

LA EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO Y LAS MODULACIONES CONSTITUCIONALES

Boris BARRIOS GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Poder constituyente y poder constituido*. III. *Las transformaciones del “poder constituyente”*. IV. *El constitucionalismo de la segunda posguerra*. V. *Del Estado soberano a la soberanía de la Constitución*. VI. *Las modulaciones constitucionales*. VII. *La ductilidad constitucional*. VIII. *El fundamento ideológico de las modulaciones constitucionales*. IX. *Tipos de las sentencias modulares (o intermedias)*. X. *Conclusión*. XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El surgimiento del control de constitucionalidad de las leyes conforme al modelo kelseniano del tribunal austriaco, estructurado de carácter concentrado, el cual fue adaptado por la Europa continental y luego por nuestros países latinoamericanos, planeó, desde un inicio, el dilema de su adaptación a las realidades, primero, de Europa central y, luego, de la América latina seguidora del modelo.

Una de esas realidades que aquí analizamos es la modulación de los efectos de las sentencias de control constitucional de la leyes, y es que el modelo kelseniano, inicialmente, planteó que la sentencia de inconstitucionalidad sólo podía darse en dos sentidos: constitucionalidad o inconstitucionalidad. Hoy esta realidad ha cambiado, incluso, en una orientación antikelsen; cuando los tribunales y cortes constitucionales han tenido que entrar a “modular” los efectos de las sentencias, procurando, de esta manera, adecuar los fallos a la realidad sobre la cual debe regir.

* Doctor en derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua de Panamá. Catedrático de Derecho Procesal Constitucional y presidente de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional.

Este es, entonces, nuestro propósito, hacer un breve análisis de la realidad de las modulaciones constitucionales, como vía utilizada por el juez constitucional para adecuar el fallo de inconstitucionalidad a la realidad de las sociedades complejas de la posmodernidad y contemporaneidad.

II. PODER CONSTITUYENTE Y PODER CONSTITUIDO

La diferencia entre poder constituyente y poder constituido fue planteada, por primera vez, en el famoso ensayo *¿Qué es el tercer estado?* de Emmanuel Sieyès; de allí que la idea y concepto de poder constituyente tiene un origen francés.

En efecto, partimos del entendimiento que el concepto de “pouvoir constituant” aparece en la teoría política por introducción del Abate Emmanuel-Joseph Sieyès, en 1788, con su obra *Ou'estce que le tiers Etat?* (*¿Qué es el tercer estado?*); ideario que viene a explicar las actuaciones del pueblo francés a partir de la expresión de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y de la primera Constitución francesa de 1790.

Sieyès emplea la expresión “pouvoir constituant”, en su libro *¿El tercer estado?*, para calificar el poder perteneciente al pueblo, de constituir la sociedad civil o Estado y de darse una organización política y jurídica;¹ tanta importancia tiene el vocablo introducido en la teoría política por Sieyès que, más tarde, en la Asamblea Nacional Francesa el mismo autor insistía en la explicación del poder constituyente y de los poderes constituidos, al fundamentar su proyecto de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, el cual presentó el 21 de junio de 1789.²

Escribió Sieyès:

Es imposible crear un cuerpo para un fin, sin darle una organización, unas formas y unas leyes propias para el cumplimiento de las funciones a las que ha sido destinado. Es lo que se denomina la “Constitución” de dicho cuerpo. Es evidente que no puede vivir sin ella. Es también evidente que todo gobierno comisionado debe tener su constitución; y lo que es válido para el gobierno en general, lo es también para las partes que lo componen. Así el cuerpo de los representantes, al que es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, sólo existe bajo la forma que la nación ha querido darles;

¹ Sanchez Viamonte, Carlos, “Constituyente”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1984, t. IV, p. 11.

² *Idem*.

éste no es nada sin sus formas constitutivas, sólo actúa, dirige, gobierna a través de ellas.

A esta necesidad de organizar el cuerpo gubernativo, si se quiere que exista o actúe, hay que añadir el interés que tiene la nación por que el poder público delegado no puede llegar a ser nunca perjudicial para sus comitentes. De ello se deduce una multitud de precauciones políticas insertas en la Constitución y que suponen otras tantas reglas esenciales para el gobierno, sin las cuales el ejercicio del poder sería ilegal. Se percibe, pues, la doble necesidad de someter al gobierno a unas formas estables, sean interiores o exteriores, que al mismo tiempo garanticen su aptitud para el fin para el que ha sido constituido y su imposibilidad de separarse de él.

Pero que se nos diga según qué criterios, según qué interés habría podido otorgarse una Constitución a la nación misma. La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella sólo existe el derecho natural. Si queremos hacernos una idea justa de la serie de leyes positivas que pueden emanar de su voluntad, vemos en primera línea las leyes “constitucionales” que se dividen en dos tipos: unas regulan la organización y las funciones del cuerpo “legislativo”; otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas “fundamentales”, no porque puedan llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan a través de ellas no pueden modificarse. En ambos casos, la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente.

Ningún tipo de poder delegado puede cambiar lo más mínimo de las condiciones de su delegación. La leyes constitucionales son, en este sentido, “fundamentales”. Las primeras, las que establecen la legislatura, son “fundamentales” por la voluntad nacional antes de toda constitución; suponen su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa “especial”. Así todas las partes del gobierno se remiten y dependen, en último término, de la nación.³

La fundamentación ideológica que hiciera el abad Sieyès sobre la distinción entre “poder constituyente” y “poder constituido” es el aporte más sustancial e imperecedero que contiene la obra *¿Qué es el tercer estado?*; aparte de su “Ensayo sobre los privilegios”, que es el fundamento ideológico de la prohibición constitucional de los fueros y privilegios que aparece en todas las Constituciones de corte liberal, incluso en las del Estado social de derecho, que es un legado del liberalismo político desde la Revolución francesa, y que estuvo originado en la crítica de Sieyès a los privilegios con que se arropaban la nobleza y al clero, que eran el primer y segundo Estado en la

³ Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, trad. de Marta Llorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez, Madrid, Alianza Editorial, 2008, pp. 142-144.

concepción ideológica de Sieyès, y lucha que configuró el ideario del liberalismo político.

En la asimilación de la idea de “poder constituyente”, en la doctrina política, vamos a encontrar el conflicto de los sistemas francés y anglosajón, y es que el concepto sieyista de *pouvoir constituant* es traducido al italiano y al portugués como “constituyente”; no obstante, la lengua inglesa no reconoce ni traduce el vocablo francés de “pouvoir constituant” o el castellano de “poder constituyente” que derivan del ideario revolucionarios francés; por lo que en lengua inglesa no se define “poder constituyente”.

El fenómeno lingüístico es harto conocido en la teoría política y el derecho público, y entre otros exponentes es explicado en la *Enciclopedia Jurídica Omeba* por Sánchez Viamonte, y dice:

Para los ingleses carece de importancia la ausencia de un vocablo que exprese con exactitud en su lengua lo que en castellano significa “constituyente”, o en francés “constituant”, porque la función de poder constituyente propiamente dicho, como cosa distinta de los poderes constituidos, no existe en Inglaterra, desde que el parlamento británico ejerce conjuntamente, y en idéntica forma, el poder constituyente extraordinario y el poder constituyente ordinario...⁴

Siguiendo las ideas de Sánchez Viamonte, vale comentar que en el caso de la doctrina política norteamericana, cuando un tratadista estadounidense se ocupa del poder de hacer Constitución y de imponerlas, o de la función específica de fijar en una Constitución escrita la forma en que se organiza política y jurídicamente un grupo social, tropieza con el problema lingüístico de usar la definición técnica correcta, porque, reiteramos, en la lengua inglesa no existe la traducción francesa de *pouvoir constituant* o del castellano “poder constituyente”.⁵

III. LAS TRANSFORMACIONES DEL “PODER CONSTITUYENTE”

Con la obra de Sieyès se dio inicio a un proceso de evolución ideológico del “poder constituyente”, que ha llegado hasta nuestros días y cuya última teorización la encontramos en la doctrina colombiana en la voz de Luis Carlos SÁCHICA, conforme al Estado social colombiano instituido en la Constitución de 1991, y que elaborara una nueva concepción de poder constituyente, a la que bien se puede denominar teoría bolivariana del poder constituyente.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

En efecto, la primera teoría que conoce la historia política y del derecho constitucional es la de Sieyès a la que se le ha llamado “Racional, Idealista”.

En los albores de la Revolución francesa, uno de los hombres ideológicamente más influyentes en la sociedad francesa fue el abate Emmanuel Sieyès, al punto de que fue electo como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente; su influencia ideológica se inicia con la publicación de su libro *¿Que es el tercer estado?*, en 1788.

La concepción ideológica del racionalismo idealista de Sieyès parte del cuestionamiento al absolutismo monárquico a la vez que identifica la facultad o poder que reside en el pueblo soberano o la nación, y que como expresión política debe producir un conjunto de normas fundamentales que le dan forma y estructura organizativa al Estado. Los antecedentes ideológicos de Sieyès los encontramos en el pensamiento de Jean Boudin y Rousseau.

Según la teoría de Sieyès el poder constituyente deriva directa y naturalmente de la nación, del pueblo, que mediante ese poder declara y da legitimidad a la Constitución del Estado; porque es que mediante ese poder que se organiza el Estado, autorizando leyes que crean los órganos que representan al pueblo o nación, y el ejercicio de sus funciones queda sometido a las formas constitucionales, y es de esta manera como se legitima el ejercicio de las funciones que se cumplen en nombre del pueblo o nación; porque esos órganos y sus funciones quedan sometidos a la voluntad del pueblo que es el titular del poder soberano.

Para Sieyès la soberanía nacional reside en el poder constituyente, en ese poder que tiene la sociedad de darse una Constitución y organizar la estructura funcional del Estado; ahora bien, la nación, voluntariamente, delega parte de esa potestad constituyente en las autoridades constituidas y se reserva el poder constituyente originario.

Es así que la mayor influencia de la teoría de Sieyès es la sustentación que hace en *¿Qué es el tercer estado?* de la categoría conceptual de poder constituyente originario y poder constituyente derivado, y es que para los efectos, la nación, en quien reside la titularidad del poder soberano, y por tanto el poder constituyente originario, tiene la discrecionalidad del ejercicio del poder no sólo de darse una organización política mediante una constituyente sino de reformar la Constitución del Estado y, para los efectos, en la teoría de Sieyès, el ejercicio del poder constituyente no puede estar sujeto a ninguna forma preestablecida, y es que para éste la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente originario.

Muchas cosas han cambiado desde la teoría de Sieyès a nuestros días, y fundamentalmente la concepción de “poder absoluto” del poder constituyente, y es entendible, pues no sería justo juzgar a Sieyès con los ojos de

la contemporaneidad. Entender hoy el “poder constituyente” como “absoluto” es ignorar la “globalización”, los convenios y tratados internacionales sobre derechos civiles, políticos y sociales, las convenciones interamericanas y europeas sobre derechos humanos, el derecho penal internacional, la Convención de la Haya y el derecho de los tratados, y en fin los límites fácticos, jurídicos y axiológicos del poder constituyente en la contemporaneidad.

A la teoría de Sieyès, le sigue en sucesión evolutiva la “Teoría Existencial, Decisionista”, de Carl Schmitt. El ideólogo de la Constitución de Weimar, Carl Schmitt, expresa en su *Teoría de la Constitución* la idea de que la Constitución, como acto del poder constituyente, es una decisión política fundamental de su titular: el pueblo.⁶

En este sentido, entonces, para el existencialismo decisionista de Schmitt y para que se produzca la constituyente es indispensable la existencia de la voluntad política fundamental del pueblo, y los efectos no son sólo del establecimiento de la Constitución, sino también de su posterior validez.

Para Schmitt el ejercicio del poder constituyente implica la voluntad de una decisión política fundamental, porque es mediante esa voluntad que se constituye el Estado, se define su forma, se elige el modelo de gobierno, se crean los órganos para el ejercicio del poder constituido.

Uno de los aportes principales de la teoría de Schmitt es la sustentación de lo que él denomina la “decisión política fundamental”; concepción que ha superado los tiempos y sirve hoy para argumentar la legitimidad y el fundamento de la norma constitucional.

Le sigue, en el proceso de evolución histórica del Poder Constituyente, la teoría normativista o el positivismo jurídico de Hans Kelsen. Para el representante del Círculo de Viena y autor de la *Teoría pura del derecho* y la *Teoría general del derecho y del Estado*, la Constitución es una “norma fundamental”, y en tal sentido la legitimidad y el valor normativo del derecho deviene de la existencia de una “norma fundamental” que le da validez.

Para Kelsen:

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez y de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de su orden.⁷

⁶ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 46.

⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1985, p. 135.

Kelsen niega el valor intrínseco del poder constituyente como origen de la Constitución y parte de una pureza jurídica que crea la “norma fundamental” como origen de legitimidad para todo el ordenamiento jurídico.

Esta exposición de Kelsen es el fundamento del debate ideológico con la doctrina hermenéutica moderna, para quienes el fundamento constitucional no radica en una pureza metodológica sino en una argumentación multidisciplinaria que le da sustento.

Le sigue el materialismo histórico de Karl Marx, Vladimir Lennin y Ferdinand Lasalle. Si bien no existe una teoría comunista del poder constituyente, el marxismo-leninismo sí se ocupa del poder constituyente originario. Para el marxismo-leninismo el problema del poder constituyente no es un problema de derecho sino de poder, por lo que esta corriente de pensamiento se soslayó del debate porque no interesa al materialismo histórico que se propuso como objeto de estudio la sustentación de los derechos del proletariado y la fundamentación ideológica de un gobierno proletario y no de los fundamentos del constitucionalismo; en este sentido, en los escritos del marxismo-leninismo, o materialismo histórico, o socialismo científico, como indistintamente se le suele denominar a esta corriente de pensamiento, lo importante es la identificación de los factores económicos y su control en la estructura social y no el ejercicio del poder político mediante constituyente.

Tiene sentido, entonces, afirmar con Duverger que para los marxistas, la teoría del Estado y del poder político es un proceso evolutivo; por lo que el Estado y el poder político son, por su misma naturaleza, un conjunto de medios de dominación (policía, ejército, tribunales, cárceles, etcétera) que oprimen al hombre; por ello debe ser observados desde tres fases evolutivas:⁸

- 1) El Estado como instrumento de dominación de clase.
- 2) El Estado como medio de construcción del socialismo.
- 3) La extinción del Estado.

Es entendible, entonces, que no encontremos en el marxismo-leninismo una teoría sobre la evolución del poder constituyente, sino por el contrario, una antítesis o antiteoría puesto que la tercera fase del proceso de evolución del socialismo es, precisamente, la extinción del Estado.

Aparece también en la teoría política la teoría francesa, fundacional, revolucionaria, de Maurice Hauriou. Según éste la reforma a la Constitución viene a ser, frecuentemente, un hecho revolucionario en la forma, y siempre

⁸ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 410.

es así en el fondo y, según expone, las primeras Constituciones de los Estados modernos se establecieron en razón de crisis revolucionarias o mediante la influencia de ideas revolucionarias.⁹

Para Hauriou el poder constituyente es un poder revolucionario por la simple razón que opera con la participación de la soberanía nacional o poder mayoritario, y es que la constituyente implica un ejercicio del derecho revolucionario, esto es un rompimiento de la continuidad del derecho del Estado por medio de la intervención del poder mayoritario de los miembros de la sociedad y, para Hauriou, eso es el ejercicio de un poder revolucionario.¹⁰

Hauriou nos habla de una “súper legalidad constitucional”, en donde están inmersos los principios fundamentales del sistema de gobierno; pero además, estos principios están por encima de la Constitución escrita; por lo que esa súper legalidad constitucional debe presentar requisitos:¹¹

- 1) Organización de una operación constituyente, con un poder que se encuentre por encima de los poderes gubernamentales ordinarios o constituidos y con un procedimiento especial de revisión que le otorgue a la carta fundamental el carácter de rígido.
- 2) La organización de un control jurisdiccional de las leyes ordinarias. La operación constituyente es la suma del poder y del procedimiento, siendo el primero el que recibe el nombre de poder constituyente, porque es el poder fundador.

El establecimiento de las reglas de súper legalidad constitucional no es diferente, en su naturaleza, según Hauriou, de la forma en que se establecen las demás normas de derecho. Se trata de una operación de fundación que supone un poder fundador y un procedimiento de fundación, y es por eso que el poder fundador toma el nombre de poder constituyente; mientras que el procedimiento de fundación toma el nombre de procedimiento de revisión constitucional, y todo esto es así, según Hauriou, porque se supone que siempre subsistirá la misma Constitución y que sólo será necesario revisarla de vez en cuando.¹²

Hauriou está de acuerdo en que el poder constituyente le pertenece a la nación, no obstante, esta no lo puede ejercer directamente, sino por los re-

⁹ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1984, p. 310.

¹⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

¹¹ Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 1991, p. 296.

¹² Hauriou, Maurice, *op. cit.*, p. 314.

presentantes que ha instituido para actuar a su nombre; así es que el poder constituyente no emana totalmente de la nación, situación ésta que atribuye al hecho de que en su origen el Estado fue constituido por un poder real;¹³ he allí la distinción entre poder constituyente y poder constituido (o legislativo); distinción que se produce por las materias que cada uno regula así como por la naturaleza de los poderes.

En el escenario latinoamericano se reconoce al autor colombiano Luis Carlos Sáchica la exposición de una teoría bolivariana con base en la cual se producen las independencias latinoamericanas y, por ende, un modelo de poder constituyente latinoamericano de caracteres distintos del poder constituyente europeo.

Según Sáchica fue Simón Bolívar, el latino que con su especial liderazgo en las gestas independentistas latinoamericanas, expone y practica una nueva concepción política sobre el poder constituyente, en las independencias latinoamericanas y el consecuente ejercicio del poder constituyente, las sociedades latinoamericanas se diferencian de las europeas, por lo que Sáchica toma como referencia para argumentar su teoría el modelo de poder constituyente que el libertador diseñó para dar a Bolivia una Constitución en 1826, ideada para una realidad compleja y distinta del modelo europeo, por la concurrencia de los terratenientes criollos, los comerciantes, la burocracia y el clero.¹⁴

La teoría de Sáchica expone que cuando devienen los movimientos independentistas latinoamericanos, los pueblos aún no habían alcanzado una unidad nacional, porque entre otras razones el proceso de mestizaje se encontraba aún en boga, imperaba una rígida estratificación social, un paternalismo absolutista e imperaba el caudillismo militar.

Estas circunstancias, en efecto, eran muy distintas a los Estados europeos ya mayormente formados desde hacía dieciséis siglos antes, por lo que los procesos constitucionales encontraron en Europa unos Estados maduros, homogeneizados y estables; no obstante, el ejercicio del poder político estaba en manos de una minoría y el sistema monárquico se encontraba en pleno apogeo.

Definitivamente que los escenarios eran diferentes, he allí la sustentación de la teoría bolivariana de Sáchica y, en consecuencia, las particularidades distintas del poder constituyente latinoamericano.

¹³ *Ibidem*, p. 317.

¹⁴ Sáchica, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, Bogotá, Temis, 1986, p. 27.

IV. EL CONSTITUCIONALISMO DE LA SEGUNDA POSGUERRA

Con el advenimiento del constitucionalismo de la segunda posguerra se denota un cambio estructural y principalmente de fortalecimiento del carácter jurisdiccional otorgado a los poderes de control constitucional; por ello el cambio se puede advertir retrospectivamente mediante el análisis de la constitucionalidad de textos normativos, hasta el surgimiento del constitucionalismo de la segunda posguerra mediante las proclamas constituyentes del Estado constitucional, social y democrático de derecho, primero, en la Europa continental por Francia, Italia y Alemania y, más tarde, Portugal y España, influencias que se notan en las proclamas constituyentes de Brasil en 1988 y Colombia en 1991, que inician las transformaciones constitucionales en Latinoamérica, nuestros países se habían limitado, mayormente, a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del texto cuya inconstitucionalidad fuera demandada.

No obstante, en determinados casos de declaratorias de inconstitucionalidad o constitucionalidad, lo cierto es que no se puede dar una solución eficaz a un problema de constitucionalidad; porque los efectos de la sentencia, sea que declare constitucional o no un texto normativo, pueden resultar más nocivos, o en afectación de derechos fundamentales, hasta de lo que se intenta evitar.

Vale indicar que bajo el modelo de constitucionalismo liberal, anterior a las proclamas constitucionales de la segunda posguerra y el Estado constitucional de carácter social, no era común que en nuestros países se concibieran algún tipo de “sentencia intermedia”.

En este sentido, ¿en qué consiste la modulación de las sentencias de control constitucional? La respuesta a esta pregunta nos plantea el tratar en torno a los tipos de sentencias que puede emitir un tribunal o corte constitucional una vez que se ha demandado la inconstitucionalidad de un texto normativo; pero, también, los posibles conflictos con el legislador; pero es que en el constitucionalismo contemporáneo el juez constitucional debe considerar a la “modulación de sus fallos” como una necesidad derivada de su función de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.

V. DEL ESTADO SOBERANO A LA SOBERANÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Cuando luego de la segunda posguerra se hace la transición, primero, en la Europa continental y, más tarde, en América latina, del modelo de Estado liberal de derecho al modelo de Estado constitucional, social y democrático

de derecho, ello implicó una transición, también, de la idea de soberanía del Estado a la soberanía de la Constitución.

Desde una perspectiva interna la soberanía se refería a la fortaleza y supremacía del Estado frente a los demás sujetos de derecho interno; porque con el Estado soberano no podía haber relaciones jurídicas sino sólo relaciones de sujeción.¹⁵

Desde la perspectiva externa los Estados se constituían en fortalezas cerradas, protegidas bajo el principio de no injerencia, y bajo el amparo del principio de soberanía se construyó el derecho público del Estado moderno (Estado liberal de derecho), que en los siglos XIX y XX alcanzó su apogeo y declive que culminó bajo la idea del “Estado de fuerza”.¹⁶

Hoy, bajo la estructura del Estado constitucional, social y democrático de derecho, esa concepción de soberanía que imperó hasta mediados del siglo pasado y que su emblema final cayó con el muro de Berlín ya no representa la realidad política de los Estados posmodernos o contemporáneos, en efecto, con el armisticio de la Segunda Guerra Mundial se identifican fuerzas, tanto internas como externas, que desarticularon el viejo modelo de la soberanía basada en la “persona” soberana o estatal, y, siguiendo a Zagrebelsky, tenemos que hablar del pluralismo político y social interno, que confronta la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, y que a veces operan en dimensiones independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de “contextos” que integran sus poderes de dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así de la disponibilidad de los Estados particulares; pero, además, el reconocimiento

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, p. 10.

¹⁶ *Ibidem*, p. 11. Y dice Zagrebelsky que desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la “persona” soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos. La vida de esta “persona” venía regulada por el derecho, cuya función era análoga a la que desempeñan las leyes de la filosofía respecto de los cuerpos vivientes, pero que la ciencia política ha desmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas y sociales, etcétera, de las que la “persona” estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara. Pero desde el punto de vista jurídico, esa concepción desempeñaba una función de gran importancia e incidencia práctica: permitía dotar a cuantos actuaban en nombre del Estado y según su derecho, es decir, operando como sus “órganos” (de aquí la metáfora de la “persona estatal”, que aún funciona), de la misma autoridad que, por principio, era característica del propio Estado en el campo político.

o la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales y frente a los Estados a los que pertenecen, en su conjunto hacen hoy un cambio de paradigmas hacia una nueva concepción de la soberanía.¹⁷

VI. LAS MODULACIONES CONSTITUCIONALES

La asimilación del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un “compromiso de las posibilidades” y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener Constituciones “abiertas”, Constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática. Será la política constitucional que derive de las adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos.¹⁸

Para darse cuenta de esta transformación ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La política constitucional mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva.¹⁹

En efecto, es a esta visión “abierta” de la Constitución, que se ha afirmado progresivamente en Europa no sin dificultad, a la que puede atribuirse el mérito, si de mérito se trata, de haber permitido a los Estados abrirse —con arreglo a las distintas vías seguidas por cada uno de ellos y frecuentemente por cada jurisdicción constitucional nacional— a la organización de una autoridad y de una unión europeas cuya existencia misma contradice el carácter absoluto del dogma de la soberanía estatal.²⁰

Lo cierto es que esa nueva tendencia de la concepción del Estado y su Constitución se asimila, también, en América Latina cuando se inician los procesos de reforma y modernización de los Estados latinoamericanos, ini-

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

ciado con Brasil en 1989 y Colombia en 1991, y que ha implicado cambios en los modelos de interpretación constitucional.

VII. LA DUCTILIDAD CONSTITUCIONAL

Para definir el carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, Zagrebelsky usa el concepto de “ductilidad”, porque según expone, la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.²¹

Los términos a los que hay que asociar la “ductilidad constitucional” de la que habla Zagrebelsky son la coexistencia de principios y el “compromiso de posibilidades” como reacción a un ordenamiento rígido, de manera que impere una visión de Constitución abierta; Constituciones que permitan, dentro de los límites interpretativos, el control de la espontaneidad de la vida social como la directriz de la vida política, pero desde la soberanía constitucional.

Ahora bien, la visión de la política que está implícita en la “ductilidad constitucional” no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva, de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo.²²

VIII. EL FUNDAMENTO IDEOLÓGICO DE LAS MODULACIONES CONSTITUCIONALES

Cuando un tribunal o corte en función de control constitucional, siguiendo la concepción de Hans Kelsen, actúa como legislador negativo y resolviendo demandas decide que la norma enjuiciada está o no ajustada a la Constitución, nos encontramos frente a una “sentencia declarativa”; pero es que hoy la función jurisdiccional de quien ejerce el control constitucional debe decidir en función de garantizar la eficacia de las normas constitucionales, y en ocasiones es insuficiente la mera declaratoria de inconstitucionalidad o

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

constitucionalidad de un texto normativo, por lo que se hace necesario que el juez constitucional rebase el papel de legislador negativo y entre a realizar “modulaciones constitucionales”.

Conocida es la posición de Hans Kelsen de defender la existencia de un tribunal constitucional especializado y que sus decisiones tuvieran efectos generales, como mecanismo indispensable para asegurar el principio de supremacía constitucional y regular la producción del ordenamiento normativo.

El problema que desde el constitucionalismo liberal ha preocupado a la jurisdicción constitucional es que sólo la existencia de un tribunal constitucional con específicas facultades de control de constitucionalidad sobre las leyes puede asegurar la vinculación del legislador a la Constitución, y con razón decía Kelsen que:

No es pues con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar de la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o tribunal construccional—. ²³

Por eso “una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria en sentido técnico”. ²⁴

Es por esa razón que Kelsen propuso que el tribunal constitucional debería funcionar desde la perspectiva jurídica de un “legislador negativo”, es decir, que el parlamento ejercería la función de dictar las leyes (“legislador positivo”), y el juez constitucional la de anular aquellas que fueran contrarias a la Constitución y fueran acusadas en debida forma por quienes tuvieran la titularidad de la acción. El modelo kelseniano implicaba que el fallo sobre el control de constitucionalidad de las leyes, en principio, sólo debía tener efectos hacia el futuro, porque no se trataría de la declaración de nulidad de la ley, sino su anulación por quien tendría la competencia constitucional para hacerlo en interés de la seguridad jurídica; por lo que resultaba, bajo esa perspectiva, más adecuado el efecto estrictamente “hacia el futuro” y a partir de la publicación de la sentencia.

En este sentido, el Tribunal debía limitarse a anular la ley sobre la cual había recaído la acusación, y sin crear normas positivas; porque de lo contrario, el juez constitucional estaría invadiendo la función del parlamento o asamblea como legislador positivo.

²³ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 490.

²⁴ *Ibidem*, p. 590.

Originalmente, el modelo kelseniano planteaba un control concentrado y con efectos *erga omnes*, lo que implicaba la creación de un tribunal con mera función de anulación, y al cual le estaba vedado crear derecho; no obstante, más tarde se reconoce la necesidad de que la anulación tuviera efectos hacia el futuro y a partir de la publicación del fallo, a razón de que debía determinarse a partir del momento que el fallo debía cumplirse.

Frente a este planteamiento abstracto resulta difícil aplicar el modelo kelseniano en los tiempos posmodernos y contemporáneos de sociedades complejas y hasta Kelsen admite que en su modelo, bajo ciertos supuesto, el Tribunal pudiera decretar una vigencia temporal de la ley anulada “aunque sólo fuera para dar al parlamento la posibilidad de sustituir la ley inconstitucional por una ley conforme a la Constitución, sin que la materia regulada por la ley permanezca sin regulación durante un periodo relativamente largo de tiempo”;²⁵ pero, además, en la revisión de su modelo Kelsen entendió que por vía de excepción podría aplicarse efecto retroactivo a la sentencia de anulación bajo supuestos de categoría de cosas.²⁶

Atendiendo a la función anuladora o de “legislador negativo” del tribunal el mismo Kelsen refiere que es ingenuo pensar que el tribunal no crea derecho, en el sentido de que no modifica el ordenamiento, porque al retirar del sistema jurídico la ley acusada, es obvio que modifica el sistema y dice que “anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con un signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa...”.²⁷

Es atendiendo a los efectos creadores de la función anuladora del tribunal constitucional que Kelsen se declara partidario de conferirle al Tribunal la facultad de diferir los efectos de la decisión de inconstitucionalidad o que se le permita restablecer y determinar cuál es la normativa en vigor que reemplaza a la ley anulada.

Pese a esas consideraciones Kelsen prefiere distinguir entre la “elaboración de la ley”, como función del parlamento y su “simple anulación” como función del tribunal constitucional, y es que para Kelsen la primera es una libre creación del parlamento, en tanto que “la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución”.²⁸

²⁵ *Ibidem*, 149.

²⁶ *Ibidem*, 125.

²⁷ *Ibidem*, 491.

²⁸ *Ibidem*, 492.

Las consideraciones del propio Kelsen, revisando su modelo concentrado, en el texto de *La garantía jurisdiccional de la Constitución* es un ensayo referente para estudiar lo que hoy la justicia constitucional denomina “fallos intermedios” entre simple constitucionalidad o inconstitucionalidad que permitieran adaptar la Constitución a la realidad social y política sobre la cual debía caer el efecto de la sentencia, de allí que ahora se hable de la “modulación de los efectos de los fallos de inconstitucionalidad” y tengamos que hacer referencia a la experiencia jurisprudencial de países como Italia, Alemania y España, en donde la misma práctica ha obligado a los tribunales y Cortes Constitucionales a modular los efectos de sus fallos de inconstitucionalidad.

Ahora bien, a efectos de entender las “modulaciones constitucionales” como efecto de las sentencias que se dictan sobre control de constitucionalidad, hay que advertir que en el escenario de la interpretación constitucional que realiza el juez constitucional se debe distinguir entre texto y norma a fin de una correcta interpretación constitucional.

Conviene señalar, entonces, que el texto hace parte del componente interpretativo pero que se distingue de las normas o proposiciones jurídicas que se desprenden, en efecto, por vía interpretativa de los textos.

Con razón decía Kelsen que “si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esa actividad no puede ser otro que la determinación del marco constitutivo de la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo”.²⁹

En este sentido, el texto es el enunciado o marco normativo sobre el cual recae el proceso de interpretación; mientras que las normas o proposiciones normativas constituyen el resultado del proceso interpretativo.

Debemos entender, entonces, que un texto puede tener diversas normas o proposiciones normativas, pero, también, una norma o proposición normativa puede estar contenida en diversos textos; ello implica ya que la relación entre texto y la norma no expone, necesariamente, un carácter unívoco, sino que debe responder al marco constitutivo de la norma.

Distinguir entre texto y norma es lo que permite justificar y legitimar los tipos de modulaciones o sentencias intermedias; porque el control de constitucionalidad recae, por lo general, en las normas que derivan vía interpretación de los textos y no, necesariamente, de los textos mismos.

La modulación constitucional, entonces, es la actividad por la que mediante la interpretación el juez constitucional hace la adecuación constitu-

²⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1987, p. 166.

cional a la realidad de la vida jurídica que pretende resolver, y es que en ocasiones, por la situación que se lleva a su decisión, se ve precisado a decidir sobre situaciones excepcionales; pero al tratarse, precisamente, de situaciones excepcionales la simple declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad daría lugar a resultados contrarios al ideal de control efectivo de la constitucionalidad; de allí que la modulación que se produce, primordialmente, en el campo del control de constitucionalidad de las leyes, y la cual lleva a decisiones distintas a la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ocupando por lo tanto un lugar intermedio entre estos los dos modelos tradicionales de decisión.

IX. TIPOS DE LAS SENTENCIAS MODULARES (O INTERMEDIAS)

En la doctrina podemos encontrar una variedad de clasificaciones en torno a los tipos de sentencias modulares o intermedias, y así podemos identificarlas:

- De acuerdo a la modulación sobre el contenido o sus efectos.
- En la relación establecida entre el texto legal confrontado y la Constitución.
- Con base en las relaciones entre el juez constitucional y el legislador.

Por vía de jurisprudencia también se ha trabajado sobre clasificaciones. Es el caso de la Corte Constitucional de Colombia que ha establecido diversos tipos de sentencias y ha sostenido que desde el contenido de la decisión las sentencias “condicionadas” pueden ser:

- Interpretativas.
- Integradoras.
- Sustitutivas.

Desde el punto de vista de sus efectos temporales:

- Retroactivas.
- Diferidas.
- Inmediatas.

No obstante, para hacer una referencia clasificatoria, en este ensayo jurídico constitucional, y con fines didácticos, queremos describir las modulaciones constitucionales más importantes y comunes bajo un enunciado de “tipos de sentencias intermedias”, que son:

1. *Sentencias interpretativas*

Son sentencias interpretativas, que también se denominan de interpretación conforme a la Constitución, aquellas que se fundamentan en la distinción que introdujera la jurisprudencia italiana distinguiendo entre texto y norma a que hemos hecho referencia con anterioridad; en este sentido es la sentencia que deriva del texto vía interpretación constitucional.

La interpretación conforme a la Constitución constituye un principio mediante el cual se emiten este tipo de sentencias que, en esencia, por vía de interpretación, evitan declarar la inconstitucionalidad de uno o varios textos legales impugnados, mientras pueden tener, dentro del marco normativo de la Constitución, una interpretación armonizable con el texto constitucional, siempre y cuando se puedan descartar todas las demás hipótesis interpretativas (normas) como contrarias a la Constitución.

Mediante la interpretación conforme se establece el único sentido en que la norma legal es conforme a la Constitución. Bajo este tipo de sentencias de interpretación conforme a la Constitución lo que el juez constitucional debe procurar es respetar, hasta donde sea posible, el principio de presunción de constitucionalidad de las normas.

Es el caso, por ejemplo, de la sentencia número C-545/92, emitida por la Corte Constitucional Colombiana, cuando se demandaron los artículos 8o. y 16 de la Ley 38 que establecían la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación. La pretensión de los demandantes era que tales normas desconocían los preceptos constitucionales de la Carta Fundamental de 1991 que garantizan el pago oportuno de las pensiones y prohíben a la ley menoscabar los derechos de los trabajadores.

En esta referida sentencia de la Corte Constitucional colombiana el análisis giró en torno a temas tales como:

- Inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación.
- Efectividad de los derechos constitucionales.
- Derecho al trabajo.
- Derecho al pago oportuno de las pensiones legales.
- Garantía de los derechos adquiridos.
- Derechos de la tercera edad.
- Derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional colombiana, en este caso, acogió la demanda en atención a que la referida Ley 38 comprometía derechos fundamentales de los trabajadores, considerando inconstitucional que el presupuesto sea inembargable frente a créditos laborales; sin embargo, el principio de inembargabilidad del presupuesto es también una garantía que es necesario preservar.

La Corte en el caso específico de los pensionados interpretó que la situación descrita comprometía adicionalmente la efectividad de otros derechos que merecían ser igualmente considerados; entre ellos los relativos al pago oportuno de las pensiones legales; a la protección especial de la tercera edad así como los resultantes de los pactos y convenios ratificados por Colombia.

El derecho al pago de las pensiones, como todo pago de orden laboral, se funda en la idea de retribución por el trabajo de que tratan los artículos 25 y 53 de la Constitución.

La inembargabilidad absoluta de los recursos del Presupuesto General de la Nación afecta particularmente el derecho que tienen las personas al pago de las pensiones legales.

En este sentido, revisó que el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución establece: “El Estado garantiza el *derecho al pago oportuno* y al reajuste periódico *de las pensiones* legales” (énfasis añadido). Y en el inciso final del mismo artículo agrega: “La Ley... no puede menoscabar... los derechos de los trabajadores”.

Incluso, entendió la Corte, los decretos con fuerza de ley dictados en los estados de excepción constitucional tampoco pueden menoscabar dichos derechos, de conformidad con el artículo 241.2 de la Carta, y uno de tales derechos, de orden constitucional —que es norma de normas, según el artículo 4o.—, es precisamente el derecho al pago oportuno de las pensiones. En esas condiciones, es claro entonces que la ley que viole este derecho adolece de vicio de inconstitucionalidad.

Es así que la Corte declara constitucional la inembargabilidad presupuestal, salvo en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones en dinero a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, sólo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, caso en el cual éste será embargable.

Del ejemplo tenemos que las sentencias interpretativas buscan mantener y conservar la obra legislativa hasta donde ello sea posible, sin eliminarla del ordenamiento jurídico, mientras exista una interpretación de dicha norma que sea compatible con la Constitución.

2. *Sentencias aditivas o integradoras*

Las sentencias aditivas o integradoras son referentes en torno a revisar la ilegitimidad constitucional por la omisión de alguna previsión que el legislador debió haber incluido en su obra legislativa para que la ley o norma fuera conforme a la Constitución.

Mediante la sentencia aditiva o integradora el juez constitucional no anula la disposición acusada, sino que le adiciona o le integra un contenido que la hace constitucional, como vía de complementar la voluntad legislativa. Es así, entonces, que a la norma o ley acusada de inconstitucional, por vía de jurisprudencia y a manera de complemento, se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, especialmente, ampliando la norma mediante la adición de un supuesto de hecho no contemplado, inicialmente, por el legislador.

Ahora bien, la justificación ideológica de una sentencia aditiva o integradora no es legitimar una norma anulable, en el contexto de los parámetros tradicionales, sino identificar la omisión legislativa y complementarla conforme a la voluntad legislativa, y es que si bien la regulación, dictada por el legislador, es inconstitucional, la inconstitucionalidad no se produce en función de lo que expresamente ordena el legislador sino debido a que su regulación legislativa es insuficiente, a razón que el legislador no previó determinados aspectos, y, en efecto, el supuesto o los supuestos omitidos eran necesarios para que la normatividad se adecuara a la Constitución, y que al no haberse hecho el juez constitucional, entonces, hace el complemento.

El sustento de las sentencias aditivas o integradoras radica en el valor normativo de la Constitución, en la integración de los principios y derechos consagrados en la Constitución y en la autoridad o función jurisdiccional del Tribunal o Corte Constitucional.

Conviene citar, del derecho comparado, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, del 1.º de diciembre de 2003, en la que se expone que:

Los silencios constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efecto de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las normas reglas previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las normas principio contenidas en la propia Norma Fundamental.

Bajo la misma orientación, en derecho comparado, podemos hacer referencia a la Corte Constitucional colombiana, y a propósito de la senten-

cia C-690 de 1996, estudia la normativa de una ley tributaria que imponía severas sanciones económicas a quienes no presentaran las declaraciones de renta en los lugares y momentos determinados por la administración tributaria.³⁰

El demandante consideró que la norma imponía una responsabilidad objetiva que impedía al contribuyente demostrar que la omisión de tal obligación tributaria se producía por una fuerza mayor o un caso fortuito. La Corte consideró que es contrario a la Constitución, y en especial a los principios de responsabilidad subjetiva, equidad tributaria e igualdad, que se sancione a una persona que ha estado imposibilitada de presentar la declaración de renta, declarando la constitucionalidad de las disposiciones normativas acusadas, pero en el entendido que las autoridades administrativas y judiciales deben “permitir a la persona demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria no le es imputable, por ser consecuencia de hechos ajenos a la voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor”.

Vale destacar que, en efecto, las sentencias aditivas o integradoras son concurrentes en el supuesto de omisión relativa de carácter inconstitucional por violación del principio de igualdad o no discriminación arbitraria; al presentarse el reclamo de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional esa omisión inconstitucional obliga al juez constitucional a revisar los fundamentos de la constitucionalidad y realizar dos operaciones jurídicas, que pueden ser, primero, eliminar la norma del texto que excluye arbitrariamente a cierto grupo de personas de determinada regulación jurídica, pero además, debe hacer una reconstrucción para hacer posible la inclusión, en la hipótesis normativa, del grupo arbitrariamente excluido, extendiendo a éste los beneficios de la norma, y restableciendo el principio de igualdad.³¹

3. *Sentencias sustitutivas*

Las sentencias sustitutivas se aplican en los casos en que el juez constitucional expulsa del ordenamiento jurídico una disposición normativa por considerarla inconstitucional, sustituyendo el vacío normativo por una regulación de carácter específico que tiene apoyo constitucional directo.

³⁰ Salas Parra, Nicolás, “Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional”, *Revista Judicial Derecho Ecuador.com*, 2009, p. 1, disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional> (fecha de consulta: 31 de agosto de 2016).

³¹ *Idem*.

Tomando del derecho comparado jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, podemos citar la sentencia número C-113 de 1993, que puso a la Corte a estudiar el estatuto que regula los juicios ante la propia Corte Constitucional, y declaró inconstitucional la disposición que precisaba taxativamente los casos donde la Corte podía otorgar efecto retroactivo a sus fallos. En este sentido, la Corte, emitiendo una sentencia sustitutiva, además de declarar inconstitucional el artículo referido, en atención a que los efectos de los fallos del Tribunal no podían ser regulados por ley, siendo una competencia propia de la Constitución o, en su defecto, de la propia Corte Constitucional, estableció, además, conforme a la Constitución, que correspondía a la propia Corte Constitucional determinar libremente los efectos de sus fallos.³²

En definitiva, se trata de una modalidad de sentencias que, en la práctica del control constitucional de leyes, llenan un vacío normativo; pero que se sustenta en la eficacia del orden normativo de la Constitución.

4. *Sentencias exhortativas*

Las sentencias exhortativas establecen recomendaciones o conminaciones al órgano legislativo, invocándolo a legislar sobre determinadas materias y bajo determinadas orientaciones o principios, de manera que la tarea legislativa sea conforme al marco constitucional.

La modulación exhortativa de la sentencia, en este sentido, puede variar desde una sugerencia al legislador hasta la imposición de fórmulas coactivas en la estructuración de la norma o ley; en efecto, mediante una sentencia exhortativa se llama al legislador a desarrollar ya sea un mandato expreso o un llamado a regulación establecida en la Constitución.

Ahora bien, un elemento que hay que atender en las sentencias exhortativas es que limitan la libertad de configuración que desarrolla el legislador; porque se advierte la existencia de un factor o estándar de situación jurídica que si bien al momento de la emisión de la sentencia exhortativa no se declara una inconstitucionalidad, implica que el legislador debe actuar diligentemente para superar el eventual estado de inconstitucionalidad.

Las sentencias exhortativas, en los actuales tiempos posmodernos o contemporáneos, resultan instrumento útil para orientar la tarea legislativa frente al desarrollo o evolución científico o técnico, que exige del legislador una adecuación a nuevas realidades que devienen de los constantes procesos de modernización tanto en el orden internacional como en el orden nacional.

³² Salas Parra, Nicolás, *op. cit.*, p. 1.

Es el caso, por ejemplo, de legislar sobre la libertad y seguridad personal, en torno a lo cual la Corte IDH ha establecido un estándar mínimo de protección, y ya desde el *caso Gangaram Panday vs. Surinam* (1994) la Corte IDH elaboró una doctrina jurisprudencial en torno a la configuración de privación de la libertad personal, y se advierte que en el *caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007) la Corte IDH amplió los criterios ya establecidos en *Gangaram Panday* y realizó un análisis minucioso y diferenciado de cada numeral del artículo 7o. de la Convención. En concreto, en cuanto al artículo 7.2, la Corte determinó que: “Reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal”.³³

Y en párrafo seguido de su sentencia la Corte se preocupa por dejar establecido qué entiende por “reserva de la Ley”, y dice que:

La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.³⁴

Entonces, si la Corte IDH ha establecido que el artículo 7.2 de la Convención reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física, y que sólo conforme a la “reserva de la ley” puede afectarse el derecho a la libertad personal, por lo que entonces pasa a establecer que: “La tarea de la Corte, por consiguiente, es verificar que las detenciones de (las víctimas) se realizaron conforme a la legislación”.³⁵

Ahora bien, cuando la Corte IDH deja por sentado que la función que le impone el artículo 7.2 de la Convención, consistente en verificar que las detenciones de las víctimas se realicen conforme a la legislación interna del Estado parte y, claro, siempre que no sea inconvencional, ello, en efecto, implica la determinación de ¿qué entiende la Corte por “ley” (legislación) interna?, y se explica que para la determinación del concepto de “ley” la Corte se remita a lo que anteriormente ha fijado en la Opinión Consultiva 6/86, esto es que “ley” es: “(una) norma jurídica de carácter general, ceñi-

³³ *Caso Chaparro Álvarez*, párr. 56; también en concordancia el *Caso Yón Neptune*, párr. 96.

³⁴ *Caso Chaparro Álvarez*, párr. 57; también en concordancia el *Caso Yón Neptune*, párr. 96; y *Caso Bayarri*, párr. 54

³⁵ *Caso Chaparro Álvarez*, párr. 58, y también *Yón Neptune*, párr. 96.

da al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.³⁶

Por otra parte, en materia de protección de los derechos humanos hay, en efecto, una limitación a la libertad de configuración que tienen el legislador nacional y que frente a legislar en torno a mecanismos que confronten el derecho fundamental y humano a la libertad y seguridad personal hoy se impone, incluso, la “inconstitucionalidad por omisión legislativa”, cuando el órgano legislativo legisla por debajo del estándar mínimo establecido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En derecho comparado vale traer a cita, también, la sentencia del 5 de abril de 1988, emitida por el Tribunal Constitucional Chileno, en la cual analiza el control preventivo de constitucionalidad, la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, constató la existencia de importantes vacíos en dicha normativa legal. Al efecto, el tribunal constitucional señaló:

...algunos puntos específicos de ellas no aparecen suficientemente regulados lo que si bien no permite, razonablemente, sostener la inconstitucionalidad general del proyecto, sí aconseja hacerlos presente, con el objeto de prevenir sobre la necesidad de legislar sobre ellos, a fin de evitar que por su falta de regulación se produzcan vacíos que dificulten el cabal cumplimiento de la voluntad legislativa, en conformidad a las prescripciones de la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional en su fallo determinó: “Se hace presente a la H. Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia”.³⁷

Mediante las sentencias exhortativas se puede advertir al legislador sobre deficiencias del ordenamiento jurídico para que sean corregidas, pero también son útiles para dar al legislador la oportunidad de corregir omisiones, vicios, vacíos normativos, de tal manera que el legislador pueda cumplir el ejercicio de la tarea legislativa bajo orientaciones en aquellos temas sensibles de la constitucionalidad y hasta bajo advertencias de supuestos inconstitucionales.

³⁶ La Expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-86 del 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, párr. 38.

³⁷ Salas Parra, Nicolás, *op. cit.*, p. 1

5. *Sentencias prospectivas*

En la última o más reciente denominación de modulaciones constitucionales aparecen las “sentencias prospectivas”, y bajo esta denominación se quiere definir aquellas sentencias que modulan sus propios efectos en el tiempo. Los efectos de la sentencia pueden dividirse en el tiempo, personales, materiales y económicos.

Las sentencias en las que se declara la inconstitucionalidad de la ley con efectos *erga omnes*, son constitutivas, por la cual la ley desaparece para el futuro como si hubiera sido derogada.

Para Kelsen la anulación de una ley por sentencia tiene el mismo carácter que una ley que abroga a otra ley. Es un acto de legislación negativa, pues la Constitución le concede al tribunal constitucional una función legislativa que en principio estaba reservada al Parlamento. Por tal razón los miembros del tribunal constitucional, a diferencia de los otros jueces que son nombrados por la administración, son elegidos por el Parlamento. Con este tipo de elección se le piensa dar independencia al tribunal constitucional, principalmente con relación a la administración, la cual dicta normas jurídicas y reglamentos con los mismos efectos legales de las leyes y por lo tanto con una fuerza de gran trascendencia política, sujeta al control constitucional del tribunal. Por el mal uso de ese poder la administración podría fácilmente suprimir al Parlamento y así eliminar la base democrática del Estado. Una prueba de tal afirmación fue la utilización abusiva del artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizaba al gobierno a promulgar reglamentos y que fue el camino a través del cual fue destruido el carácter democrático de la República de Alemania y preparado el camino para el ascenso del nacional-socialismo al poder.³⁸

En el sistema difuso tradicional la sentencia de inconstitucionalidad es declarativa de la nulidad absoluta con efectos retroactivos, salvo sobre aquellos casos de situaciones dignas de protección.³⁹

Comenta Escobar que para evitar graves daños a la seguridad jurídica, la paz social y la justicia, se suaviza la retroactividad de la sentencia, excluyendo de sus efectos las situaciones siguientes: las sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada material; los derechos adquiridos de buena fe por la ley anulada; las relaciones jurídicas extinguidas por prescripción o caduci-

³⁸ Kelsen, “La garantía...”, *op. cit.*, p. 84.

³⁹ Escobar Fornos, Iván, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999, p. 131.

dad; los hechos consumados material o técnicamente irreversibles. Tales límites se agrupan en la denominada teoría de las relaciones extrajudiciales.⁴⁰

Para Kelsen es difícil justificar la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, entre otra razón, por las consecuencias críticas de todo efecto retroactivo y porque la decisión recae sobre un acto del legislador que también interpreta la Constitución y tiene que ser respetada mientras no se declare su inconstitucionalidad. Se discute si la decisión de la Corte Suprema que declare la inconstitucionalidad de la ley tiene efecto de nulidad *ad initio* y, como consecuencia, esta nulidad afecta a toda la ley con efecto retroactivo de manera que todos los efectos que antes tuvo la ley son abolidos.

Mediante la emisión de una sentencia prospectiva se busca la solución considerada más justa para determinar los efectos en el tiempo de la sentencia que declara una inconstitucionalidad, y a tal efecto, la propia sentencia entra a determinar la fecha, en específico, desde la que ella producirá efectos.

Este tipo de sentencia, al determinar sus efectos en el tiempo, puede modular desde suspensión de efectos hasta el momento específico de producir sus efectos, y de esta manera se le puede permitir que el legislador pueda actuar antes de que la sentencia produzca sus efectos y, en tal previsión, adecuar el ordenamiento jurídico advertido de inconstitucional, entonces, al texto de la Constitución, y de esta manera se proyecta en la misma sentencia que sus efectos no son *ex nunc* sino *ex tunc* (pro futuro), evitando los efectos más dañinos que podría producir la eliminación inmediata de la norma legal del ordenamiento jurídico.

Valiéndonos del derecho comparado, vale citar la sentencia C-221 de 1997 emitida por la Corte Constitucional Colombiana, en la que justificó las sentencias prospectivas que dicta esa corporación señalando que:

La aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales.

Por otro lado, las “sentencias prospectivas” parecen tener su génesis axiológico en la valoración que hacen los tribunales y cortes constituciona-

⁴⁰ Salas Parra, Nicolás, “Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional”, *Revista Judicial Derecho Ecuador.com*, 2009, disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional> (fecha de consulta: 31 de agosto de 2016).

les de no querer crear a través de la “sentencia estimativa” de inconstitucionalidad un grave vacío normativo, junto a la realidad de no poder emitir una sentencia aditiva ya que no existe una única regla que pueda deducirse de la Constitución, por lo que la solución de la materia queda entregada a la función legislativa, la que tiene el deber de optar por una de las soluciones alternativas posibles.⁴¹

Las sentencias prospectivas deben evaluar beneficios y perjuicios en torno a sus efectos; deben ponderar los perjuicios mayores que puede producir la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad con efectos inmediatos, porque esto puede producir un mal mayor que el que se busca evitar, y ésta es la razón por la que se concede un plazo razonable al legislador para que legisle en función de configurar el ordenamiento jurídico conforme con la Constitución, superando los vicios actualmente existentes, dando así plena eficacia normativa a la Constitución.

X. CONCLUSIÓN

La idea de “poder constituyente” creado, originalmente, por Emmanuel Sieyès, en los albores de la Revolución francesa fue, definitivamente, el fundamento ideológico del constitucionalismo francés de los revolucionarios de 1789, y en ese ideario revolucionario se fijaron los roles del poder constituyente originario y el poder constituyente derivado.

Esta fue la génesis del Estado liberal de derecho y aun cuando en su evolución se produjeron transformaciones del Estado y por ende en el modelo de administración de justicia, cuando Hans Kelsen le da forma a su modelo de control constitucional de las leyes, lo hizo en función del Estado liberal de derecho; es por ello que para el análisis del control de constitucionalidad hoy debemos distinguir entre el control constitucional bajo el modelo del Estado liberal de derecho y el control de constitucionalidad bajo el modelo de Estado constitucional, social y democrático de derecho, este último surgido luego del armisticio de la Segunda Guerra Mundial, y es sólo bajo este escenario de cambios de paradigmas que podemos entender el fenómeno de la modulación de las sentencias de control constitucional de las leyes.

Ya está superado el debate en torno a la legitimidad constitucional de las modulaciones constitucionales; no obstante, lo que hoy se debate son sus límites. Es por eso que en el presente trabajo expusimos cinco tipos de mo-

⁴¹ *Idem.*

dulaciones constitucionales: sentencias interpretativas, sentencias aditivas o integradoras, sentencias sustitutivas, sentencias exhortativas, sentencias prospectivas, y es que su identificación nos ha permitido exponer sus contenidos y su límites.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1984.
- ESCOBAR FORNOS, Iván, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999.
- HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Editorial REUS, 1984.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1987.
- NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 1991.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del poder constituyente*, Bogotá, Temis, 1986.
- SALAS PARRA, Nicolás, “Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional”, *Revista Judicial Derecho Ecuador.com*, 2009, disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional> (fecha de consulta: 31 de agosto de 2016).
- SANCHEZ Viamonte, Carlos, “Constituyente”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1984, t. IV.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, trad. de Marta Llorente Sariñena y Lidia Vásquez Jiménez, Madrid, Alianza Editorial, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999.