerarse desde el punto de vista interno del proceso de solución, pues consiste en la argumentación relativa a un caso específico, el cual puede tener como consecuencia la declaración de no aplicación o de invalidez de alguna de las reglas, o la determinación de la prevalencia de un principio en caso de un conflicto, como consecuencia de su ponderación.

De modo que se pueden considerar como dos formas distintas de solucionar los conflictos entre normas, una externa o institucional que implica la regulación de medios de control y solución de conflictos, cuyo carácter es eminentemente normativo. La otra vía de solución, que puede ser considerada como interna, está vinculada más bien a la labor específica del órgano competente, ya que se produce en el proceso de la argumentación que realiza la autoridad que resuelve el conflicto tomando en consideración las circunstancias específicas. Ambas requieren de una decisión jurídica que sea racional, lo cual, en términos de Wróblewski, se expresa en su justificabilidad; en otras palabras, la justificación de los argumentos que sostienen la decisión judicial.<sup>2</sup>

Son dos formas distintas de controlar el proceso de toma de decisiones en casos de conflictos entre normas que no son excluyentes, sino más bien complementarias, las cuales a su vez pueden referirse a dos tipos de control: concreto o abstracto. El control concreto se dirige a un conflicto normativo que se produce en relación con un caso específico con motivo de la posibilidad de aplicar más de una norma, por lo que se puede considerar circunstancial. Los medios de control abstracto se ocupan de los

<sup>2</sup> Para Wróblewski, una decisión jurídica es la emitida por la autoridad competente y que produce ciertas consecuencias jurídicas. La decisión judicial es emitida dentro del *framework* de las instituciones procedimentales de un determinado sistema jurídico, y se entiende como la elección de alternativas en el proceso de aplicación de la ley. Wróblewski, Jerzy, “Paradigms of Justifying Legal Decision”, en Peczenik, Lindahl y van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht-Boston-Lancaster, D. Reidel Publishing Co., 1984, pp. 253 y 254.

problemas de enfrentamiento potencial de las normas, por lo que normalmente comprende un procedimiento especial de solución. En estos casos se considera que la vulneración de la norma constitucional se producirá de manera necesaria, lo cual puede ocurrir con la simple entrada en vigor de la disposición inconstitucional o por medio de un acto de aplicación.

El término adecuado para hablar en general de los problemas de enfrentamiento entre las normas es el de compatibilidad, en virtud de que existen distintas maneras en que las normas pueden entrar en conflicto, principalmente porque no en todos los casos se produce una contradicción en sentido estricto. En consecuencia, se puede afirmar que existen diferentes tipos de conflictos, los cuales han sido agrupados en dos grandes clases: los problemas de orden formal y los conflictos de orden material, tal como se establece en el primer apartado del capítulo segundo.

Resumiendo lo expuesto en capítulos precedentes, se puede decir que los conflictos normativos se refieren a problemas de satisfacción de las normas jurídicas que derivan de la posibilidad de aplicar a un mismo caso, una o más normas cuyos significados pueden no ser compatibles. Esta definición ha permitido considerar distintas formas de conflicto y de solución de los mismos, incluso en relación con normas de rango constitucional, como se mencionó previamente al analizar la inconstitucionalidad como conflicto normativo.

Los conflictos que resultan de un problema formal son aquellos que tienen como resultado una norma “imperfecta” que puede ser declarada inválida y derogada. Esta situación deriva de una infracción a la norma que regula el proceso de creación de otra norma jurídica, de ahí la denominación de este tipo de conflictos. Se produce una incompatibilidad de hecho con las normas que regulan el procedimiento previsto para su elaboración. En consecuencia, la norma no es conforme a derecho y su validez puede ser cuestionada, pero en realidad no hay una contradicción entre las normas que regulan la creación y la norma creada. Esta forma de incompatibilidad puede ser revisada a través de los medios de control de la constitucionalidad correspondientes.

Los conflictos de orden material constituyen auténticos conflictos entre normas, porque resultan de un enfrentamiento entre sus contenidos, lo cual puede producirse tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica. Esto ocurre cuando dos o más normas cuyos “contenidos normativos” son incompatibles, tienen el mismo ámbito de aplica-

ción. De tal forma que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, y el acatamiento de una produce el incumplimiento de la otra.

Las conductas pueden diferir en el sentido en que son reguladas, como por ejemplo cuando la misma conducta se encuentra prohibida y permitida, o bien, cuando la realización simultánea de los actos o las acciones prescritas no es fácticamente posible; entonces se presenta un problema de contradicción entre los contenidos de las normas que no permite por razones lógicas la satisfacción de ambas.<sup>3</sup> Según Zoglauer, cuando dos normas se encuentran en contradicción deontica, no pueden ser satisfechas simultáneamente, de lo cual se derivan dos posibilidades: una de las normas no es válida, o bien, ambas normas son válidas, pero una tiene prevalencia respecto de la otra.<sup>4</sup>

Se puede hablar de una contradicción en sentido lógico cuando un enunciado se opone a otro, de tal manera que uno es verdadero y el otro falso simultáneamente. Pero como las normas no son enunciados y los predicados de verdad no les son atribuibles, deben ser calificadas, más bien, como válidas o inválidas. El conflicto se produce porque dos normas en conflicto pueden ser simultáneamente válidas para un caso, al menos *prima facie*, mientras que los enunciados que se contradicen no pueden ser ambos verdaderos en relación con una misma situación al mismo tiempo. Un conflicto normativo indica que al menos una de las normas no puede seguir siendo válida para el caso en cuestión, ya que ambas conductas no pueden ser realizadas sin que una de las normas sea vulnerada.

La solución a los conflictos depende del tipo de problema; si se refiere a una cuestión de índole material, la consecuencia normalmente será la inaplicación de una de las normas. En el caso de un problema formal, la solución depende del alcance de las facultades de la autoridad competente para resolver el conflicto, ya que se puede producir la derogación o incluso la nulidad de una de las normas contradictorias, o quizás de ambas,

<sup>3</sup> Siguiendo el principio lógico de no contradicción, se podría decir que los contenidos de dos o más normas no son satisfacibles cuando la realización simultánea de las conductas prescritas no es lógicamente posible.

<sup>4</sup> Zoglauer, Thomas, "Normenkonflikte. Zum Problem deontischer Widersprüche in Normensystemen", en Meggle, G. (ed.), *Analyomen 2, Proceedings of the 2nd Conference "Perspectives in Analytical Philosophy"*, Berlín-Nueva York, 1997, vol. III, p. 407.

lo que llevaría a la necesidad de atribuir facultades de creación al órgano respectivo para evitar que el conflicto produzca una laguna.

En síntesis, se puede afirmar que existen muchas formas de definir los conflictos entre normas, ya sea por su contenido (la conducta regulada), su carácter (el operador deóntico)<sup>5</sup> o sus consecuencias jurídicas. De esta variedad de posibilidades surgen las múltiples definiciones de conflictos normativos o antinomias que existen en la doctrina, y esto se debe a que las normas pueden colisionar en más de una forma. Perelman, por ejemplo,<sup>6</sup> define el conflicto a partir de distintas formas de oposición lógica, señalando la posibilidad de que se produzcan dos tipos diferentes: uno que corresponde a un conflicto de contenido, y el segundo a uno de carácter. En ambos casos se manifiesta una forma de incompatibilidad material entre las normas que no presenta de manera necesaria una contradicción.

El análisis de los conflictos normativos se puede a su vez realizar desde dos planos distintos, por lo que en relación con las contradicciones se puede percibir que se producen entre enunciados normativos de carácter prescriptivo, como son, por ejemplo, los enunciados de validez que emite la autoridad con efectos vinculantes, o entre proposiciones normativas de carácter descriptivo, como son, por ejemplo, los emitidos por los estudiantes del derecho.

La distinción se puede hacer por referencia a los planos del ser y del deber ser, la famosa dicotomía que en el derecho sigue produciendo largas discusiones sobre la razonabilidad de la separación de ambos planos y sobre su necesidad, o la posibilidad del tránsito entre un plano y otro.<sup>7</sup>

5 Estos términos son utilizados por von Wright en la determinación de la estructura de la norma. *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 87 y ss.

6 Como es bien sabido, para Perelman la antinomia se produce “cuando en referencia a un caso concreto existen, en el referido sistema, dos directivas incompatibles, bien porque se imponen obligaciones en sentido opuesto o porque una prohíbe lo que la otra permite”. Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988, pp. 57 y 58.

7 Así, por ejemplo, el principio de no deducibilidad establece que el deber ser (*Sollen*) no se infiere de un ser (*Sein*), y que el ser no se infiere de un deber ser. Véase Weinberger, Ota, *Norm und Institution*, Viena, Manzsche Verlag, 1988, p. 60. Según von Wright, no se puede derivar el ser del deber ser, ni el deber ser del ser, porque la consecuencia lógica es una relación que preserva la verdad, y como las prescripciones no son ni verdaderas ni falsas, no pueden figurar como premisas ni conclusión en inferencias ló-

Esta distinción ha sido hecha previamente como parte del análisis de los conflictos a efectos de distinguir, desde la perspectiva de la semántica del lenguaje normativo, entre la norma, el enunciado normativo y la proposición normativa.<sup>8</sup>

Cuando el problema de los conflictos entre los contenidos de dos normas se analiza en el plano del deber ser, su objeto se refiere a la forma en que la conducta es regulada jurídicamente. Esto puede ocurrir cuando las normas prescriben conductas incompatibles, y se pueden identificar de dos formas:

- a) Cuando las conductas son calificadas deónticamente del mismo modo, pero por razones lógicas no pueden realizarse al mismo tiempo. En este caso se presenta el mismo carácter deóntico en ambas normas, pero las conductas son incompatibles y se produce una contradicción, como por ejemplo:  $Op \wedge Oq$ . La incompatibilidad es relativa o parcial, ya que las conductas en realidad no se excluyen la una a la otra de manera necesaria, dado que existen alternativas de conducta.
- b) Cuando la misma conducta es regulada de manera contraria o el mismo contenido prescrito por modalizadores opuestos y la diferencia radica en el carácter de la norma. El ejemplo más evidente es el siguiente:  $Op \wedge Fp$ , esto es lo mismo que  $Op \wedge O\neg p$ , caso en el que se produce una contrariedad deóntica, por lo que las conductas se excluyen mutuamente, de tal forma que obedecer una de las normas produce la vulneración de la otra de manera necesaria, por lo que se puede hablar de una incompatibilidad absoluta o total.

El otro plano en el cual se puede realizar el análisis es en el del ser; su objeto son proposiciones descriptivas, como pueden ser los enunciados de validez emitidos por un sujeto cuya afirmación carece de carácter jurí-

gicas válidas. Von Wright, "Is and Ought", en Bulygin *et al.* (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht-Boston-Lancaster, D. Reidel Publishing Co., 1985, pp. 268 y 269.

<sup>8</sup> Como bien señala von Wright, la distinción entre ser y deber ser es la diferencia que existe entre descripción y prescripción, misma que se hace perceptible en el uso descriptivo y prescriptivo de un tipo peculiar de discurso lingüístico. Von Wright, *Norma y acción...*, cit., nota 5, p. 268.

dicamente vinculante, como los de un observador externo a decir de Hart. A diferencia del análisis realizado en el capítulo tercero, apartado III, sobre la contradicción normativa, y en específico en el subapartado 2, relativo a la contradicción lógica entre enunciados de validez, en este caso se consideran solamente enunciados de validez de carácter descriptivo, pudiéndose presentar las dos situaciones siguientes:

- a) Enunciados de validez contradictorios que establecen que una conducta y su abstención es obligatoria:  $\text{GO} \wedge \text{GO-}\neg\text{p}$ .
- b) Enunciados que establecen que en un mismo sistema jurídico una norma es y no es válida al mismo tiempo:  $\text{GO} \wedge \neg\text{GO}$ .

Cuando los enunciados de validez refieren proposiciones normativas no vinculantes pueden ser resultado de un problema de interpretación, más que de la presencia de un conflicto entre normas. Sin embargo, todo conflicto real, independientemente del plano de análisis, afecta la decisión que el sujeto obligado debe tomar. En consecuencia, la norma, en virtud de la falta de certeza que produce, deja de cumplir con su función primordial, esto es, dirigir la conducta.

De los diversos tipos de control posibles de los conflictos entre normas es importante enfocarse en el control jurídico, en específico el judicial, pero de un tipo especial: de constitucionalidad. Esto se debe a que el control de la constitucionalidad es un tipo especial de medio de revisión de la normalidad de los actos jurídicos, que tiene por objeto verificar el sistema jurídico en su totalidad, sus procesos de creación y la forma en que sus normas se relacionan.

Los mecanismos de control de la constitucionalidad<sup>9</sup> tienen como fin preservar la coherencia del sistema jurídico y proveer así a su eficacia. Esto se logra, por una parte, mediante los controles abstractos, que al constatar el enfrentamiento entre las normas evitan su aplicación simultánea y disminuyen la probabilidad de que se produzcan conflictos, y por la otra, a que los controles de carácter concreto sirven para superar los conflictos que en el marco de un sistema jurídico se producen, afectando situaciones jurídicas específicas. El objetivo del control es asegurar la li-

<sup>9</sup> Sobre los tipos de control puede verse el capítulo II de mi libro *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

bertad de elección y desarrollo de las personas, garantizando el ejercicio de sus derechos fundamentales. De tal forma que el control opera como un sistema de vigilancia que posibilita la observancia de las normas y fortalece su normatividad.

El balance entre el ejercicio de las funciones del Estado y la impartición de justicia son aspectos fundamentales de su carácter de órganos que ejercitan el control de las normas y deben proveer a la racionalidad en la elaboración y aplicación del derecho. Para Zagrebelsky,<sup>10</sup> los jueces son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional o, en otras palabras, los garantes de la “necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”.

## II. PRESUPUESTOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En términos generales, el control es entendido como la realización de actividades relacionadas con la revisión, verificación o comprobación de diversos tipos de objetos, como pueden ser actos o acciones, incluso normativos.<sup>11</sup> Es por ello que en el ámbito jurídico el control se refiere al establecimiento de mecanismos tendentes a evitar el ejercicio del poder abusivo o no conforme a derecho, por lo que uno de sus principales objetivos es el control de las normas.

De manera más precisa, el control jurídico puede ser definido como el conjunto de medios judiciales, administrativos o legislativos que garantizan los límites establecidos al ejercicio de las funciones atribuidas a los órganos de poder. Los actos de control abarcan tanto los actos de creación que se supervisan por medio de controles abstractos, como los de aplicación, que se resuelven mediante actos de control concreto; en ambos casos se puede producir alguna forma de conflicto normativo.

El control de las normas jurídicas se ejerce dentro de un marco de referencia de carácter normativo al que éstas pertenecen, es decir, dentro

<sup>10</sup> Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 1, p. 153.

<sup>11</sup> En *Mecanismos constitucionales para el control del poder político* se propone el siguiente concepto de control con el objeto de distinguirlo de la limitación del ejercicio de funciones de la siguiente manera: “El control... consiste en un procedimiento de supervisión y vigilancia de las actividades realizadas por la autoridad; ya sea por medio de la cooperación o la simple comprobación de la observancia de las normas que establecen los límites, garantizando la efectividad de las limitaciones” (*op. cit.*, nota 9, p. 55).

del sistema jurídico, en el cual se establecen también las relaciones entre las propias normas jurídicas, elaborando así medios de control. Estas relaciones dependen de las reglas de funcionamiento de cada sistema jurídico.<sup>12</sup> La posibilidad de controlar jurídicamente las conductas reguladas por la Constitución es el núcleo de la eficacia constitucional, con lo que se fortalece su carácter obligatorio. En estos mecanismos se sustenta la supremacía constitucional, subordinando al legislador y a la ley a la Constitución, y produciendo, a su vez, un equilibrio entre los derechos fundamentales y la división del poder.

Para efectos del análisis del control de la constitucionalidad es necesario partir de una concepción del orden jurídico como un sistema escalonado en el que la norma superior determina los contenidos y procedimientos de creación de las normas inferiores como presupuesto del control jurídico de las normas. De tal modo que la Constitución se ubica como la norma suprema, por ser la primera norma positiva del sistema jurídico, puesto que establece los procesos y órganos de creación y los contenidos debidos de las normas inferiores, configurándose, así, en parámetro de validez formal y material del sistema jurídico. Concebir a la Constitución como la norma suprema del sistema jurídico no solamente determina su posición en el sistema jurídico, sino que prefigura la eficacia y fuerza derogatoria de sus normas, consideración relevante para la solución de conflictos normativos, sobre todo porque la validez de todas las normas del sistema jurídico depende de ella.

La posibilidad de realizar un control de la constitucionalidad deriva de la concepción de la Constitución como una norma jurídica que produce efectos jurídicos plenos de manera autónoma. Esto implica que sus normas no requieren desarrollo posterior por el órgano legislativo para producir consecuencias jurídicas. De manera que el cumplimiento de los preceptos constitucionales es obligatorio y, por ende, su trasgresión debe ser sancionada por tratarse de una conducta antijurídica. De esta eficacia inmediata de las normas constitucionales deriva la posibilidad de ejercer un control abstracto de normas, puesto que los derechos constitucionales pueden ser ejercidos aun en el caso de que el legislador no hubiese emitido

<sup>12</sup> En opinión de Sieckmann, los principios formales, como el principio democrático o de división de poderes, fundamentan las relaciones normativas entre los distintos procedimientos dentro del sistema jurídico. Sieckmann, Jan, "Rechtssystem und Praktische Vernunft", *ARSP*, 78, Stuttgart, 1992, p. 152.

do la norma secundaria que desarrolla el precepto, o que ésta careciera de validez.

En otras palabras, las normas constitucionales gozan de una eficacia directa que además significa que los órganos que aplican el derecho deben tomar la Constitución como premisa de su decisión, tanto al aplicar como al interpretar las normas, pero principalmente al crear otras normas. La Constitución, además de ser norma sobre normas, es una norma aplicable, es una fuente del derecho<sup>13</sup> que regula la producción normativa; de ahí deriva la relevancia del control de la constitucionalidad. Por lo que la revisión de la conformidad constitucional de las normas es relevante sobre todo en los sistemas jurídicos en que la proliferación de las fuentes ha sido causa de incertidumbre sobre el universo de normas que pertenecen al orden jurídico, y de la manifestación de conflictos normativos.<sup>14</sup>

La fuerza normativa<sup>15</sup> de una Constitución radica tanto en su capacidad de adaptación a los cambios que se producen en la realidad que regula, como en su permanencia. Pero su permanencia no se garantiza con su inmutabilidad, ya que la dinámica propia del derecho requiere del cambio y adecuación de sus normas con el objeto de evitar su ineficacia.<sup>16</sup> Su permanencia se asegura mediante su aplicación, y se salvaguarda con el establecimiento de sistemas de control de la constitucionalidad de las normas, ya que así se impide la aplicación de normas que contravienen los contenidos de la norma suprema.

La Constitución tiene que ser modificable si se concibe como la norma jurídica fundamental que contiene los elementos mínimos de organi-

13 De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1983, pp. 76 y ss.

14 Sobre el concepto de fuentes, su estructura y la función de la Constitución como regla suprema de validez, véase Huerta, Carla, “Fuentes, validez y aplicabilidad de las normas”, en Cáceres et al. (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 303-328.

15 Hesse, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución”, *Escritos de derecho constitucional*, 2a. ed., trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 59-84.

16 La dinámica es una característica propia y distintiva del derecho como sistema normativo, por lo que es considerado como un sistema autopoietico en virtud de que regula su propia creación y modificación. Según la teoría de la autopoesis, los sistemas sociales, como el derecho, son sistemas cerrados que se reproducen a través de dinámicas internas.

zación y convivencia del Estado, y que prevé sus propias reglas de creación.<sup>17</sup> Su contenido mínimo se estructura, además de por los derechos fundamentales y la distribución funcional, como se ha considerado tradicionalmente desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,<sup>18</sup> por el control de la constitucionalidad, sobre todo a partir del cambio de concepción de la Constitución como documento político a norma jurídica.<sup>19</sup>

Una Constitución contemporánea se conforma por dos sistemas de ejes que se interrelacionan y que configuran la estructura constitucional, es decir, por el primario, integrado por los derechos fundamentales, la división del poder y el control de la constitucionalidad, y por el secundario, que se integra por sus referentes o complementos que son: el modelo económico vigente, los procesos de participación en la toma de decisiones y el sistema de fuentes.<sup>20</sup>

El control de la constitucionalidad es el eje que en la estructura constitucional sostiene la supremacía de la Constitución al subordinar al legislador y a la ley a la Constitución, ya que a su vez produce un equilibrio entre los derechos fundamentales y la división del poder. Por otra parte,

17 En este sentido, vale la pena recordar el artículo de Adolf Merkl en el que distingue la función legislativa de la función reformadora de la Constitución, ya que aun cuando materialmente en su opinión se refieren a lo mismo, en el caso de la reforma constitucional se trata de ejecución de la Constitución, para lo cual la propia Constitución confiere la competencia. En consecuencia, considera que la vinculación más fuerte del legislador es que sin competencia constitucional no puede haber reforma constitucional. Esta posibilidad la considera como una prueba de la necesidad de prever esta facultad como requisito lógico-normativo de un sistema jurídico. “Die Unveränderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip”, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Band 1, Viena, Europa Verlag, 1968, pp. 1079-1090.

18 Sobre el tema véase el estudio de Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

19 La disputa sobre el momento o el acto jurídico a partir del cual se produce este cambio de concepción oscila entre la creación de tribunales constitucionales en Europa, a partir de las propuestas de control de la constitucionalidad de Kelsen, y la sentencia del juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, que por primera vez invalida un acto del Congreso por ser contrario a la Constitución. 5 U.S. 137, 168-173 (1803).

20 En “Constitución y diseño institucional” se llegó a la conclusión de que la estructura de una Constitución contemporánea tiene que regular las instituciones mencionadas para poder ser considerada como Constitución en sentido jurídico. Véase Huerta, Carla, “Constitución y diseño institucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comprado*, México, nueva serie, año XXXIII, núm. 99, septiembre-diciembre de 2000, pp. 1093-1097.

la Constitución, como norma fundante del sistema jurídico al establecer procesos de creación normativa, determina el sistema de fuentes de derecho, por lo que éste debe ser considerado como otro eje básico de la estructura constitucional, por ser complementario del eje relativo al control de la constitucionalidad.<sup>21</sup>

La supremacía constitucional no solamente es un referente de su posición en el sistema jerárquico, sino un atributo que determina el modo en que las normas se relacionan con la Constitución y entre sí, así como entre las propias normas constitucionales; esta supremacía se afirma con la existencia de un sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad. De la posición jerárquica de la Constitución se sigue que las leyes que la contravengan son inconstitucionales; y si bien la consecuencia jurídica de una incompatibilidad depende del sistema jurídico, este tipo de normas no deberían poder ser aplicadas.

Se puede decir que la Constitución, en virtud de su calidad de norma suprema de un sistema jurídico jerarquizado, limita al legislador en el ejercicio de sus funciones. De su rango deriva la necesaria conformidad de las normas a la Constitución, esto es, de no contravenirla. Así, la constitucionalidad de la ley depende de su adecuación a la norma suprema y será considerada válida en tanto no contravenga la Constitución. La conformidad constitucional, sin embargo, no es graduable, de manera que la norma o es constitucional o no lo es. No obstante, sí pueden producirse distintas formas de incompatibilidad a las cuales pueden ser atribuidos efectos jurídicos distintos como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad. Kelsen señala que mediante el control de la constitucionalidad se pretende proteger los derechos y prerrogativas que la Constitución otorga, y que la constitucionalidad de una norma depende de que no se demuestre que es contraria a la norma suprema.<sup>22</sup>

Por otra parte, de la naturaleza y función de la Constitución se sigue también que solamente en ella pueden establecerse las disposiciones relativas al control de la constitucionalidad, de su interpretación o de la creación de un órgano especializado, o bien, de la atribución de la competencia necesaria para resolver, de manera definitiva, las cuestiones so-

21 Sobre los elementos que conforman la estructura de una Constitución véase *ibidem*, pp. 1085-1114.

22 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 277-282.

bre constitucionalidad mediante el control de las normas jurídicas. Se trata de una forma de autocontrol que refuerza su supremacía en el sistema normativo.

En un sistema jurídico que se caracteriza por su dinámica, la unidad y coherencia del sistema debe asegurarse mediante la ordenación jerárquica y competencial de sus normas. En consecuencia, la supremacía de la norma fundamental radica en primera instancia en ser la fuente de la competencia y actividad de los órganos estatales, así como de los procesos de creación y modificación del sistema jurídico. Como norma jurídica, la Constitución se identifica en el sistema jurídico principalmente por su función en relación con la producción normativa al distribuir las facultades legislativas y delegarlas en los órganos constituidos. Esto permite hacer una primera distinción entre la norma fundamental y la legislación ordinaria, de tal manera que la forma, esto es, su proceso de creación o modificación, es la que determina su naturaleza de constitucional.<sup>23</sup>

En consecuencia, se puede hablar de dos aspectos jurídicos distintos de la supremacía constitucional: la formal y la material. La primera deriva del carácter formal de la norma y se refiere a su propio proceso de elaboración, que se manifiesta principalmente en la regulación de su propio proceso de revisión. La material, en cambio, es consecuencia de la previsión de los procedimientos de creación normativa del sistema jurídico en la Constitución. En su aspecto material, la supremacía se traduce en una obligación de adecuación o conformidad de la ley a la Constitución, de aplicarla en la determinación de situaciones jurídicas, y de interpretar el orden jurídico conforme a ella; esto hace posible el control de la constitucionalidad.<sup>24</sup>

Que una norma sea constitucional significa que ha sido desarrollada conforme a los preceptos de la norma suprema, tanto formal como materialmente, por lo que la inconstitucionalidad de una norma deriva de la ausencia de dicha conformidad al menos en uno de estos aspectos. La in-

<sup>23</sup> El profesor Aragón distingue la supremacía política de la norma fundamental de la jurídica, señalando que por supremacía se entiende la supralegalidad, la cual se puede definir como “la cualidad que le presta a una norma su procedencia de una fuente de producción jerárquicamente superior a la ley”. Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, marzo-abril de 1986, p. 17.

<sup>24</sup> En opinión de Aragón, la supremacía formal es un refuerzo de la supremacía material, más que un requisito que debe considerarse como una garantía. *Ibidem*, pp. 22 y 23.

constitucionalidad no se verifica, sin embargo, de manera necesaria en la forma de una contradicción en el sentido lógico del término. Se puede tratar tan sólo de un problema de no adecuación a las reglas procedimentales y de competencia, o bien de la elaboración de normas secundarias cuyos contenidos difieren de los constitucionales en la medida en que los derechos fundamentales son restringidos o su ejercicio es impedido, e incluso en relación con las normas de competencia cuando las disposiciones secundarias atribuyen potestades de una manera distinta a la prevista por la norma constitucional.

La conformidad de la norma creada a la norma constitucional es relevante en virtud de que la constitucionalidad de las leyes fomenta la seguridad jurídica y fortalece la eficacia del sistema jurídico. Por estas razones, los tribunales deben velar por la correcta aplicación de las normas jurídicas, lo cual se puede lograr mediante el establecimiento de controles dentro y fuera del Poder Judicial, pero especialmente mediante el control de la constitucionalidad.

### III. TIPOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y CONFLICTOS ENTRE NORMAS

De entre los diversos tipos de control de la constitucionalidad destacan, para la presente investigación, los que tienen por objeto resolver un conflicto entre normas. La razón radica en que, como numerosos autores lo han señalado, como por ejemplo Alchourrón,<sup>25</sup> Hilpinen<sup>26</sup> o Weinberger,<sup>27</sup> los conflictos normativos se producen normalmente en relación con la aplicación de las normas a un caso dado. De tal forma que se podría considerar que el tipo de control adecuado para resolver los conflictos normativos es el concreto. En consecuencia, cabe cuestionarse si los

<sup>25</sup> “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en Alchourrón y Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 292.

<sup>26</sup> Según Hilpinen, un sistema normativo no necesita ser formalmente inconsistente para generar conflictos normativos, pues éstos pueden depender de circunstancias contingentes. “Normative Conflicts and Legal Reasoning”, en Bulygin, E. et al. (eds.), *Man, Law and Modern Form of Life*, Dordrecht-Boston-Lancaster, D. Reidel Publishing Co., 1985, pp. 191 y 194.

<sup>27</sup> Weinberger, Ota, *Norm und Institution*, cit., nota 7, pp. 65 y ss.; *Rechtslogik*, 2a. ed., Berlín, Duncker und Humblot, 1989, pp. 242 y ss.

enfrentamientos entre normas se pueden producir en el plano normativo, es decir, sin que exista un caso específico al que las normas deban ser aplicadas, y de ser así, averiguar cómo se producen. En otras palabras, la pregunta es si los conflictos normativos pueden producirse de manera abstracta, o si siquiera es posible identificar en abstracto su potencial de colisión y los efectos que el enfrentamiento puede tener en el sistema jurídico.

El sentido de revisar los distintos tipos de control de la constitucionalidad es determinar la forma en que pueden servir para evitar o resolver un conflicto normativo. Los controles pueden ser clasificados conforme a distintos criterios; así, por lo que hace a la forma en que se realiza el control se pueden distinguir dos tipos básicos: el control abstracto, que se verifica sin vinculación a la aplicación de la norma, y el concreto, que se realiza como consecuencia de un acto de aplicación.

El control concreto se puede presentar en la forma de una consulta por parte del afectado, pero el sistema jurídico también puede legitimar a los jueces o tribunales competentes para acudir a un órgano superior con el objeto de que se determine de manera definitiva la constitucionalidad y aplicación de una ley. En el control concreto, además de un conflicto entre normas, se produce un conflicto de intereses particulares. En el control concreto no es necesario emitir una declaración de invalidez con efectos generales, sino solamente la no aplicación de la norma en relación con el caso que suscitó el cuestionamiento sobre su constitucionalidad.

El control abstracto funciona en primera instancia como un recurso contra leyes, entendidas éstas en relación con su rango normativo. En estos procesos se impugnan normalmente tanto vicios formales como materiales derivados del proceso de creación de la norma. En consecuencia, la resolución del tribunal que determine la inconstitucionalidad de la norma establece también los límites y el alcance de los efectos jurídicos de la norma en relación con su aplicabilidad. Sin embargo, en la solución de los conflictos normativos, aquellos que han sido clasificados como “contradicción normativa”, el objetivo primordial no es la revisión de la conformidad formal a la norma constitucional, sino de la material. Se podría considerar que como conflicto normativo, el control de la conformidad formal es de constitucionalidad en un sentido restringido, ya que solamente verifica el acatamiento de las reglas de producción, puesto que no se produce un enfrentamiento entre la norma que se impugna y las

normas constitucionales que regulan el procedimiento de su creación. Tampoco se puede hablar de una incompatibilidad, sino del incumplimiento de una norma procedural, razón por la cual este tipo de conflicto ha sido denominado como “infracción”. La relevancia de este tipo de control radica en que a la norma imperfecta se le pueda impedir producir efectos jurídicos.

En el caso del control de la constitucionalidad de los contenidos debe producirse una incompatibilidad entre ellos para que se pueda hablar de un conflicto entre normas. El aspecto más importante de este tipo de control es que las personas o los órganos legitimados para ejercitar la acción se percaten de la inconstitucionalidad de la norma, o mejor dicho, de la “possible confrontación” entre dos normas, para que se dé inicio al procedimiento de revisión de la constitucionalidad de la norma en cuestión. La presencia de la contradicción o incompatibilidad debe ser determinada por el órgano competente, por lo que basta con que la inconsistencia sea plausible para solicitar la revisión de la norma. El control abstracto tiene por objeto impedir que en caso de aplicación de las normas se produzca un conflicto normativo, por lo que se puede sostener que no resuelve un conflicto en relación con un caso particular, sino que evita que los conflictos se verifiquen en el futuro, al privar de validez la norma inconstitucional.

El control abstracto puede preverse como un control *a priori* o de carácter preventivo, lo cual es posible en virtud del principio de supremacía de la Constitución frente a las leyes.<sup>28</sup> Se trata de un control directo, ya que la norma fundamental establece un autocontrol, circunscribiendo la actuación de los órganos públicos a la esfera competencial pre establecida con el fin de evitar conflictos normativos o limitaciones excesivas de los derechos fundamentales. El ejercicio de esta forma de control pue-

<sup>28</sup> Weinberger agrega, un tanto en rechazo de la posibilidad de un control abstracto, que los conflictos entre normas pueden no producirse, ya que la contradicción entre enunciados normativos condicionales depende en ocasiones de las circunstancias; especialmente porque el cumplimiento de la condición puede no darse. Es más, para Weinberger los conflictos normativos solamente pueden ser solucionados *a posteriori*, no *a priori*, pues son casuísticos. Weinberger, Ota, “Kelsens These von der Unanwendbarkeit logischer Regeln auf Normen”, en *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Viena, Manz Verlag, Schriftenreihe des Hans Kelsen- Instituts, 1982, t. 7, pp. 108-121.

de ser atribuido al Poder Legislativo,<sup>29</sup> o bien al Judicial, aun cuando su objeto sea tan sólo un proyecto de ley, más que una norma.

Habermas<sup>30</sup> señala que cuando una norma no puede ser aplicada coherenteamente, es decir, conforme a la Constitución, se puede plantear una cuestión de control abstracto de normas. Pero según él, esta forma de control debe, por principio, efectuarse desde la perspectiva del legislador, ya que el control judicial sólo conduce al rechazo de las normas, pero no a establecer mandatos al legislador.<sup>31</sup> En otras palabras, en su opinión, un control abstracto puede eliminar el conflicto normativo, pero la autoridad judicial no puede sustituir la norma declarada inválida; es más, en virtud del principio de separación de funciones, la autoridad judicial no debe solicitar al Legislativo la emisión de una nueva norma conforme a la Constitución.<sup>32</sup> Perelman se expresa en el mismo sentido, pues considera que en el caso de que un tribunal pretenda declarar la inconstitucionalidad de una ley la situación es más delicada, principalmente en virtud del principio de separación de poderes.<sup>33</sup> Sin embargo, vale la pena recordar que, de ser el caso, la falta de regulación secundaria no necesa-

29 El control legislativo de constitucionalidad es normalmente *a priori*, y al igual que Kelsen, consideró que el Poder Legislativo tiene de manera implícita una facultad de control previo de la constitucionalidad, en la medida en que debe tener la competencia para examinar la constitucionalidad de la norma que emite. Un control legislativo abstracto de constitucionalidad *a posteriori* no es razonable y reflejaría deficiencias serias en el proceso de creación de leyes. Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 22, pp. 278 y 279.

30 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 335.

31 La tipología de Scheuner pretende mostrar que en la Constitución se encuentran, además de los derechos fundamentales, otras normas y directrices para la actuación de los órganos estatales, como son las garantías institucionales, los mandatos al legislador, los principios constitucionales y los fines del Estado. El mandato al legislador es un tipo específico de norma jurídica que tiene por objeto obligar al Poder Legislativo a emitir una norma en una materia específica que complementa una norma constitucional o para hacer modificaciones a la ley. Normalmente se encuentran previstos en la Constitución al final de un artículo, pero también pueden ser establecidos por un tribunal constitucional con motivo de un acto de control de la constitucionalidad. Véase Scheuner, Ulrich, "Staatszielbestimmungen", *Festschrift für Forsthoff*, Munich, Beck, 1972, pp. 325-346.

32 En el capítulo VI de *Facticidad y validez*, Habermas trata extensamente el problema de la correlación de fuerzas entre el Poder Legislativo y el Judicial en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales (*op. cit.*, nota 30).

33 Perelman, Chaim, *op. cit.*, nota 6, p. 58.

riamente permite hablar de una laguna en el sistema jurídico, ya que las normas constitucionales tienen eficacia inmediata.

La función creadora del órgano de control es total cuando él mismo elimina y sustituye la norma inconstitucional; es parcial cuando emite una orden, ya sea con carácter vinculante o de recomendación al Poder Legislativo de modificar la norma que ha sido declarada inconstitucional. Ambos procedimientos constituyen mecanismos de control interorgánicos que refuerzan el balance en la distribución funcional, por lo que no deben contemplarse como invasión en las esferas competenciales de los otros poderes, sino como formas de colaboración para la preservación de la coherencia y consistencia del sistema jurídico en aras de incrementar su eficacia.

En el sistema jurídico, sin embargo, deben preverse también medios de control *a posteriori* abstractos que tengan por objeto evitar que se produzca un conflicto entre normas, o concretos, que tengan como fin restablecer el derecho vulnerado en la aplicación de normas no conformes a la Constitución. En el caso del control abstracto, cuando la norma en cuestión ha entrado en vigor y pudo haber producido efectos, como es el caso de las normas autoaplicativas, ésta podría ser cuestionada por las dos vías, tanto por la de control abstracto, como por la del concreto. El sentido de establecer un control de tipo abstracto es impedir la vulneración sistemática de las normas, depurar el sistema jurídico e impedir que se produzcan los efectos jurídicos que las normas inconstitucionales prevén. Se trata de una forma de control de mayor espectro; sin embargo, en el caso del control *a posteriori*, la determinación del alcance de los efectos de la resolución respecto de las consecuencias jurídicas que se han producido es sumamente importante.

El control abstracto de normas permite evaluar la necesidad de que la colisión entre normas se produzca sin que medie un acto de aplicación, por lo que al detectarse el problema de satisfabilidad de las normas, la función del control abstracto sería la de impedir que la aplicación de las normas genere situaciones de conflicto. De manera que se podría pensar que si el control abstracto no se realiza con motivo de un caso específico, entonces se ocupa tan sólo de conflictos normativos “potenciales”, en el sentido en que este término es utilizado por Weinberger.<sup>34</sup> No obstante,

<sup>34</sup> Weinberger, *Rechtslogik*, cit., nota 27, pp. 242 y ss.; *Norm und Institution*, cit., nota 7, p. 65.

se trata de un problema relevante, ya que independientemente de su aplicación es importante percibir el problema de satisfabilidad entre las normas. Los conflictos potenciales, dependiendo del sistema, de su gravedad y sobre todo de la necesidad del conflicto, deben resolverse por medio de un control abstracto, mientras que los actuales han de ser resueltos por vía de controles concretos.

El sentido del control abstracto radica en que de producirse las condiciones previstas en las normas en conflicto, la inconsistencia en su aplicación se manifestaría de manera necesaria, de ahí la relevancia de identificar los conflictos potenciales. Es una forma de control preventivo que depende en gran medida de la interpretación que se haga de los preceptos en cuestión.

#### IV. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA ELIMINACIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS

Parte del problema de la determinación de la presencia de un auténtico conflicto normativo se debe a que las normas no siempre son claras; sin embargo, no todas las autoridades competentes para su aplicación están facultadas para interpretar las normas constitucionales.<sup>35</sup> En virtud de las normas que sirven de parámetro para revisar la conformidad, el control de la constitucionalidad tiene otro aspecto importante que es la determinación de los significados de la norma suprema. De tal forma que la Constitución se aplica junto a la ley e incluso frente a ella, e incide en el sistema jurídico no sólo mediante la ley y el control de la constitucionalidad, sino también a través de los derechos que otorga, ya que son inmediatamente operativos en virtud de su supremacía.

Dada la eficacia directa de las normas constitucionales, solamente ciertos órganos deben estar facultados para interpretar y aplicar directamente la Constitución, ya que al revisar la conformidad de una ley a la Constitución, al mismo tiempo es revisado el contenido de la norma suprema, lo cual conduce no solamente a la interpretación de la ley, sino también de la Constitución. Por lo que cuando la interpretación atribuye

<sup>35</sup> En Alemania, según Habermas, el Tribunal Constitucional tiene como función atribuir a un órgano la competencia para resolver autoritativamente cuestiones sobre la Constitución mediante el control de las normas jurídicas. *Faktizität und Geltung*, 2a. ed., Suhrkamp, 1992, p. 294.

un nuevo significado a la norma, el juez debe estar facultado para producir su mutación.<sup>36</sup>

La Constitución es en sí misma un sistema normativo al que está sujeta la creación de normas; de su unidad y operatividad derivan ciertos principios de interpretación asociados a sus propiedades. Así, se puede decir que goza de las mismas propiedades que el sistema jurídico, por lo que en su calidad de norma suprema, la contradicción entre sus normas no es posible, y todas sus normas son independientes en su significado, es decir, que no existe la redundancia en las normas constitucionales. Las relaciones entre las normas de la Constitución están determinadas por los criterios de ordenación que en ella se prevean; la jerarquía, en principio, queda excluida, salvo por disposición expresa de la propia Constitución. Quizá podría establecerse una prelación de rango de las normas por sus contenidos o porque reciben una protección especial, cuando así se prevea en la Constitución, o bien, estableciendo disposiciones intangibles para el órgano reformador. Los criterios de distribución de materias o competencial, como el de jerarquía, sirven no solamente para establecer reglas de ordenación, sino también como guías de interpretación y de solución de conflictos.<sup>37</sup> Es por ello que en un sistema jurídico la competencia se considera un principio central.

La interpretación constitucional constituye un tipo especial de interpretación en virtud de su objeto, ya que al ser la norma suprema es parámetro de referencia que sirve para determinar los significados de las demás normas del sistema jurídico. Es en virtud de su rango y carácter de norma fundamental que los contenidos de sus disposiciones son los que presentan un mayor grado de indeterminación, la cual no siempre es intencional, sino que también puede resultar de una mala formulación lingüística o de deficiencias en el proceso de creación o modificación de la

36 La competencia es relevante, ya que como Kelsen señala, la mutación se manifiesta cuando la aplicación de las normas constitucionales se modifica lenta y progresivamente por la atribución de un significado distinto al originalmente atribuido, ya sea por interpretación o la práctica, sin que se produzca la modificación del texto constitucional. *Allgemeine Staatslehre* (1925), Verlag Dr. Max Gehlen, Bad Homburg v.d. Höhe, Berlín, Zurich, 1966, p. 254.

37 Zagrebelsky señala que mientras la jerarquía hace una distribución vertical de las fuentes, la competencia hace una distribución horizontal, de tal modo que las fuentes, entendidas como normas, o tipos abstractos de reglas, como los denomina este autor, se enfrentan en términos de exclusión recíproca según la materia. *Manuale di Diritto Costituzionale*, Milán, Giuffrè, vol. 1, p. 67.

norma constitucional. La interpretación tiene por objeto determinar el sentido de un texto jurídico, para lo cual deben tomarse en consideración elementos de la teoría del derecho para determinar las normas y, a partir de ellas, valorar y calificar las conductas jurídicas, proceso para el cual es conveniente apoyarse en las reglas lógicas de inferencia permitidas. La interpretación es la fase en que se comprueba la constitucionalidad de las normas; según Wróblewski hay dos niveles de directivas de la interpretación: el primero establece cómo se debe atribuir significado de acuerdo al contexto de relevancia de un texto interpretado, y el segundo, cómo se usan las directivas de primer nivel y cómo solucionar los conflictos entre los resultados de aplicarlas.<sup>38</sup>

Por medio de la interpretación se atribuye un significado a la norma y posteriormente se comprueba su conformidad o constitucionalidad; estos procesos deben verificarse como parte del procedimiento de determinación de la existencia de un conflicto normativo. La dificultad relativa a la interpretación deriva no solamente de problemas de índole semántica y sintáctica, sino también del hecho que en ocasiones ésta no es objetiva, aunque no por ello debe ser considerada arbitraria, por lo que Alexy señala que la interpretación además debe ser correcta. Para él, la pretensión de corrección (*Anspruch auf Richtigkeit*) significa principalmente que la decisión debe estar fundada coherentemente en el marco del sistema jurídico vigente.<sup>39</sup> En consecuencia, la corrección de la interpretación no solamente depende de las directivas que prevea el sistema jurídico o que sean sugeridas por la doctrina; se requiere además de prudencia o razonabilidad práctica.

Esta pretensión de corrección significa la ausencia de errores en todas las dimensiones del derecho, lo cual, según Alexy, debe ser demostrado en los cuatro niveles de racionalidad. Éstos son:

- 1) La dimensión lógica, en que la ausencia de contradicciones, la consistencia, se comprueba como condición necesaria o presupuesto de la coherencia del sistema jurídico (como postulado de racionalidad).

38 Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 2, p. 261.

39 Sobre la pretensión de corrección (*Anspruch auf Richtigkeit*) véase Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1978, pp. 264 y ss., y en español, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 208.

- 2) En la dimensión jurídica, mediante el principio de coherencia como medida de la vinculación de las normas.
- 3) La dimensión económica, en la cual se constata la conveniencia.
- 4) La justicia en la dimensión normativa.

Así, en el sistema jurídico, mediante el control de los funcionarios que están obligados a aplicar un orden jurídico “justo” conforme al principio de legalidad, simultáneamente se verifica el control de los derechos fundamentales si se presupone un sistema jurídico “correcto”. Para Alexy, el control de la constitucionalidad está conectado de manera necesaria con una pretensión de corrección, por lo que si la ponderación fuera incompatible con la corrección, la objetividad y la justificación no tendrían cabida en el derecho constitucional.<sup>40</sup>

El proceso de determinación de la existencia de un conflicto normativo se complica por el hecho de que las normas pueden operar de distintas maneras, de tal forma que la simple determinación del significado de las normas no basta para establecer la forma en que la contradicción ha de ser resuelta. Para tales efectos conviene retomar la distinción hecha por Robert Alexy que permite distinguir dos tipos de normas jurídicas: los principios y las reglas. La diferencia se refiere principalmente al modo en que las normas operan, sobre todo en caso de un conflicto. Si los principios son considerados como ‘mandatos de optimización’, como hace Alexy, pueden ser cumplidos en grados diferenciados, y se pueden distinguir de las reglas que tienen carácter definitivo, por lo que solamente pueden ser cumplidas o no.<sup>41</sup> Esta distinción es importante para la solución de las contradicciones normativas, principalmente en el caso del control concreto.

<sup>40</sup> Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Alexy, Robert y Andrés Ibáñez, Perfecto, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 4 y 5.

<sup>41</sup> Alexy ha tratado de delimitar el significado de los principios y también los ha considerado como “mandatos a optimizar”, de tal modo que en realidad se puede considerar que se puede distinguir la norma jurídica de su carácter como metanorma, que ordena que en caso de conflicto debe intentar preservarse en la mayor medida la aplicación de las normas en colisión. Sobre el principio como mandato de optimización véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

La inconstitucionalidad material puede indicar la existencia de una incompatibilidad e incluso de una contradicción entre los contenidos de las normas. En el caso de un conflicto entre dos reglas, una solución posible es introducir una cláusula de excepción que armonice las normas, pero esta posibilidad requiere que la autoridad esté facultada para integrar el sistema jurídico, o que en el caso de que determine que ninguna de las normas es válida, que pueda crear una nueva norma. Alexy considera que las reglas pierden su carácter definitivo cuando con motivo de una decisión judicial se introduce una excepción.<sup>42</sup> La otra opción es eliminar la norma secundaria que es declarada inconstitucional, ya sea determinando su no aplicación al caso, suspendiendo su vigencia, o bien, eliminándola del orden jurídico vigente, impidiendo así su futura aplicación. La decisión sobre cuál de las normas preserva su validez para el caso y debe ser aplicada depende del juez, ya que ni el derecho ni la lógica pueden establecer de manera definitiva la prevalencia de una de las normas; la aplicación depende más bien de las circunstancias de cada caso.<sup>43</sup>

En el caso de que el conflicto se produzca entre principios, la solución no requiere de la eliminación de ninguna de las normas; la respuesta correcta depende del peso específico de cada principio en cada conflicto. La ley y la Constitución se enfrentan, pero el criterio jerárquico en el caso de los principios, no es más que indicativo, puesto que en caso de un facultamiento constitucional al legislador, en virtud de la fuente de la competencia, el principio previsto en la ley sube de nivel.<sup>44</sup> La determinación sobre la supervivencia del principio con rango de ley que parece encontrarse en contradicción con la norma suprema depende de la valoración de diversas normas, incluso de algunas que no forman parte del conflicto. El proceso de valoración de los intereses en juego que ha sido denominado por Alexy como ponderación, establece la posibilidad de

<sup>42</sup> Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1994, pp. 88 y 89.

<sup>43</sup> Según Zoglauer, respecto de las normas vale también el principio lógico aplicable a los enunciados que establece que de lo falso se puede seguir cualquier cosa (*ex falso sequitur quodlibet*), de tal forma que de una contradicción normativa del tipo  $O \wedge \neg O$ , se puede seguir la validez de cualquiera de las normas en conflicto (*op. cit.*, nota 4, p. 409).

<sup>44</sup> Esto ocurre de manera excepcional y sin perjuicio del hecho de que, como señala Alexy, “el control de la constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a —o en contra de— la legislación parlamentaria”. Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, *op. cit.*, nota 40, p. 11.

preservar las normas en conflicto al determinar su peso concreto en un conflicto, partiendo del supuesto de que abstractamente ambas poseen el mismo rango.

En opinión de Alexy la determinación de la constitucionalidad de una norma se realiza mediante la verificación de la conformidad de la norma, de lo cual no se infiere, pero tampoco se excluye la posibilidad de una contradicción. De cualquier forma, la inconstitucionalidad de una norma implica la vulneración de una norma superior. Para él, este proceso se relaciona con la validez material del derecho, puesto que la interpretación hecha para controlar la constitucionalidad de las normas es impensable sin la ponderación, en la cual es evidente que los valores representan un papel importante.<sup>45</sup> La ponderación tiene un papel relevante en la medida que significa control por el Poder Judicial, como en el caso del Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo. Sin embargo, el método de la ponderación puede resultar contraproducente, ya que una ponderación equivocada puede lesionar la autonomía individual. Esto se debe a que la ponderación implica una forma de razonamiento cuya validez no puede ser comprobada, sino que debe ser justificada con argumentos sólidos y convincentes que tomen en consideración no solamente los principios en colisión, sino su función en el sistema jurídico y la operatividad de éste.

Para Zoglauer, el primer camino para solucionar los conflictos radica en incluir metanormas que hagan de nuevo consistente al sistema, las cuales determinen la prevalencia de las normas para un caso de conflicto. Según él, en la práctica jurídica se han empleado exitosamente estas reglas de preferencia para superar los conflictos normativos, sobre todo porque los sistemas jurídicos se encuentran estructurados jerárquicamente, y por lo mismo prevén implícitamente estructuras de preferencia.<sup>46</sup> La regla general es que en un sistema jurídico jerarquizado en el que los conflictos entre normas pueden ser resueltos conforme a metanormas o principios de prelación, tomando en consideración el criterio de solución de conflictos *lex superior derogat legi inferiori*, la prevalencia se asigne a la norma superior, sobre todo en caso de que se trate de un conflicto entre la legislación ordinaria y la Constitución, ya que la primacía de la Constitución no puede ser cuestionada en este tipo de modelo.

<sup>45</sup> Sobre la ponderación véase *supra*, consideraciones previas en el capítulo quinto, apartado III.

<sup>46</sup> Zoglauer, Thomas, *op. cit.*, nota 4, p. 409.

Si se considera en cambio un sistema normativo en que las normas no se relacionan de manera jerárquica, como normalmente es el caso de una Constitución, la solución de los enfrentamientos entre las normas requiere de la distinción de su operatividad como reglas o principios. Los conflictos se pueden presentar en la forma de una contradicción normativa, del tipo de conflicto de reglas, cuando se trata de la contradicción entre los contenidos de dos reglas. En este caso, debe apelarse a metanormas de solución, salvo la de jerarquía, y seguir, por ejemplo, los criterios de temporalidad o especialidad. Si en lugar de suprimir la validez de una de las reglas se optara por la otra alternativa de solución, que es prever una cláusula de excepción, ésta tendría que ser prevista en la norma constitucional, ya sea en el texto mismo o en su interpretación obligatoria. Esta posibilidad depende de la competencia del órgano revisor de la Constitución, o bien, del órgano facultado para interpretar e integrar el sistema jurídico, puesto que si el sistema prevé jurisprudencia obligatoria de las normas constitucionales como significado de la norma, tendrían el mismo rango.

En ese mismo supuesto, cuando la contradicción se produce entre principios, no necesariamente se consideraría como inconstitucionalidad, ya que la colisión se produce entre normas que deben ser diferenciadas y evaluadas según la potencial compatibilidad de su contenido. Si el enfrentamiento se produce entre la ley y la Constitución se puede considerar como relativo, ya que depende de los principios en cuestión y la forma en que el principio constitucional es desarrollado por la ley, por lo que la incompatibilidad entre ambas fuentes no indica de manera necesaria la presencia de una contradicción en sentido estricto.

El conflicto radica en que en virtud de alguna circunstancia específica, no es posible satisfacer plenamente ambos principios de manera simultánea, pero no es conveniente ni necesario eliminar ninguno de ellos del orden jurídico. En estos casos procede la ponderación, por lo que la aplicación de uno de los principios va a ceder frente al otro, en cierta medida dependiendo del peso que en la decisión les sea atribuido a cada uno, por lo que ambas normas siguen siendo válidas y vigentes, lo que varía es su eficacia en relación con el caso que produce el cuestionamiento. Al encontrarse en la dimensión del peso no operaría la eliminación de ninguna de las normas en colisión, y corresponde al juez determinar la forma en que éstos deben coexistir, determinando la prelación de los principios para el caso.

En el control abstracto, la determinación de la prevalencia de los principios en conflicto hecha mediante interpretación por el juez debería tener una mayor fuerza, ya que se verifica de manera independiente a la aplicación y de alguna manera establece una presunción en la relación entre estos principios para el caso de su futura aplicación simultánea. De tal forma que si la norma resultante que determina la prelación entre estos principios tiene efectos vinculantes generales, como en el caso de la jurisprudencia obligatoria, se le debe atribuir el carácter de regla más que de principio,<sup>47</sup> ya que a pesar de que determina un lineamiento de aplicación que puede ser modificado por una interpretación posterior y ponderada frente a ésta, resuelve de manera definitiva sobre la precedencia de un principio en relación a una norma en específico.<sup>48</sup>

En el caso de que en un sistema jerarquizado se produjera un conflicto entre un principio constitucional y una regla prevista en la ley, la intervención del legislador en los derechos fundamentales deber ser comprobada conforme al principio de proporcionalidad, para determinar la forma en que la regla debe ser limitada. El principio de proporcionalidad se encuentra relacionado con la teoría de los principios, y según Alexy se enfoca a la optimización de posibilidades jurídicas.<sup>49</sup> Éste es el caso normal u ordinario, pero también ocurre que se produzca un conflicto entre una regla constitucional y un principio previsto en la ley, en cuyo caso, la prevalencia corresponde a la regla en virtud de su supremacía, sobre todo porque el legislador no puede restringir una regla constitucional con un principio. No obstante, el principio en conflicto ha de interpretarse conforme al derecho fundamental que lo sustenta en la Constitución, de tal

<sup>47</sup> No solamente por su carácter definitivo en relación con el caso que motiva cuestionar la constitucionalidad de la norma, sino que como Schilling señala, debe atribuirse la precedencia a la sentencia (*Entscheidungsnorm*) frente a la norma de conducta como principio subsidiario. Schilling, Theodor, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlín, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 401.

<sup>48</sup> Alexy señala que las precedencias *prima facie* no contienen determinaciones definitivas, pero establecen cargas para la argumentación, por lo que crean un cierto orden en el ámbito de los principios. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 172.

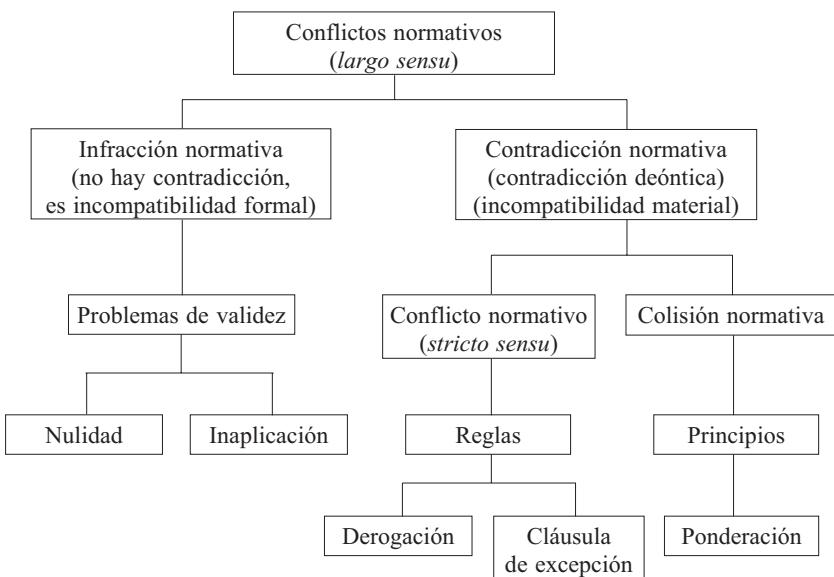
<sup>49</sup> Como Alexy señala, la ponderación forma parte de un principio más amplio que es el de proporcionalidad, el cual se conforma por tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, *op. cit.*, nota 40, p. 2, y Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 41, pp. 111-115.

forma que se equipare a éste y el conflicto se traslade al nivel supremo para determinar el grado de supervivencia que en su caso amerite el principio previsto en la ley secundaria. Sobre todo porque, como señala Alexy, los derechos fundamentales interpretados como principios tienen una fuerza que se opone a la restricción. El derecho posee —en su opinión— una dinámica sustantiva que deriva de los principios, ya que éstos materializan valores y, en consecuencia, siempre tienden a acrecentarse.<sup>50</sup>

Los conflictos normativos, dependiendo de su tipo y de la clasificación previamente expuesta, pueden ser resueltos de la siguiente manera:

CUADRO 5

## CONFLICTOS NORMATIVOS



<sup>50</sup> Alexy, Robert, "Rechtssystem und praktische Vernunft", *Recht, Vernunft und Diskurs*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1995, pp. 213-231.

## V. SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y EFECTOS JURÍDICOS

Reflexionar sobre la forma en que los diversos sistemas de control de la constitucionalidad pueden ser regulados tiene sentido en la medida en que éstos establecen diversas consecuencias jurídicas a una declaración de inconstitucionalidad, de tal forma que, dependiendo del sistema que se prevea, las respuestas a un caso de conflicto entre normas será distinta.

La teoría ha reconocido la existencia de dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad: el difuso, que en diversos países de América ha sido implementado y, por ello, es también denominado modelo americano, y el concentrado, cuyos orígenes se encuentran en las tesis de Hans Kelsen y que se aplica principalmente en países de Europa.<sup>51</sup> En el americano o difuso, la regla general es que los tribunales ordinarios son competentes para revisar la constitucionalidad de las normas; la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad es generalmente la no aplicación de la ley al caso concreto, por lo que al no declararse la invalidez de la norma, sigue siendo aplicable para otros casos. Normalmente éste es el caso de los controles de tipo concreto.

En el sistema europeo o concentrado, en cambio, el control es competencia de un solo órgano de jurisdicción especial, un tribunal constitucional que puede estar facultado para derogar la norma con efectos *erga omnes*, es decir, para declarar su invalidez e incluso la nulidad de una norma con efectos generales. Para los representantes de la tesis de la nulidad *ipso iure* éste es el sistema idóneo, ya que las normas inconstitucionales son consideradas como nulas de origen, por lo que no requieren de una declaración de inconstitucionalidad, sino que bastaría con la constatación de tal hecho. De conformidad con dicha tesis, se podría decir que la consecuencia de la colisión entre la Constitución y la ley es la nulidad, por lo que dicha norma nunca hubiera sido válida. En consecuencia, la nulidad se produciría automáticamente desde la expedición de la norma, razón por la cual no podría producir efectos jurídicos. Sin embargo, esta

<sup>51</sup> Según Rubio Llorente, este modelo de control concentrado, que tiene su origen en 1920 en Austria, puede considerar como un legislador negativo al Tribunal Constitucional, que puede anular normas con efectos *erga omnes*, ya que anular es legislar en su opinión. Rubio Llorente, “Jurisdicción constitucional como creación normativa”, en Pizzorusso, A. (ed.), *Law in the Making*, Frankfurt, Springer Verlag, 1988, pp. 166 y ss.

fórmula en general no es aceptada en los sistemas jurídicos vigentes en virtud del riesgo que representa, ya que produce incertidumbre sobre la existencia y obligatoriedad de las normas, minando así el principio de seguridad jurídica.<sup>52</sup>

Los modelos de control no son puros en la realidad, por lo que se encuentran positivados con algunas diferencias, pero toda Constitución contemporánea regula al menos una forma de control de la constitucionalidad. En opinión de De Otto, la jurisdicción constitucional tiene su fundamento en la posibilidad de que el juez que aplica la ley pueda rechazarla por inconstitucional, con lo cual se garantiza la seguridad jurídica.<sup>53</sup> De tal forma que en todo sistema jurídico en que exista la posibilidad de comprobar la constitucionalidad de las normas, la facultad de control del Poder Judicial respecto del Poder Legislativo se encuentra legitimada,<sup>54</sup> por lo que se puede prever como consecuencia del proceso de control que las leyes inconstitucionales sean privadas de validez por distintos medios y con alcances y efectos diferentes en grado. De no existir alguna forma de control de la constitucionalidad no solamente se afecta el carácter de norma suprema de la Constitución y su normatividad, sino que surge un problema de orden político, ya que las leyes expedidas por el Poder Legislativo siempre serían válidas y, por ende, las normas inconstitucionales serían exigibles. El problema se transforma así en una cuestión de control de las decisiones de la mayoría y de la regulación del proceso legislativo, sobre todo porque normalmente en una democracia

52 Radbruch señala que en un Estado de derecho debemos procurar la justicia observando la seguridad jurídica, ya que ésta constituye una parte de la justicia. Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Rechtsphilosophie*, 4a. ed., Stuttgart, K. F. Koehler Verlag, 1950, p. 357.

53 De Otto, Ignacio, *op. cit.*, nota 13, p. 144.

54 Según Carl Schmitt, el origen del derecho de control judicial no radica en ningún tipo de superioridad respecto de la ley o el legislador, sino en una “especie de situación de necesidad” que deriva del hecho de que existen preceptos legales que se contradicen y el juez debe adoptar una resolución. Sin embargo, señala que para la decisión, el juez se refiere a la aplicación de la norma, ya que no puede negarle su validez, sino simplemente determina la no aplicación de la norma en relación con un caso concreto. La resolución se ocupa así, más bien de la vigencia de la norma y establece en el caso de colisión la aplicación directa de la Constitución. El control de la constitucionalidad entonces deriva de un conflicto material entre normas, de manera que se debe comprobar si las leyes están de acuerdo o no con los contenidos de los preceptos constitucionales. *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931, pp. 21, 30 y 31.

el Poder Legislativo realiza el control de las normas a través de los partidos, lo cual se traduce en ausencia de justiciabilidad.

Un modelo intermedio de control de la constitucionalidad es aquel en que un determinado tribunal, aunque no sea de constitucionalidad exclusivamente, ejerce el control y hace las declaraciones de no aplicación o invalidez de las normas inconstitucionales. Las consecuencias jurídicas que se prevean a los medios de control regulados pueden abarcar desde una declaración general, o bien una relativa que determine que la norma es inconstitucional de manera específica, en virtud de condiciones particulares en relación con el caso al que no será aplicada.

Con la nulidad se logra el más alto grado de control, a la vez que el orden jurídico es liberado de normas inconstitucionales. La declaración de nulidad elimina la norma del orden jurídico, de tal forma que pierde su validez normativa y su aplicabilidad *pro futuro*. En el caso del control abstracto, los efectos que las declaraciones de invalidez pudieran tener en relación con las consecuencias jurídicas que se produjeron con anterioridad dependen de las determinaciones del sistema jurídico y deben ser determinados por el juez de conformidad con las facultades que le hayan sido atribuidas.

El control de la constitucionalidad puede dividirse en dos categorías dependiendo del alcance de los efectos que producen las resoluciones de los tribunales competentes para analizar las cuestiones que se presenten. Éstos pueden ser relativos, es decir, que la resolución solamente surta efectos entre las partes, si se trata de una resolución de inaplicación; o pueden ser generales (*erga omnes*) si la resolución hace declaraciones generales, lo cual depende de la declaración de inconstitucionalidad específica.

Otro aspecto importante que debe tomarse en consideración es la vinculación de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de alguna norma respecto de las autoridades, dado que pueden ser generales, obligando a todas las autoridades, o bien, solamente a aquellas que intervienen en el acto reclamado por las partes. En el caso de las resoluciones con efectos particulares, éstas solamente vinculan a la autoridad que realizó el acto que ha sido impugnado, puesto que sólo tendrá efectos para la persona que ha interpuesto el recurso y respecto de aquello que se haya considerado que atenta contra los derechos fundamentales. Por el contrario, una declaración con efectos generales es vinculante para todas las autoridades, aun aquellas que no intervinieron en el acto, y puede confi-

gurarse como un deber general de no aplicación, o incluso como una declaración de nulidad, dependiendo del tipo de control de inconstitucionalidad y de sus efectos.

Contravenir a la Constitución implica la falta de conformidad de un enunciado jurídico con la Constitución; esto significa que una norma inconstitucional infringe los enunciados constitucionales. Para Kelsen, la inconstitucionalidad de una ley no constituye una contradicción lógica, sino la condición para la verificación de un proceso de supresión de la validez de una norma por un tribunal especial conforme al procedimiento previsto por la Constitución.<sup>55</sup> Es más, Kelsen considera que “las llamadas leyes «inconstitucionales» son leyes conformes a la Constitución, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial”.<sup>56</sup> Para comprender esta afirmación correctamente es preciso distinguir entre la declaración de inconstitucionalidad y sus efectos.

En un conflicto normativo, normalmente se trata, más que de un problema de validez de las normas, de una cuestión de prevalencia; es por ello que Perelman señala que si existe un conflicto entre la ley y la Constitución, se impondrá uno u otro texto, pues se trata de una antinomia, sobre todo porque en su opinión no es posible sujetarse simultáneamente a ambas normas. Para él, el problema de las antinomias se presenta en toda su agudeza cuando las normas incompatibles “son igualmente incompatibles” y no existen reglas generales que permitan, en el caso concreto, otorgar prioridad a una u otra.<sup>57</sup> Este no es el caso de un proceso de control abstracto de la constitucionalidad, ya que, en principio, la Constitución goza de la prevalencia frente a una ley, salvo en los casos de colisión en que existe delegación o facultamiento expreso al legislador.

## VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: INVALIDEZ, NULIDAD O INAPLICACIÓN

La fuerza normativa de la Constitución depende en gran medida de los medios de control y de las facultades de los órganos competentes, espe-

<sup>55</sup> Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz Verlag, 1979, p. 103.

<sup>56</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 22, p. 280.

<sup>57</sup> Perelman, Chaim, *op. cit.*, nota 6, p. 59.

cíficamente de los tribunales constitucionales, que para garantizar su supremacía se prevean en la misma. Para Kelsen, la garantía específica de la Constitución es la jurisdicción constitucional, la cual entiende como garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes.<sup>58</sup> La tarea del control de la constitucionalidad consiste en establecer límites a la aplicación normativa por los órganos del Estado, en virtud de que la función legislativa se encuentra sujeta a la Constitución, y estos límites deben ser garantizados por el Poder Judicial conforme a lo previsto en la Constitución.

Es por ello que considero importante distinguir la declaración de inconstitucionalidad de una norma de sus efectos jurídicos, ya que al declarar la inconstitucionalidad de una norma, ésta puede ser afectada de distintas maneras, puesto que puede determinarse que deje de ser aplicada, o bien, que sea eliminada del orden jurídico. Los distintos medios de control de la constitucionalidad posibles prevén consecuencias jurídicas diversas a una declaración de inconstitucionalidad, de tal forma que dependiendo del sistema jurídico, las respuestas a un caso de conflicto de normas pueden ser distintas, y pueden referirse a la aplicación, validez, existencia o grados de afectación de la norma. Las soluciones incluyen la declaración de invalidez parcial con efectos de no aplicación específica o general, hasta la invalidez total o la nulidad (en sus dos variantes, con efectos *ex nunc* o *ex tunc*). La declaración general de invalidez de la norma tiene por efecto la no aplicación general de la norma en lo sucesivo, dejando inalteradas las situaciones que pudieron ser creadas antes de dicha declaración. Finalmente, existe la posibilidad de establecer la invalidez de la norma, pero obligando a su aplicación en tanto se emite la nueva norma.<sup>59</sup> Esta solución, que no solamente puede ser oportuna y adecuada o más justa, deja, sin embargo, preguntas abiertas sobre la preservación de la seguridad jurídica y el principio de división de poderes.

<sup>58</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 15 y 27.

<sup>59</sup> Se puede citar como ejemplo el caso en el que el Tribunal Constitucional alemán declaró la inconstitucionalidad de la ley sobre salarios pero no declaró la nulidad de la norma, de tal forma que la ley declarada inválida siguió produciendo efectos en tanto se emitió la nueva ley. Véase la decisión del 11 de junio de 1958, 8 BverfGE 1, 19-20 (1959).

Dado que las consecuencias jurídicas de la solución de los conflictos pueden ser de diversa índole, vale la pena reflexionar sobre la opción que consiste en declarar la nulidad de la norma con efectos retroactivos, ya que puede considerarse como el efecto de más amplio alcance y solamente debe estimarse aceptable de manera excepcional. En este sentido, Kelsen afirma que “el ideal de seguridad jurídica exige que, en general, no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma general irregular más que *pro futuro*, es decir, a partir de su anulación”.<sup>60</sup> Por otra parte señala, en cambio, que un tribunal constitucional puede legítimamente declarar la inconstitucionalidad de la ley y anularla con fundamento en su injusticia, cuando la justicia es un principio constitucional que el juez debe aplicar.<sup>61</sup> Así, por ejemplo, en el derecho alemán se puede resolver utilizando la fórmula de Radbruch<sup>62</sup> en los casos de extrema injusticia, o cuando la vulneración de los preceptos constitucionales es evidente y se produciría de manera necesaria en cualquier caso de aplicación.

### 1. Distinción según el tipo de conflicto

Una vez determinada una “infracción”, el problema radica en el modo de resolverla, ya que existen diversas alternativas. Así, en el caso de una infracción, la norma que no se adecua a la Constitución puede ser declarada inconstitucional, por lo que no podrá ser aplicada. Sin embargo, a pesar de que la Constitución en virtud de su rango tiene la preferencia en el sistema jurídico, la ley en virtud del principio de legalidad tiene la prioridad en la aplicación, de modo que solamente cuando la ley es derogada es posible aplicar la Constitución. Esto se debe a que a pesar de la supremacía de la Constitución, normalmente existe en los sistemas jurídicos una regla de prelación en favor de las leyes que establece la obligatoriedad de su aplicación, ya que la aplicación directa de la Constitución, o bien está reservada a ciertos órganos, o solamente procede en los casos en que no exista una disposición secundaria que la desarrolle.

<sup>60</sup> Kelsen, *op. cit.*, nota 58, p. 44.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>62</sup> La fórmula elaborada por Radbruch es utilizada por el Tribunal Constitucional alemán como una forma de superar una contradicción entre justicia y la pretensión de validez del derecho positivo. Radbruch, Gustav, *op. cit.*, nota 52, pp. 347-357.

El caso de la “infracción” se plantea como un tipo específico de conflicto normativo a pesar de no tratarse de un conflicto entre normas en sentido estricto, puesto que tradicionalmente ha sido considerado como un enfrentamiento entre normas, aun cuando la oposición entre la norma viciada y la que prevé su procedimiento de creación es solamente aparente. En sentido estricto no hay conflicto, pues no son simultáneamente aplicables a un caso, sino que la elaboración de la norma no fue conforme a lo previsto, y a causa del defecto en su producción debe ser eliminada, lo cual, no obstante, no implica la existencia de una contradicción, menos aún de carácter lógico.

La competencia de un órgano de control de la constitucionalidad es variable, pero en general se puede decir que se conforma por las facultades para verificar la conformidad de una norma con la Constitución, determinar la infracción, hacer la declaración formal, la cual tiene efectos normativos constitutivos, y superarla por sí mismo haciendo la declaración de nulidad, o bien, obligando al legislador a realizar las modificaciones pertinentes a la ley.

La contravención de la Constitución por el derecho secundario, en virtud de su carácter de norma suprema, debe impedirse, por lo que en el capítulo segundo se distinguió entre problemas de constitucionalidad material y formal, ya que en este último caso no existe una contradicción normativa, sino simplemente el incumplimiento de una norma procedural. En consecuencia, el origen de la inconstitucionalidad es un problema de validez, por lo que ha sido denominado como “infracción”, y se señalaba que la solución de este tipo de conflictos depende del sistema correspondiente, ya que puede tener distintas consecuencias jurídicas: desde la no aplicación hasta la declaración de invalidez de la norma secundaria en cuyo procedimiento de elaboración se cometió la correspondiente infracción a la norma procedural o de competencia.

Por ello, se puede afirmar que no toda inconstitucionalidad implica una contradicción, aunque sí un conflicto normativo; la existencia de una contradicción depende del tipo y forma del enfrentamiento entre las normas. En el caso de una infracción, no es la norma secundaria la que infringe la Constitución; el vicio de la norma es causado por el legislador. Se produce el incumplimiento de las normas que regulan el procedimiento, por lo que de ninguna manera puede afirmarse que la norma creada contraviene la norma constitucional, aunque sí se infringe un precepto

constitucional, razón por la cual puede ser declarada inconstitucional. La declaración de inconstitucionalidad invalida el acto de creación de la norma, y ésta, como acto dependiente, se ve afectada en su existencia al perder su fuente.

Este caso constituye otra de las muchas razones por las cuales debe distinguirse la declaración de inconstitucionalidad de una norma de sus efectos jurídicos, ya que al declarar la inconstitucionalidad del procedimiento de creación normativa, la norma en cuestión puede ser afectada de distintas maneras, por lo que puede no ser aplicada o eliminada del orden jurídico. En algunos casos, dependiendo del sistema jurídico, la declaración de inconstitucionalidad puede ordenar al legislador que emita una nueva norma y hasta prever un plazo para ello, permitiendo que mientras tanto la norma pueda seguir siendo aplicada. Sin embargo, una norma declarada inconstitucional por razones de forma debe ser privada de su validez y eliminada del orden jurídico a efectos de preservar su legitimidad.

La inconstitucionalidad material, en cambio, puede indicar la existencia de una contradicción normativa entre los contenidos de las normas; en el caso de la contradicción entre dos reglas, una solución posible es introducir una cláusula de excepción que permita armonizar las normas para el caso. Otra opción es derogar la norma secundaria que es declarada inconstitucional, eliminándola del orden jurídico vigente, o bien, suspender su aplicabilidad.

Si la contradicción se produce entre principios, la colisión no requiere la eliminación de ninguna de las normas. Una colisión entre principios constitucionales no produce una inconstitucionalidad, ya que al estar dichos principios previstos en la misma norma son constitucionales y, en principio, tendrían el mismo rango y fuerza, a menos que la propia Constitución lo determinara de otra manera. En el supuesto de enfrentamiento entre la ley y la Constitución, el criterio jerárquico tratándose de los principios no siempre es determinante; la respuesta correcta depende del peso específico de cada principio en el caso dado. El conflicto radica en que para un caso dado, por ciertas circunstancias determinadas, no es posible satisfacer plenamente ambos principios de manera simultánea. En consecuencia, procedería la ponderación, por lo que uno de los principios puede “ceder” frente a otro en cierta medida dependiendo del peso que a cada uno le sea atribuido en la decisión, por lo que ambas normas

siguen siendo válidas y vigentes; lo que varía es su eficacia en relación con el caso específico. De modo que a pesar de que recaiga una decisión de algún tipo de control de la constitucionalidad, no se produce una declaración de inconstitucionalidad, ya que ambos principios son constitucionales; solamente se le otorga prelación a uno frente al otro para el caso que se resuelve, modificando su forma de aplicación.

## 2. Nulidad o invalidez

Dada la ambigüedad del concepto de validez<sup>63</sup> en relación con las consecuencias jurídicas de una declaración de inconstitucionalidad, este término ha de referirse, por lo tanto, exclusivamente a su sentido normativo como atributo de las normas jurídicas que determina su obligatoriedad y aplicabilidad. Como propiedad de las normas, la validez condiciona su aplicabilidad e incluso su pertenencia al orden jurídico. Es un parámetro normativo que sirve para determinar las consecuencias jurídicas de las normas.

Para que una norma pueda ser considerada formal y materialmente válida debe ser conforme a la norma superior y a la Constitución; la consecuencia jurídica de la comprobación de dicha conformidad es la validez definitiva de la norma. Por lo que se puede considerar que la validez es un criterio de la conformidad jurídica de la norma, determinado por el sistema jurídico.

En todo sistema jurídico deben existir normas que establezcan los parámetros de validez, o alguna forma de verificación de los procedimientos de creación normativa. La validez se refiere solamente a la aplicabilidad de la norma, a su obligatoriedad, por lo que *prima facie* puede ser percibida en los actos de acatamiento y aplicación. La conexión necesaria entre el principio de legalidad y el desarrollo conforme de la norma, provee la obligatoriedad de la norma, en tanto no sea derogada o declarada inválida. Por ende, se presume la validez de las normas jurídicas que

63 Wróblewski, por ejemplo, apunta tres conceptos de validez: el sistémico, el factual y el axiológico, los cuales considera que pueden variar dependiendo de las concepciones del sistema jurídico. En su opinión, el concepto sistémico se aplica en evaluaciones relativas al uso de reglas de conflicto y cuando se realiza una interpretación sistemática con el objeto de eliminar inconsistencias. Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 2, pp. 259 y 260.

ingresan al sistema jurídico.<sup>64</sup> De modo que la pertenencia de la norma no depende de su validez sino simplemente de la satisfacción de ciertas condiciones mínimas que corresponden a su proceso de creación. Esto se debe a la presunción de validez de la norma que opera en beneficio de su aplicabilidad, por lo que si se considera que una norma pertenece al sistema jurídico, ésta debe ser aplicada.

Los conflictos normativos pueden ser resueltos de distintas maneras y a cada medio pueden ser atribuidas distintas consecuencias jurídicas que van desde las que permiten preservar la validez de la norma, pero suspendiendo su aplicación al caso, hasta la privación de validez y declaración de nulidad con efectos *ex nunc*, o *ex tunc*. La invalidez o la nulidad son dos tipos de decisiones distintas que los jueces deben tomar y justificar, sobre todo en los casos de invalidez cuando se opte por la preservación de la norma para casos futuros. La justificación de la aplicación de la norma sirve también para asegurar otras instituciones del sistema jurídico. Esto se debe a que en caso de conflicto no se produce la invalidez de la norma de manera necesaria; en primer lugar ha de considerarse la limitación de la aplicación de una de las normas. La nulidad, por sus efectos en el sistema jurídico, puede entenderse como consecuencia de una declaración de invalidez.

Con el objeto de preservar la coherencia del sistema jurídico, la no conformidad de una norma secundaria con la Constitución debería tener como consecuencia la declaración de su invalidez o, al menos, la determinación de alguna forma de limitación de su aplicabilidad, ya que la declaración de inconstitucionalidad no tiene necesariamente como efecto la nulidad. En opinión de Ipsen,<sup>65</sup> la nulidad de leyes inconstitucionales presupone, por una parte, la idea de unidad del orden jurídico, y por la otra descansa sobre la teoría de un orden jurídico escalonado. La nulidad produce en el sistema jurídico la supresión de la norma que contraviene a la Constitución, así como de los efectos jurídicos que estuviera produciendo e incluso suprimir todos los efectos jurídicos que pudiera haber producido cuando es declarada retroactivamente. Este tipo de nulidad, aun cuando preserva la igualdad, dado que en principio no beneficia a

<sup>64</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Mánynez, México, UNAM, 1988, pp. 189 y ss.

<sup>65</sup> Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1980, p. 189.

ninguna persona concreta, puede generar consecuencias contraproducentes por sus efectos depurativos del orden jurídico y conducir a la inseguridad jurídica en virtud de la laguna que genera y la incertidumbre sobre los efectos que pueden haberse producido.

La validez es un atributo de la norma que le permite producir efectos jurídicos; su ausencia afecta esa capacidad una vez que es comprobada y declarada por la autoridad competente. La nulidad puede ser considerada como consecuencia jurídica que afecta la existencia de la norma o una de las formas de invalidez que puede producir distintos efectos jurídicos. La nulidad como consecuencia jurídica indica el reconocimiento de la presencia en el sistema jurídico de normas que estaban viciadas *ab origen*, lo cual no implica que sean automáticamente nulas, ya que la nulidad es consecuencia de la declaración de invalidez, específicamente de inconstitucionalidad, y tiene carácter constitutivo. Esto es, no se sigue lógicamente de la invalidez, ni se comprueba un hecho, sino que se establece con efectos vinculantes.

La validez puede verse afectada por la declaración de inconstitucionalidad de dos formas: de manera parcial en relación con la aplicación de la norma a un caso, o de manera total suprimiendo su futura aplicación, por lo que la norma ya no pasaría a formar parte del siguiente orden jurídico tras la declaración de invalidez. La declaración de invalidez con efectos generales se distingue de la nulidad porque no puede ser retroactiva. La declaración de nulidad con efectos *pro futuro* (*ex nunc*, con efectos relativos), al igual que la invalidez o la derogación, elimina la norma del orden jurídico, mas no del sistema, de tal forma que perderá su validez normativa y su aplicabilidad subsiguiente, dejando intactos los actos que se hubiesen producido previamente al amparo de esa norma. La norma solamente deja de pertenecer al sistema jurídico cuando se anula con efectos *ex tunc*, o en los casos en que se considerara viable la nulidad *ipso iure*.

Aun cuando para Kelsen se identifican la validez, entendida como regularidad, y la existencia de la norma, que deriva de la relación entre el procedimiento de creación y la norma, y que considera que las normas viciadas no son normas en sentido estricto, para él, los conflictos normativos no tienen como consecuencia la nulidad automática de la norma. Para Kelsen la invalidez de las normas requiere una declaración formal con carácter constitutivo, es más, considera que las “normas inconstitucionales”

son normas válidas, aunque sean contrarias a derecho (“*normwidrig*”).<sup>66</sup> Esto es así porque las normas defectuosas deben ser consideradas válidas, y son obligatorias mientras no sean anuladas. Para Kelsen, las normas que pertenecen a un orden jurídico no son nulas, sino solamente anulables, y si bien equipara la inconstitucionalidad a la nulidad, no se puede afirmar que una ley inconstitucional inválida es por ello inexistente.<sup>67</sup> Esta validez *prima facie* se traduce en un mandato de aplicación en tanto no recaiga una declaración de nulidad.<sup>68</sup>

La nulidad *ipso iure* se sustenta en la identificación de la validez y la pertenencia de una norma al sistema jurídico, en relación con la nulidad *ipso iure* con efectos *ex tunc*, incluso con su existencia, sobre todo porque la consecuencia de darle efectos retroactivos haría desaparecer, además de la norma, todos los efectos jurídicos que pudo haber producido, eliminándola del sistema jurídico. Si en un sistema jurídico se prevé la nulidad *ipso iure* como consecuencia de la contradicción entre dos normas, además de que se asume que no son válidas, se considera que son nulas de origen, “automáticamente”, sin necesidad de declaración por parte de la autoridad que las revisa. Si la consecuencia de la colisión entre la Constitución y la ley fuese la nulidad, dicha norma no podría ser válida, y la nulidad se produciría desde la expedición de la norma, o en otras palabras, no habría podido ser considerada norma jurídica, ni producir efectos.

Ipsen sostiene que las normas ordinarias y las constitucionales tienen una eficacia y función distinta, y considera que la nulidad es por definición una ineficacia que se produce en virtud de ley,<sup>69</sup> o en mi opinión, por una norma con rango de ley o autoridad suficiente al menos; por ende, es superveniente y consecuencia de una declaración expresa por la

66 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, Franz Deuticke, 1960, p. 271.

67 Así, señala Kelsen que es posible formular un principio general de que en el ámbito del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve de la edición francesa de 1953, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 158; así también, en Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 22, pp. 283 y ss.

68 En opinión de Paulson, la validez de una norma no implica que todas las condiciones de validez hayan sido cumplidas de hecho, sino que su cumplimiento se presume, en tanto no se demuestre lo contrario. “Zum Problem der Normkonflikte”, *ARSP*, 66/4, Wiesbaden, 1980, p. 502.

69 Ipsen, Jörn, *op. cit.*, nota 65, p. 150.

autoridad competente. En otras palabras, debe ser considerada como consecuencia de una declaración de ineeficacia superveniente.

Las normas inconstitucionales no pueden ser consideradas como nulas en sí mismas, ya que la nulidad debe ser entendida como una consecuencia jurídica de la declaración de invalidez de una norma, no un atributo de la norma como la validez, por lo que se requiere de una declaración de inconstitucionalidad que verifique la invalidez de la norma. Pero la constatación de ese hecho no basta; es necesario el acto jurídico expreso que determine con fuerza vinculante la nulidad de la norma en cuestión y el alcance de sus efectos. El enfrentamiento entre una norma constitucional y una ordinaria produce la invalidez de la segunda, la cual debe ser comprobada y declarada, atribuyendo a dicha declaración los efectos constitutivos que el sistema jurídico hubiera previsto y con los alcances que la autoridad competente considere convenientes.

### *3. Declaración de inconstitucionalidad*

La declaración de inconstitucionalidad es un acto formal que emana de la autoridad competente y que dependiendo del sistema jurídico en cuestión puede tener distintas consecuencias y efectos jurídicos. La validez de la norma subordinada a la Constitución depende de la conformidad material, por lo que solamente en los casos de un conflicto entre normas, de los denominados como contradicción normativa, puede considerarse la declaración de invalidez de la norma misma. Esto no significa que los vicios formales, ya sea por falta de competencia o por errores en el procedimiento, no puedan ser revisados, sino que no constituyen una contradicción entre normas en sentido estricto.

Una declaración de inconstitucionalidad implica la existencia de un conflicto aun cuando no necesariamente se trate de una contradicción entre normas. La presencia de una contradicción determina el procedimiento de solución, así como el alcance de las consecuencias jurídicas que se han de establecer. La determinación de la inconstitucionalidad tiene por objeto identificar la forma de incompatibilidad. En los conflictos de orden formal entre una norma y la norma jerárquicamente subordinada a ella no se produce una contradicción, ya que solamente se trata de un vicio procedimental. En el caso de una “infracción”, dado que la norma secundaria no infringe la Constitución, la declaración de inconstitucionali-

dad no necesariamente debe llevar aparejada la nulidad con efectos retroactivos.

La constitucionalidad es una propiedad que se predica de enunciados normativos dependiendo de su conformidad a la Constitución. Los efectos de una declaración de inconstitucionalidad en un control abstracto son, a pesar de existir distintos tipos de consecuencias jurídicas o formas de operar de los sistemas jurídicos, en principio iguales, ya que en términos generales impiden la aplicación de la norma. La diferencia respecto del control concreto radica en que pueden eliminar total o parcialmente un enunciado o incluso un texto normativo del orden jurídico y hasta del sistema jurídico.

Como ya se ha mencionado, Kelsen sostiene en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* que la inconstitucionalidad de una ley no es una contradicción lógica, sino la condición para que se verifique uno de los procedimientos para su eliminación previstos en la Constitución.<sup>70</sup> Así también lo considera Paulson, para quien la inconstitucionalidad de una norma no constituye una contradicción lógica entre el contenido de la ley y el de la Constitución, sino la condición para instaurar un procedimiento que lleve a la nulidad de la norma o a la posibilidad de sancionar a un órgano específico.<sup>71</sup> Por lo que, en general, una norma inconstitucional es anulable mediante la verificación de un procedimiento especial previsto para producir dichos efectos; se trata de valorar y comprobar la constitucionalidad de normas válidas (aplicables), pero defectuosas formal o materialmente, por lo que su validez puede ser cuestionada. La superioridad jerárquica de la norma constitucional es el fundamento del procedimiento que permite en el caso de un conflicto normativo comprobar la no conformidad de la ley que la contraviene, y considerar la posibilidad y relevancia de superar la incompatibilidad.<sup>72</sup>

Perelman considera que para superar los conflictos, el juez posee un poder complementario a la competencia de juzgar que le permite adaptar

70 *Reine Rechtslehre*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1934 (1985), p. 87.

71 Paulson, Stanley, "Stellt die «Allgemeine Theorie der Normen» einen Bruch in Kelsens Lehre dar?", *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Discusión*, Viena, Manz Verlag, 1982, t. 7, p. 139.

72 El Tribunal Constitucional alemán, con motivo de una declaración de nulidad, tiene la facultad para establecer la existencia de la contravención de la Constitución y superarla. En caso de una declaración de inconstitucionalidad puede obligar al legislador a eliminar la *contravención* constitucional mediante la modificación de la ley.

los textos a los casos concretos.<sup>73</sup> Esto se debe, en su opinión, a que el derecho se desarrolla equilibrando una doble exigencia: una de orden sistemático, que consiste en la elaboración de un sistema jurídico coherente, y otra de orden pragmático, que implica la búsqueda de soluciones que sean aceptables, porque son conformes con lo que parece justo y razonable.<sup>74</sup>

Hay quienes equiparan la falta de validez de una norma con su nulidad, de tal forma que una norma inconstitucional, por estar viciada, se considera defectuosa y por ello no puede ser válida, así que también es nula. Éste es el caso de la tradición jurídica alemana; sin embargo, Moench considera que la norma es válida en tanto no sea declarada nula, aun cuando se trate de una norma defectuosa.<sup>75</sup> Su postura es compatible con la consideración de que las normas no son de antemano nulas, sino solamente anulables, lo cual sólo es posible si el sistema jurídico prevé un procedimiento específico para ello. Antes de una declaración de nulidad, la ley es válida, al menos *prima facie*, aun cuando en el marco de un sistema jurídico organizado jerárquicamente, una norma inconstitucional parezca una inconsistencia en el sistema jurídico. Tras la declaración de constitucionalidad de una norma, ésta debe ser considerada definitivamente válida, y su constitucionalidad no puede ser cuestionada de nuevo por la misma vía y con el mismo motivo; no obstante, el criterio interpretativo puede ser modificado con motivo de otros enunciados normativos que refieran las mismas normas.

En relación con los efectos que se pueden producir como consecuencia de la declaración de nulidad, se debe distinguir entre los efectos *ex nunc* y *ex tunc*. Los primeros son los correspondientes a la denominada nulidad relativa, ya que su efecto anulatorio se produce solamente a partir de la declaración y hacia el futuro. Los efectos *ex tunc*, en cambio, tienen fuerza retroactiva; a partir de la declaración de inconstitucionalidad regresan hacia el pasado y destruyen los efectos que la norma pudo haber producido. A diferencia de la nulidad *ipso iure*, en que la norma siempre fue nula y por ende no pudo producir efectos, este tipo de nulidad se produce respecto de una norma válida, al menos *prima facie*.

<sup>73</sup> Perelman, Chaim, *op. cit.*, nota 6, p. 196.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>75</sup> Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 145 y ss.

Si se adopta la tesis de la nulidad *ipso iure*, ya no puede hacerse una distinción entre la inconstitucionalidad y la nulidad, por lo que en el caso de la nulidad *ipso iure* solamente se constata una realidad, dado que la norma es nula. La otra opción es la de anular una norma que se presume válida, como en el caso de una declaración de nulidad *ex tunc*, con efectos constitutivos, de modo que la norma inconstitucional, siendo válida, es anulada con efectos retroactivos, o con efectos *ex nunc*.

En síntesis, se puede decir que la validez es un atributo de las normas que sirve como criterio para verificar la aplicabilidad de las normas, la cual se puede ver afectada por vicios formales o materiales; la consecuencia puede ser la invalidez parcial, que tiene como consecuencia jurídica la no aplicación de la norma, o la total, que implica la posibilidad de perder la aplicabilidad de manera general. La nulidad es una de las consecuencias posibles de una declaración de invalidez y puede ser declarada con efectos *ex nunc*, lo cual permite eliminarla del orden jurídico, o bien, con efectos *ex tunc*, lo cual implicaría que no se reconocen los efectos jurídicos que produjo, como si nunca hubiera existido. Según Ipsen, la decisión sobre la declaración de inconstitucionalidad y la de nulidad no siempre se justifica en derecho positivo, como en los casos en que el Tribunal Constitucional alemán se limita a declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando le parece “aun más inconstitucional” su supresión sin una sustitución, a que siga siendo válida temporalmente.<sup>76</sup>

La declaración de constitucionalidad constata la conformidad de una norma a la Constitución, ya sea en relación con el proceso de creación o con el contenido debido. El acto de control concreto tiene por objeto impedir la aplicación de la norma inconstitucional a un caso y eliminar los efectos negativos que pudo haber producido; el de control abstracto es eliminar la norma, privándola de su validez e impedir que produzca efectos jurídicos. Pero si bien los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se pueden considerar como limitaciones a la validez de una norma, también podrían de manera excepcional limitar su vigencia únicamente, o preservar su aplicabilidad temporalmente, estableciendo un mandato al legislador para que sea sustituida por una norma constitucional cuando

<sup>76</sup> De hecho, señala que es cada vez más frecuente que el Tribunal Constitucional alemán declare la inconstitucionalidad sin que lleve aparejada la nulidad de la norma. Ipsen, Jörn, *op. cit.*, nota 65, p. 116.

así se considere oportuno.<sup>77</sup> Es por ello que Kelsen concluye en *La garantía jurisdiccional*, que en virtud de la importancia que posee la anulación de una norma general y en aras de la seguridad jurídica, podría considerarse la conveniencia de autorizar al tribunal que ejerce el control de la constitucionalidad a no anular un acto por vicio de forma, es decir, por irregularidad en el procedimiento, sino cuando este vicio es particularmente importante, así como para establecer un plazo para que la anulación produjera efectos.<sup>78</sup>

Según Moench, el objeto de institucionalizar mecanismos de control en la Constitución es asegurar y optimizar su normatividad, sobre todo porque él, como Kelsen, considera que las normas inconstitucionales pueden ser anuladas porque constituyen normas válidas, pero defectuosas.<sup>79</sup> Es por ello que resulta indispensable prever un medio de solución de los conflictos, ya que, como afirma Kelsen, el derecho positivo “toma en cuenta el derecho «contrario al derecho» y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión”<sup>80</sup> Para Ipsen, la tarea del control de la constitucionalidad es establecer límites a la facultad legislativa, ya que la libertad creadora del legislador se encuentra frente a controles jurisdiccionales de la constitucionalidad jurídicamente determinados, y determinantes.<sup>81</sup>

Como conclusión, se puede decir que el control de la constitucionalidad, independientemente de su tipo y efectos, es el medio idóneo para resolver de manera definitiva<sup>82</sup> los conflictos normativos que en un sistema jurídico se producen, y que atentan contra la norma suprema. La relación entre el problema de los conflictos normativos y los medios de control de

77 En el modelo europeo de control de la constitucionalidad, un Tribunal Constitucional puede realizar “creación positiva” de normas de tres formas, según Rubio Llorente: declarando la inconstitucionalidad, estableciendo la nulidad de la norma como consecuencia, o bien, previendo un mandato al legislador (*op. cit.*, nota 51, p. 178).

78 Kelsen, *La garantía...., cit.*, nota 58, pp. 82 y 83.

79 Moench, *op. cit.*, nota 75, pp. 140 y 145.

80 Kelsen, *Teoría general..., cit.*, nota 64, p. 155.

81 Ipsen, Jörn, *op. cit.*, nota 65, p. 204.

82 Considero que la decisión de un órgano de control de la constitucionalidad debe ser definitiva, porque como bien señala Kelsen, “tiene que haber órganos supremos sobre cuya competencia no tengan que resolver ya órganos aún superiores, órganos sobre cuyo carácter como órganos supremos... judiciales, ya no se pueda plantear discusión. Se revelan como órganos supremos porque las normas que ellos emiten son eficaces en términos generales”. Kelsen, *Teoría pura del derecho, cit.*, nota 22, p. 282.