

DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, CONSTITUCIONALIDAD MODULADA*

*Mateo Laborde González**
*Andrés Fabián González Rodas***

RESUMEN

Entender el origen del Tribunal Constitucional como una continuación de la ideología alemana en el Constitucionalismo y cómo, por medio de la aplicación de preceptos constitucionales como el imperio de los derechos, se llega a ejercer un control directo de las leyes, ya sea por vía directa o indirecta. Abarcar los efectos modulados que buscan llevar a nuevas interpretaciones, más allá de una simple declaratoria, y permitir, con un estudio casuístico, llegar a unas nuevas concepciones que un análisis meramente teórico no permite.

Introducción

Mediante el análisis de la diversa tipología de sentencias en el Ordenamiento jurídico de distintos Estados surgió el interés por comprender cómo en un modelo distinto al colombiano se manejan los temas de constitucionalidad y de la modulación temporal de las sentencias, de sus efectos en todo el Ordenamiento jurídico y de su consecuencia en la vida de los asociados frente a estos pronunciamientos.

Con la Constitución española de 1978 se dio paso a la aplicación de la Justicia constitucional, que se implementó con la Ley Orgánica de 1979, y por lo que se dio la competencia a un ente máximo para realizar un control sobre todas aquellas leyes que fueran en contra de

* Estudiante de octavo semestre del pregrado en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

** Estudiante de octavo semestre del pregrado en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y Semillero de investigación del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la misma Universidad, miembro del Programa de Honores Rodrigo Noguera Laborde de esta Universidad.

los principios que emanaban de este texto, pero no sólo se bastó con darle esa potestad al Tribunal Constitucional, sino que las formas de estudio de las mismas leyes podían adoptarse por distintas vías, con el ánimo de generar una mayor seguridad y que la propia aplicación del Derecho se quedara paralizada por atenerse a los parámetros que llevo a fijar la misma Ley Orgánica.

Frente a los análisis que deben darse en el seno del Tribunal se dio la posibilidad de hacer control de forma directa o indirecta; ante lo cual ocupa más el análisis de la primera forma de control por cuanto se manifiesta de forma autónoma en órganos singulares que buscan el interés colectivo¹, los que acogen la tradición alemana como defensores abstractos de la Constitución. Pero esta defensa muchas veces no llevará a simples declaratorias de inconstitucionalidad, sino que producirá fallos en donde la constitucionalidad es modulada frente a ciertas leyes que rigen en el Estado y que busca poner mayor dinamismo a todo el Sistema.

El análisis del tema de la constitucionalidad modulada sobre las principales sentencias del Tribunal Constitucional se realizará, en primer lugar, a través de una interpretación doctrinal de los efectos y medios para el estudio de la constitucionalidad de las leyes, a partir de los textos de García de Enterría, López Guerra, Pérez Royo, entre otros; con el fin de generar una visión más clara del proceso constitucional en España; en segundo lugar, con el estudio de casos de gran importancia del Tribunal poder comprender la constitucionalidad modulada y sus efectos en las sentencias y frente a los parámetros que la misma Ley Orgánica fija frente al hecho, entre las más relevantes sentencias: STC 45 DE 1989, STC 195 DE 1998, las que analizan que hacen los efectos diferidos y de la simple declaratoria de inconstitucionalidad-nulidad.

El caso español

El Tribunal Constitucional fue constituido por la Ley Orgánica de 1979 como un órgano especializado en el control de las normas que emanan del legislador y sobre las cuales puede pronunciarse cuando se considere que estas se hallan en contra de los mandamientos

¹ García de Enterría, Eduardo; LA CONSTITUCION COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Capitulo II, pág. 137, Editorial Civitas, S.A. Madrid, España, 1985.

constitucionales. Pero es de recordar que esta institución deriva de la tradición alemana que, hasta la época de los años 70, era la que más avances había arrojado sobre la Justicia constitucional, por cuanto adoptó un espectro amplio de aspectos que el Tribunal alemán conocía, pero fue el Español el que dio un vuelco sobre esa concepción al poder decidir sobre temas de las Comunidades Autónomas, algo que en Alemania no ocurre por el propio modelo federal.

El Tribunal Constitucional acoge este legado basado en los principios de Rudolf Smend (citado por García de Enterría y Pérez Royo²), quien definió las funciones de un órgano máximo en las siguientes:

1. Cimentación y fortalecimiento de la Constitución.
2. Generar un orden amplio en todas las cuestiones jurídicas constitucionales que tengan que estudiarse.
3. Fortalecimiento de las bases de la existencia política.
4. Mantenimiento del imperio de los derechos, por medio de la derivación de una Ley Orgánica, que fija su competencia y los efectos de todas sus decisiones.

Los fallos proferidos por el Tribunal Constitucional poseen un efecto erga omnes, y toda ley que no sea acorde a la Constitución es tachada de nulidad e inconstitucionalidad la cual no puede revocarse, ante lo cual tanto la Constitución española como la Ley Orgánica exponen un complejo sistema que hacen que no haya lugar a otros efectos para estas sentencias de constitucionalidad. Pero el mismo Tribunal ha acudido a figuras como la constitucionalidad modulada con el fin de poder flexibilizar el espectro de las sentencias declaratorias de constitucionalidad por cuanto trata de dar un periodo de validez a normas que tienen cierta relevancia sobre todo a nivel regional³, en donde más se ha usado la figura de la modulación temporal. Empero esto genera la incertidumbre del efecto de la cosa juzgada que el Ordenamiento trató de mantener ante la imposición de medidas tan rigurosas en los análisis que se proponen⁴.

² Pérez Royo, Javier; Curso de Derecho Constitucional, Lección 27, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 2005.

³ López Guerra, Luis; Manual Derecho Constitucional, Volumen II, lección 30, pág. 227, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 2007.

⁴ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, art. 39.1.

Los análisis de constitucionalidad realizados por este órgano producen la inquietud de ¿cómo manejar los efectos de la nulidad de las sentencias cuando se hace necesario hacer una modulación dentro de ellas?

Cuando se realiza un juicio de constitucionalidad de control concreto (declaratoria de constitucionalidad) por ir la ley en detrimento del interés general se procede a su estudio y el efecto que legalmente debe ocurrir es la inconstitucionalidad y la nulidad de la ley; pero hay eventos en los cuales el Tribunal ha tenido que moderar los efectos por razones de seguridad jurídica e igualdad. No procede la declaratoria de nulidad que comprende estos dos efectos, Joaquín Tornos lo expone: *“la inconstitucionalidad es la discordancia entre la Ley analizada y la Constitución mientras que la nulidad añade a la constatación de la discordancia una valoración, de la que se desprende la expulsión de la norma del Ordenamiento y unos efectos sobre las normas y actos previos que pueden modularse (Tornos, 2000, p. 29). Lo normal según las normas que regulan la actividad del Tribunal, es que la declaración de inconstitucionalidad vaya acompañada de la declaración de nulidad, expulsando la norma del ordenamiento. Sin embargo, se ha discutido acerca de los efectos retroactivos de la nulidad [...] y también se ha discutido sobre la declaración de nulidad diferida”*⁵.

Pero la utilización de la modulación diferida podría generar más problemas que soluciones a la hora de su concreta aplicación por cuanto la jurisprudencia que ha suscitado el debate acoge una de dos modalidades. Por un lado, la de los efectos ex nunc (*“desde ahora”* y *da a entender que en la ley, contrato o condición no existe retroactividad en cuanto a sus efectos y que empiezan a regir desde el momento en que se inicie o perfeccione la disposición*) y, por otro lado la de los efectos ex tunc (*quiere decir “desde siempre” e indica que el acto jurídico, la disposición de la ley o resolución judicial tienen efectos retroactivos o que la situación actual se supone perfeccionada desde su origen*)⁶. Se genera así una interpretación que varía

⁵ Tornos Mas, Joaquín. (2000). *Inconstitucionalidad de las leyes y su incidencia sobre reglamentos y actos*. Actas de las III Jornadas de Órganos Asesores y Consultivos. Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña y Comisión Jurídica Asesora. Barcelona, España.

⁶ <http://www.significadolegal.com/2011/04/ex-nunc-y-ex-tunc.html>; página consultada el día 25 de junio de 2012.

un poco de la tradicional ponderación de principios constitucionales, pero que si bien acude a estos criterios, la nulidad diferida no es porque haya derechos fundamentales involucrados sino porque hay un conflicto o invasión de competencias entre distintos órganos del Estado, así como una posible omisión legislativa que obliga a no aplicar plenamente los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.

Como forma de poder visualizar más claramente esta teoría constitucional se pondrán como ejemplos las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad modulada y sus efectos en el Ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia española no tiene como práctica frecuente modular temporalmente los efectos de las sentencias. En los pocos casos en los cuales lo hace, no se refiere a inconstitucionalidad diferida, sino a una nulidad diferida, y distingue la inconstitucionalidad de la nulidad, en donde aquella es la que se declara de manera inmediata, y ésta es la que se difiere en el tiempo mientras se acoge una legislación acorde a la Constitución.

La razón última para el empleo de esta técnica es la también utilizada por la jurisprudencia colombiana, en el sentido de que anular cierto marco normativo causaría traumatismos también constitucionalmente ilegítimos y generaría lagunas en la legislación que dejaría los intereses jurídicos afectados en una situación peor. Sin embargo, esta razón no es universal dentro del conjunto de sentencias de nulidad diferida.

La mayoría de las sentencias tienen una característica en común y es que se refieren a conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. España es un Estado unitario, pero con características de un Estado Federal, lo que en su jurisprudencia califican como Estado de Autonomías, pues sus entidades territoriales llamadas “Comunidades Autónomas” tienen una extensa autonomía, llegando incluso a tener potestad legislativa. Las Comunidades Autónomas tienen ciertas competencias asignadas por unas leyes orgánicas que tienen un nivel superior a la ley ordinaria. Entonces, si el Estado o las comunidades autónomas expiden una ley que quebrantan esa separación de competencias, la ley sería inconstitucional

(Art. 28.1 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional). Lo que ha sucedido en la práctica es que la nulidad se difiere en el tiempo para que la entidad territorial competente expida el cuerpo normativo pertinente para proteger los intereses jurídicos tutelados con la ley inconstitucional.

Excepcionalmente, se puede encontrar la utilización de esta técnica en otra situación, como en la STC 45/1989, que analizamos a continuación, y que se refiere a la legitimidad de un sistema con aspectos accesorios ilegítimos y que, por tanto, se difiere la nulidad para que el legislador corrija la situación.

STC 45/1989

Esta sentencia se dictó por una cuestión de inconstitucionalidad que el mismo Tribunal solicitó en una sentencia de amparo que resolvió. Revisa la constitucionalidad de un sistema tributario en el cual la familia es considerada como una unidad y a esa unidad se la califica como contribuyente, por lo que están sus miembros obligados solidariamente a una cuota única. Ésta es una medida de protección, sin embargo, el Tribunal señaló que según la forma como se regule el sistema, puede llegar a tener resultados discriminatorios.

Así en la sentencia, se llegó a la conclusión de que el sistema es legítimo pero que tiene una regulación ilegítima, puesto que contiene omisiones que permiten discriminaciones en algunos casos. El Tribunal advirtió que una discriminación bajo ese sistema tributario se da si las personas resultan pagando más de lo que deberían pagar si estuvieran en el sistema de régimen separado, o si son sometidos a un trámite que sea perjudicial en vez de favorable.

Así que se declara la inconstitucionalidad, mas no la nulidad, porque esas omisiones son las que hacen que en ciertos casos haya un trato discriminatorio. Pero, según el Tribunal, no por eso se debe anular el sistema, pues hay familias que sí se benefician, y, además, retirar las normas del ordenamiento las agravaría y dejaría una laguna normativa.

Sobre esta sentencia es pertinente mencionar algunas cosas. La primera de ellas es que el Tribunal enfatiza que no puede diferir la nulidad, pues la ley orgánica no se lo permite. Sin embargo, declara

la inconstitucionalidad pero no la nulidad de algunos preceptos, a la espera de que el Legislador corrija la situación

La segunda, el Tribunal no estableció un límite determinado para esa nulidad prácticamente diferida en el tiempo, lo cual es la regla general en las sentencias del Tribunal, como se verá. El límite que se impone es el momento en el cual el legislador expida una normatividad que se adapte a la Constitución, es decir, la nulidad con efectos a futuro es dada por la derogatoria que haga el Legislador con una nueva norma.

La tercera, el Tribunal, sin entrar a puntualizar la forma en la cual el Legislador debe expedir esa nueva ley, expresó en la sentencia que el Legislador es quien tiene competencia para regular el sistema discrecionalmente, y hasta le señala la posibilidad de derogar ese sistema, como variante dentro de la libertad de configuración legislativa. Es otra de las características que trata de mantener el Tribunal en las sentencias de nulidad diferida.

Puede cualquiera argumentar, tal vez, que en el fondo el Tribunal sí establece parámetros para esa nueva ley, pero serían unos parámetros tan generales que llegar a la conclusión, a partir de esta sentencia, de que el Tribunal está “legislando” sería exagerado.

STC 96/1996

Esta sentencia, aunque toca un tema diferente al de la anterior sentencia, tiene elementos similares. El tema que trata usual en las sentencias con nulidad diferida, y es el de un conflicto de competencias entre entidades territoriales en torno a una ley.

Pues bien, llegó al Tribunal un recurso de inconstitucionalidad por parte de dos Comunidades Autónomas que se percataron de que en la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito había omisiones que violaban la repartición de competencias entre el Estado y las Comunidades. Las omisiones son, pues, un elemento que relaciona esta sentencia con la analizada anteriormente.

Esta ley, buscando regular las entidades de crédito, establece las funciones de control y vigilancia que son usuales también en la legislación colombiana. La diferencia es que las Comunidades Autónomas tienen como atribución la regulación de esas entidades. Y la ley en

mención, sólo dando facultad sancionatoria a las Comunidades sobre las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito, olvidó mencionar otras entidades como los bancos.

El Tribunal encontró, entonces, que esa omisión es inconstitucional, pero, una vez más, optó por declarar su inconstitucionalidad pero no su nulidad, puesto que la disposición señala expresamente la facultad sobre cajas de ahorro y cooperativas de crédito, y eso es legítimo. Lo que hace falta es mencionar las otras entidades de crédito, pero como eso no es facultad sino del legislador, afirma él en un plazo razonable, debe corregir la situación. Como se ve también, no establece una fecha límite, lo que sigue siendo una constante.

Una diferencia es que en esta sentencia realmente no se aduce como razón la ilegitimidad de anular las normas por crear una laguna y afectar intereses jurídicos. La razón sencillamente es que la disposición es válida pero tiene que ser complementada.

STC 195/1998

Esta sentencia tiene también un contenido en el que la definición de competencias es preponderante. El Estado, mediante una ley, establece como reserva natural cierto territorio, lo delimita y dispone medidas de protección.

A través de un recurso de inconstitucionalidad, la Comunidad Autónoma con jurisdicción en dicho territorio alegó que el Estado estaba invadiendo sus competencias, pues ella es la que está legitimada para declarar un sitio como reserva natural y regular su protección.

Efectivamente, el Tribunal encontró que el Estado no era competente para establecer dicha protección y por lo tanto declaró la inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, el Tribunal en esta sentencia declara de manera expresa, lo que no ocurre con las anteriores, que los efectos de la nulidad se van a diferir en el tiempo.

La razón por la cual se declara la nulidad diferida es la general expuesta en las consideraciones de que una nulidad trae perjuicios que son también constitucionalmente ilegítimos. Así, entonces, el Tribunal deja la protección en pie hasta el momento en que la Comunidad Autónoma establezca la normatividad al respecto. Una vez más, no se coloca un límite de tiempo determinado.

STC 208/1999

Esta sentencia surgió de un recurso de inconstitucionalidad en contra de una ley expedida en defensa de la competencia y que, atribuyendo toda la facultad ejecutiva a organismos del Estado, dejó a las Comunidades Autónomas algunas funciones de forma residual.

El Tribunal encontró que la ley es contraria a la Constitución porque desconoce las atribuciones ejecutivas que tienen las Comunidades en materia de defensa de la competencia, pues a ellas les corresponde ejercerlas en aquellas situaciones que no tengan trascendencia dentro del ámbito nacional. Entonces, el Tribunal declaró inconstitucional una expresión de la ley, pero difirió en el tiempo la nulidad para evitar dejar un vacío legal en la defensa de la competencia, lo que resultaría ilegítimo. El tribunal declaró que la nulidad se difiere mientras el Estado expide una ley que establezca los criterios bajo los cuales una situación que afecte la competencia sea de trascendencia nacional.

Respecto a esta sentencia también hay cuestiones importantes para mencionar. Una de ellas es que, otra vez, se hace mención expresa a la nulidad con efectos diferidos, como en la sentencia anterior, lo que no ocurría con las dos primeras. Esto muestra que el Tribunal ya hace un reconocimiento de la posibilidad de diferir la nulidad en el tiempo, lo que en principio negaba.

Otra cuestión importante es la referencia que hace la sentencia, y que no hacen las anteriores, al principio de lealtad constitucional que obliga a todos, en el sentido de que, si bien se mantiene la aplicación de unos preceptos ilegítimos, el Legislador está en la obligación de expedir lo más rápido posible las normas que ponen fin a esa inconstitucionalidad.

STC 235/1999

Por último, es pertinente analizar esta sentencia, que tiene la característica particular de confirmar y extender el diferimiento de la nulidad ya declarada en una de las sentencias que analizamos.

En efecto, mediante un recurso de inconstitucionalidad, se pide que se declare ilegítima una norma de la ley que establece el régimen para entidades financieras, expedida en un esfuerzo por armonizar la

legislación española con la normatividad de la Comunidad Europea. La norma mencionada remite a un precepto de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito que ya había sido declarado inconstitucional por la STC 96/1996 anteriormente analizada.

Entonces, el Tribunal Constitucional se percató de que el Legislador aún no había corregido esa situación y no había expedido una nueva ley que subsanara la inconstitucionalidad. Por lo cual, esta norma de la nueva ley detectaría también una declaración de inconstitucionalidad.

Sin embargo, el Tribunal acogió las consideraciones de la anterior sentencia para declarar la nulidad con efectos diferidos, esta vez sí expresamente. Aunque, en esta oportunidad, sí hizo énfasis en lo perjudicial que sería anular dicha legislación y tener una laguna normativa.

En esta sentencia, el Tribunal mencionó también el principio de la lealtad constitucional con más ahínco al observar la demora en la que incurrió el Legislador para sanear los vicios de la legislación.

Conclusión

Es así como se demuestra que la modulación es un tema que surge de la necesidad de dotar con mecanismos distintos a los que consagra una norma para hacer un sistema dinámico pero sin generar usurpación de funciones propias de un órgano como lo es el Legislativo. Si bien se evidencia a través de toda la exposición que la modulación de las leyes que son en un momento inconstitucionales se hace para permitir el mantenimiento de la Constitución y poder articular las necesidades de la sociedad previstas en el Ordenamiento; la modulación no surge por la necesidad del Órgano judicial de acoger mayores poderes de los otorgados por la ley fundamental sino, por el contrario, de evitar situaciones traumáticas que en un momento determinado puedan llevar a una verdadera inseguridad jurídica y la posterior vulneración de los derechos de los ciudadanos.

Bibliografía

García de Enterría, Eduardo; LA CONSTITUCION COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Capitulo II, pág. 137, Editorial Civitas, S.A. Madrid, España, 1985.

Pérez Royo, Javier; Curso de Derecho Constitucional, Lección 27, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 2005.

López Guerra, Luis; Manual Derecho Constitucional, Volumen II, lección 30, pág. 227, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 2007.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, art. 39.1.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Art. 28.1

Tornos Mas, Joaquín. (2000). *Inconstitucionalidad de las leyes y su incidencia sobre reglamentos y actos*. Actas de las III Jornadas de Órganos Asesores y Consultivos. Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña y Comisión Jurídica Asesora. Barcelona, España.

<http://www.significadolegal.com/2011/04/ex-nunc-y-ex-tunc.html>; pagina consultada el día 25 de junio de 2012.

Jurisprudencia Citada

STC 45/1989

STC 96/1996

STC 195/1998

STC 208/1999

STC 235/1999

