

LA FUNCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEROGATORIAS CONSTITUCIONALES: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA COMPARACIÓN JURÍDICA

The functionality of derogatory clauses in
Constitutions: an overview from a comparative
perspective

MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS
Universidad Alberto Hurtado
mhenriqu@uahurtado.cl

SABRINA RAGONE
Universidad de Bolonia
sabrina.ragone2@unibo.it

Cómo citar/Citation

Henríquez Viñas, M. y Ragone, S. (2024).

La funcionalidad de las disposiciones derogatorias constitucionales:
una aproximación desde la comparación jurídica.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 28(2), 389-415.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.28.14>

Resumen

El presente trabajo indaga sobre la funcionalidad de las disposiciones derogatorias constitucionales para atribuir competencia a las cortes constitucionales o a los tribunales de justicia para resolver las antinomias que se producen entre las nuevas normas constitucionales y las normas infraconstitucionales previas cuando se dicta una nueva Constitución. El análisis se realiza a partir de la comparación jurídica de tres casos de nuevas cartas que establecieron un control concentrado y posterior de constitucionalidad en un tribunal constitucional independiente del Poder Judicial. El estudio comparado se centra tanto en el diseño constitucional como en la interpretación que de aquel han realizado los tribunales constitucionales italiano, alemán y español.

Palabras clave

Disposición derogatoria constitucional; disposición transitoria constitucional; cambio constitucional; comparación jurídica; justicia constitucional.

Abstract

This piece investigates the functionality of constitutional derogatory provisions to attribute jurisdiction to the constitutional courts and/or the judiciary to resolve the conflicts between the new constitutional norms and the previous infra-constitutional norms when a new Constitution enters into force. The analysis is carried out based on the legal comparison of three cases of new Charters that ruled on a concentrated and subsequent constitutional adjudication by a constitutional court independent of the Judiciary. The comparative study focuses both on the constitutional design and on the interpretation made by the Italian, German and Spanish constitutional courts.

Keywords

Derogatory constitutional clause; transitional constitutional clause; constitutional change; legal comparison; constitutional adjudication.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. DISPOSICIONES DEROGATORIAS CONSTITUCIONALES. III. DISPOSICIONES DEROGATORIAS Y CONTROL INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ITALIA, ALEMANIA Y ESPAÑA. IV. ¿COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES O CONCURRENCIA CON LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA? V. A MODO DE CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una Constitución nueva se inserta en un ordenamiento jurídico preexistente (Guastini, 2017: 366). Esta afirmación sugiere la siguiente interrogante, cuya respuesta se aspira a abordar en este trabajo: ¿cómo se compatibilizan las normas infraconstitucionales previas con las nuevas normas constitucionales? Este es un asunto que afecta a todos los países que se han dado nuevas cartas fundamentales (o las han reformado), siendo disímiles las soluciones que proporciona el derecho comparado. Además, la cuestión tiene una vertiente sustantiva —es decir, la afirmación de la supremacía constitucional— y una procedimental/competencial —es decir, cuál es el órgano encargado de realizar el control— que no siempre se solucionan de manera armónica y previa¹.

Así, por ejemplo, cuando entró en vigor la Constitución española de 1978, Varela y Satrústegui distinguieron, desde el punto de vista teórico, dos modelos de solución: a) la recepción del ordenamiento precedente en su totalidad, de manera que el régimen jurídico de las leyes viejas quede equiparado al de las leyes posteriores a la Constitución; y b) la recepción solamente de aquellas normas anteriores compatibles con la Constitución, quedando derogadas las restantes (Varela y Satrústegui, 1979). Como estos autores explican, ambos modelos suelen descansar en las cláusulas derogatorias constitucionales o en el control de constitucionalidad de las leyes, que —a su juicio— son vías que tienen la misma finalidad: confirmar la supremacía de la nueva Constitución y garantizar la conformidad de las demás normas con ella. Sin embargo, cuando ambos institutos coexisten debe discer-

¹ El presente estudio se enmarca en la investigación financiada por el proyecto Fondecyt Regular de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, bajo el n.º 1221453, con el título «Las normas derogatorias en la transición constitucional. Una contribución desde el Derecho Comparado».

nirse en qué medida afecta cada uno de ellos al ordenamiento preconstitucional (Varela y Satrústegui, 1979).

Siguiendo este razonamiento, si un sistema constitucional adopta un control de constitucionalidad judicial, posterior y difuso, no existiría problema para resolver la inconformidad material entre una norma legal previa y una norma constitucional posterior en lo que respecta al órgano competente. Tratándose de una Constitución normativa y de aplicación directa, cada juez podrá constatar —al decidir el derecho aplicable— la incompatibilidad entre una norma legal previa y una nueva norma constitucional, resolviendo la inaplicación de la primera por ser anterior e inferior a la segunda. En tal sentido no habría disputa con otros órganos sobre la facultad de inaplicar las leyes previas contrarias a la nueva Constitución. Por ello, este tipo de casos no será objeto de estudio en este trabajo.

El problema es acotado cuando el control de constitucionalidad es judicial, posterior y está concentrado en un tribunal superior, corte suprema o sala de aquella. En este supuesto podría producirse una concurrencia de competencias entre los jueces de los tribunales inferiores y el máximo tribunal que concentra el control de constitucionalidad. Los jueces podrían disputar la facultad de declarar tácitamente derogados los preceptos legales preconstitucionales y el máximo tribunal la facultad de declarar la inconstitucionalidad de aquellos, siempre que sean incompatibles con la nueva carta. Sin embargo, el sistema de recursos procesales o de precedente vertical —si lo hubiera— reduce la disputa de competencias entre aquellos en favor del máximo tribunal. En atención a lo anterior, este tipo de casos tampoco será objeto de examen.

Sin embargo, el problema es serio cuando el control de constitucionalidad es posterior y está concentrado en un tribunal o corte constitucional independiente del Poder Judicial, toda vez que se produce una concurrencia de competencias entre la judicatura ordinaria y la judicatura constitucional para resolver este tipo de antinomia (Guastini, 2017: 368). En todo caso, no es un asunto referido solo al órgano competente, sino también al criterio que permite resolver la antinomia y, a partir de ellos, los efectos que acarrea la decisión jurisdiccional. Por un lado, ante la incompatibilidad material, la derogación tácita de las normas preconstitucionales puede ser declarada por cualquier juez por aplicación del criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) con efectos particulares. Por otro, la declaración de inconstitucionalidad (de efectos generales) o inaplicabilidad (de efectos particulares) será resuelta por el tribunal supremo o corte constitucional por aplicación del criterio jerárquico (*lex superior derogat inferiori*). Por cierto, todos los supuestos se resuelven en favor de la norma constitucional posterior y superior.

La referida concurrencia no solo genera disputa de competencias entre los tribunales de justicia y las cortes constitucionales, sino que, en algunos

casos, también decisiones con sentidos contrarios (Henríquez, 2018: 46) que afectan la predictibilidad en la aplicación del derecho, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley (Rojas, 2019: 15); y, en definitiva, la implementación y aplicación de la nueva Constitución. Como este es el caso complejo, en él se enfocará el presente análisis.

Como se anunció, una vía que podría resolver anticipadamente el caso complejo es la previsión de disposiciones derogatorias constitucionales. En tal sentido, el objetivo general de este trabajo es reconocer la funcionalidad de las disposiciones derogatorias constitucionales para atribuir competencia a las cortes constitucionales o a los tribunales de justicia para resolver las antinomias que se producen entre las normas infraconstitucionales previas con las nuevas normas constitucionales. Por su parte, la hipótesis general que orienta este artículo afirma que el establecimiento de una disposición derogatoria constitucional no es suficiente, según sea su contenido, para determinar qué autoridad y con qué efectos resuelve las antinomias entre las nuevas normas constitucionales y las normas infraconstitucionales previas.

La consecución del objetivo y comprobación de la hipótesis se realizará a partir de la comparación de tres casos que cumplen los parámetros del supuesto complejo y que se desarrollan a partir de las constituciones italiana de 1947, alemana de 1949 y española de 1978. El recurso a la comparación jurídica busca reconocer la función que en Italia, Alemania y España se les ha atribuido a las disposiciones derogatorias constitucionales, tanto desde la perspectiva estructural (del diseño constitucional) como desde la interpretación que de ellas han hecho las cortes constitucionales (jurisprudencia constitucional)². Es decir, se trata de un enfoque que combina el análisis del formante normativo y del formante jurisprudencial, que a menudo se ha transformado en prevalente desde una perspectiva sustancial (Sacco, 1991).

La selección se funda en que son constituciones con cierto contexto y rasgos comunes, para que sean precedentes relevantes y diferenciados de cara a la comprensión de los elementos centrales del problema. Se trata de cartas europeas que reemplazaron a sus predecesoras tras un régimen autoritario (nazismo, fascismo, franquismo) y que participan de las siguientes peculiaridades: a) son normativas, supremas, rígidas y garantizadas jurisdiccionalmente; b) contienen normas que disciplinan, en todo o en parte, la situación de las normas preconstitucionales; en las constituciones alemana y española, incluso se establecen normas derogatorias constitucionales; c) concentran el control de constitucionalidad en un órgano especializado de justicia constitucional separado orgánicamente de los tribunales de justicia (en el caso alemán, si bien

² Sobre los aspectos metodológicos, véase Pegoraro (2016).

el Tribunal Constitucional Federal se regula formalmente en la sección sobre el poder judicial, la opinión doctrinal es que materialmente se sitúa fuera de este debido a sus funciones y características), que ejerce un control de constitucionalidad de normas legales vigentes y aplicables, ya abstracto o concreto.

En tal sentido, el trabajo se desarrolla conforme al siguiente plan de análisis. En primer término, se esboza qué se entiende por disposición derogatoria constitucional (I). Luego, por orden cronológico, se analiza el caso italiano, luego el alemán y por último el caso español. Los casos son estudiados por separado con el objetivo de proporcionar toda la información necesaria de cada uno, sin separar el contexto histórico-político y normativo de los formantes jurisprudencial y doctrinal. La reconstrucción se hace necesaria para presentar de manera completa los tres casos «modélicos» y construir las conclusiones sobre su exportabilidad. Si bien ciertos autores incluso consideran los estudios de mero derecho extranjero como derecho comparado (Hirschl, 2014), el presente texto responde a una lógica técnicamente comparativa, que involucra a la vez una dimensión histórica (Ragone y Smorto, 2023). En cada acápite se describe la regulación de las normas derogatorias y su tipo, y las peculiaridades del control de constitucionalidad concentrado y especializado dispuesto (II). Más adelante, se analiza de qué forma la corte o tribunal constitucional han resuelto los casos de incompatibilidad de las normas legales previas con las nuevas normas constitucionales, y las competencias que en su caso le corresponden a la judicatura constitucional o a la judicatura judicial, el criterio que permite resolver la antinomia y los efectos de su decisión. Para ello, se exponen algunas sentencias (a modo ejemplar y no exhaustivo) que marcaron la tendencia jurisprudencial hasta hoy vigente (III). Finalmente, se proyectan las conclusiones.

El estudio del diseño constitucional de los tres casos europeos examinados, así como de la interpretación que de aquellos han hecho las cortes constitucionales respectivas, es un antecedente valioso para analizar las diferencias y semejanzas de las soluciones brindadas por las constituciones latinoamericanas que en este siglo cambiaron sus cartas fundamentales (Ecuador 2008, Bolivia 2009, República Dominicana 2015 y Cuba 2019) o que incursionaron en procesos constituyentes (Chile 2019-2022 y 2023). Asimismo, pueden servir como modelos para futuros procesos constituyentes, ya que muestran tres distintos marcos normativos acompañados por las correspondientes interpretaciones jurisprudenciales.

II. DISPOSICIONES DEROGATORIAS CONSTITUCIONALES

Antes de comenzar el estudio comparado, cabe señalar qué se entiende por disposiciones derogatorias y precisar la nomenclatura utilizada en este

trabajo. Con relación a esto último, el uso del término «disposiciones derogatorias» en lugar de «normas derogatorias» se justifica porque las constituciones suelen referirse a ellas como «disposiciones» o «cláusulas». Sin embargo, ello no implica desconocer su carácter normativo como «normas sobre normas» o «normas sobre la producción jurídica», ni tampoco subestimar su relación con el concepto filosófico de «derecho intertemporal».

Como se adelantó en la introducción, este trabajo se centra en el establecimiento de disposiciones derogatorias constitucionales indeterminadas, toda vez que generalmente el constituyente no precisa directa o completamente el objeto a derogar. Esta afirmación invita a distinguir: a) según la explicitación, entre derogación expresa y tácita; y b) según el grado de determinación del objeto derogado, entre derogación nominada e innominada (Iturralde, 2002) o concreta y genérica (Aguiló, 1994). Cabe señalar que no es objeto de este trabajo —puesto que lo excedería— la distinción entre norma y proposición normativa, la noción de derogación, sus tipos, sus efectos, la diferencia entre derogación con otras instituciones como la inconstitucionalidad/invalidéz o la pertenencia.

La derogación expresa: a) es un acto normativo, fruto de una decisión política (Guastini, 2001: 62) que, en el caso de las nuevas constituciones, corresponde a la autoridad constituyente; b) requiere de la promulgación de una disposición derogatoria (Iturralde, 2002: 359); c) no opera sobre normas, sino sobre textos legales (Díez-Picazo, 1990: 110); d) requiere que la autoridad mencione las formulaciones que pretende derogar (Aguiló, 1994: 410); y d) produce un efecto derogatorio del texto legal (Díez-Picazo, 1990: 118).

Por su parte, la derogación tácita: a) no supone la promulgación de una disposición derogatoria; b) se produce por la incompatibilidad material entre normas producidas en distintos momentos temporales, en este caso entre una norma constitucional posterior y una norma legal anterior; c) requiere ser declarada; tal declaración generalmente emana de un tribunal de justicia, supone un acto interpretativo de la norma anterior y la posterior, que constata la incompatibilidad; y d) implica la no aplicación de la norma derogada por causa del criterio cronológico. Como explica Guastini, la derogación tácita consiste en la promulgación no de una norma expresamente derogatoria, sino más bien de una norma que contradice otra anterior y que, por esa razón, la deroga (Guastini, 2001: 62)

Por su parte, la derogación nominada ocurre cuando la disposición derogatoria identifica con precisión su objeto y declara la derogación, produciendo un efecto derogatorio. Es del tipo: «queda derogado el art. 12 de la Ley N.º 12 800». La derogación se produce con independencia de que exista incompatibilidad normativa y no requiere la intervención del intérprete o aplicador del derecho, produciéndose la pérdida de vigencia de la

norma hacia el futuro y con efectos generales. Esto no obsta a analizar, como sugieren Alchourrón y Bulygin, solo la norma expresamente derogada, sino también todas las normas que se derivan de ella, y también las normas para cuya derivación ella es necesaria (Alchourrón y Bulygin, 1991). A diferencia de esta, la derogación innominada no versa sobre formulaciones o disposiciones normativas específicas, sino sobre normas no identificadas (Guastini, 2017: 464).

Corresponde preguntarse si las disposiciones derogatorias innominadas corresponden al tipo de la derogación expresa o tácita. Ello incide en su funcionalidad, toda vez que, si se considera un tipo de derogación tácita, se trasladará el problema a la sede de aplicación de normas, y con ello la posibilidad de ser motejadas como redundantes, superfluas, inútiles (en el sentido de que no añaden nada nuevo a la aplicación del principio *lex posterior*). Por el contrario, si se reconoce que corresponden al tipo de derogación expresa, al menos destacará la intencionalidad derogatoria del constituyente de aquella normativa incompatible con las nuevas normas constitucionales.

Para ilustrar mejor lo afirmado, se presentan algunos ejemplos del derecho comparado: a) la recepción de todo el orden jurídico precedente hasta tanto no sea derogado; b) la recepción del orden jurídico precedente compatible con la nueva Constitución; y c) la derogación de aquellas normas preconstitucionales incompatibles con la nueva Constitución. Un ejemplo de la primera es la Constitución sueca, cuya sexta norma transitoria de 1974 dispone: «Se seguirán aplicando leyes o disposiciones más antiguas, sin perjuicio de que no hayan sido promulgadas en la forma establecida en el presente Instrumento de Gobierno». Un ejemplo de la segunda se encuentra en la carta portuguesa de 1976, cuyo capítulo «Disposiciones finales y transitorias», art. 290.2, señala: «El Derecho ordinario anterior a la entrada en vigor de la Constitución se mantiene, siempre que no contradiga la Constitución o los principios en ella consignados». Un ejemplo de la tercera es la Constitución griega de 1975, cuya sección III «Disposiciones transitorias», art. 111.1 establece: «Desde la entrada en vigor de la Constitución, toda disposición de ley o acto administrativo reglamentario contrario a ella quedará derogado», para luego establecer una serie de excepciones al alcance de la derogación³.

³ «Artículo 111. 1. Desde la entrada en vigor de la Constitución, toda disposición de ley o acto administrativo reglamentario contrario a ella quedará derogado. 2. Las actas constitucionales dictadas a partir del 24 de julio de 1974 y hasta la convocatoria de la 5.ª Cámara de los Diputados de Revisión Constitucional, así como las resoluciones que ella apruebe, mantendrán su vigor incluso en lo que afecte a disposiciones contrarias a la Constitución, aunque su modificación o derogación podrá hacerse por

Como se advierte, más allá de los principios como vigencia indefinida de las leyes, permanencia de las leyes y preminencia de las leyes posteriores (Agüero, 2020: 66), las normas derogatorias constitucionales podrían servir en los procesos de cambio constitucional para confirmar la recepción de las normas anteriores, hasta su eliminación; o para señalar anticipadamente quién y cómo resolverá las antinomias entre el derecho nuevo y el derecho viejo; o, al tratarse de disposiciones derogatorias que señalan solo genéricamente el objeto derogado, no tendrían la virtualidad antes mencionada. De allí que en este trabajo se analice la funcionalidad de este tipo disposiciones derogatorias.

III. DISPOSICIONES DEROGATORIAS Y CONTROL INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ITALIA, ALEMANIA Y ESPAÑA

La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949 (también Ley Fundamental) y la Constitución española de 1978 (también CE) contienen disposiciones derogatorias innominadas, a diferencia de la Constitución italiana (también CI) de 1947, que no las prevé.

El capítulo XI de la Ley Fundamental, referido a las disposiciones transitorias y finales, establece una norma derogatoria en el art. 123 en el sentido de continuidad del derecho previo siempre que sea compatible con la nueva Constitución: «1. El derecho vigente antes de la reunión del Bundestag continuará en vigor siempre que no contradiga la presente Ley Fundamental». Este artículo debe leerse en consonancia con el 126, intitulado «Controversias sobre la continuidad de la vigencia del Derecho como Derecho federal», que configura la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional para resolver las disputas sobre la vigencia de las normas como derecho federal⁴.

ley. A partir de la entrada en vigor de la Constitución, la disposición del artículo 8 del acta constitucional de 3.9.1974 se deroga en cuanto a la edad de jubilación de los profesores de centros de enseñanza superior. 3. Mantendrán su vigor: (a) el artículo 2 del decreto presidencial número 700 de 9 octubre 1974 “sobre el restablecimiento de la aplicación parcial de los artículos 5, 6, 8, 10, 12, 14, 95 y 97 de la Constitución y sobre el levantamiento del estado de sitio”, y (b) el decreto ley número 167 del 16 noviembre de 1974 “sobre la autorización de recursos de apelación contra las resoluciones de los tribunales militares”, aunque su modificación o derogación por ley está también permitida». (Continúan las excepciones, se grafican algunas a modo ejemplar).

⁴ Art. 126 de la Ley Fundamental: «Las controversias sobre la continuidad de la vigencia de las normas, como Derecho federal, serán resueltas por la Corte Constitucional Federal».

Por su parte, la Constitución española de 1978 contiene una disposición derogatoria con tres apartados⁵ que, si bien implica continuidad del derecho precedente en su conjunto, dispone, por un lado, derogaciones expresas y, por otro, la derogación innominada de aquella normativa previa que se oponga a la Constitución vigente desde el 29 de diciembre de 1978. El apartado tercero establece: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

Siguiendo a Borrajo, la CE deroga de manera expresa y completa las siete leyes fundamentales que, desde 1938 hasta 1967, definieron el cimiento jurídico del Estado autoritario nacional-católico. Las deroga en la medida en que no hubieran sido ya privadas de vigencia por la Ley para la Reforma Política de 1977 (Ley 1/1977, de 4 de enero). A juicio de Borrajo (2018: 2002), se trata de un «auténtico puente de la transición jurídica entre el sistema político anterior y el que instaura la Constitución».

Por su parte, si bien la Constitución italiana (CI) no prevé una norma derogatoria, corresponde considerar su décima sexta disposición transitoria, que expresó la voluntad del constituyente de dejar atrás las leyes fascistas aún vigentes al momento de la entrada en vigor de la nueva carta, mandando la revisión y coordinación en un breve plazo de las leyes constitucionales previas que no hubieran sido derogadas⁶. Sin embargo, caber apuntar que, en el momento posterior a la entrada en vigencia de dicha carta, el desarrollo de las

⁵ Disposición derogatoria:

1. Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942; la Ley de Sucesión de la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945.
2. En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876.
3. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.

⁶ XVI disposición transitoria de la Constitución Italiana: «En el plazo de un año de la entrada en vigor de la Constitución se procederá a la revisión y a la coordinación con ella de las leyes constitucionales anteriores que no hayan sido hasta ahora explícita o implícitamente derogadas».

reformas de la legislación ordinaria por vía parlamentaria quedó aplazado *sine die*, salvo algún caso excepcional (Pizzorusso, 1999: 153), generándose en los hechos una situación de continuidad normativa de la época preconstitucional.

Como explica Calamandrei (2013: 18):

[...] aun habiendo cambiado las instituciones constitucionales, y sobrevenido el cambio de las mismas de forma revolucionaria, en lo demás, no pareció interrumpirse la continuidad jurídica, y la misma Constitución dio la impresión de confirmar tal continuidad con las disposiciones transitorias, que, al contener minuciosas prescripciones para la sucesiva gradual adecuación de las viejas leyes a la nueva forma de gobierno, presuponían la permanencia en vigor del ordenamiento jurídico precedente.

Explica el mismo autor que nada de esto sería problemático si la prevista adecuación se hubiera llevado a cabo por el Parlamento que sucedió a la Constituyente con espíritu de lealtad constitucional, pero al haber faltado por completo esa adecuación, el dogma de la «continuidad jurídica» del Estado se convirtió en una de las armas utilizadas por las fuerzas conservadoras no solo para frenar la actuación de la Constitución, sino para comenzar a destruirla (Calamandrei, 2013: 18).

La permanencia del sistema anterior se manifestó en la lentitud en la creación de los órganos de garantía (por ejemplo, de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura) y la supervivencia de las leyes «fascistas», que solo tardíamente fueron declaradas constitucionalmente ilegítimas (D'Amico, 2019: 220). De ahí la importancia de las primeras decisiones de la Corte Constitucional que determinaron la inconstitucionalidad de la legislación previa incompatible con la nueva Constitución y, por esa vía, impulsaron la expulsión de dichas normas del sistema legal. A esta época Pizzorusso la denomina la «edad de oro», que corresponde a la fase dedicada prevalentemente al control de leyes anteriores a la Constitución (Pizzorusso, 1999: 157; sobre la división del trabajo de la Corte en épocas, véase Barsotti *et al.*, 2016: 37).

Una vez descritas las normas derogatorias en cada caso, corresponde contextualizar brevemente el sistema de justicia constitucional en Italia, Alemania y España. Ellos coinciden en un modelo concentrado, que establece el control de constitucionalidad en un órgano constitucional especializado, autónomo e independiente del Poder Judicial (con las precisiones que ya adelantamos respecto al caso alemán), que se lleva a cabo de distintas formas, pero cuando se trata de un control posterior coincide en que es incidental. Esto es, el conocimiento por la respectiva corte constitucional depende de que un tribunal de justicia plantee un requerimiento de inconstitucionalidad en el marco de un proceso, aproximándose así ambas jurisdicciones.

La Constitución Italiana de 1947 estableció un nuevo órgano en el título VI, parte II, sección I: la Corte Constitucional (en adelante también la Corte),

encargada de garantizar la supremacía de una Constitución rígida, cuyo art. 134.1 establece como primera atribución la de juzgar la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones (véanse Ruggeri y Spadaro, 2022; Malfatti *et al.*, 2021). Este tribunal ejerce principalmente, conforme a las estadísticas sobre el desempeño de sus funciones, el control de constitucionalidad por vía incidental. Es decir, si durante la controversia, en ámbito jurisdiccional, el juez tiene que aplicar una disposición legislativa sobre cuya constitucionalidad —por recomendación de las partes o de oficio— tiene dudas, podrá someter la cuestión a la Corte Constitucional. De esta forma, si bien el control de constitucionalidad es concentrado, tiene un «filtro difuso» (Nicotra, 2017: 230). Por su parte, la declaración de inconstitucionalidad (exequibilidad) tiene efectos generales, eliminando la norma del ordenamiento jurídico a partir del día siguiente a la publicación de la decisión (art. 136).

Cabe señalar que la Corte Constitucional se constituyó ocho años después de la entrada en vigor de la Constitución⁷ y que, en ese intertanto, por aplicación de la disposición séptima transitoria⁸, el control de constitucionalidad de las leyes lo realizaron los tribunales ordinarios de justicia, quienes —según explican Varela y Satrústegui— decidieron sobre la vigencia o derogación de las leyes anteriores, basados —desde el punto de vista teórico— en la distinción entre derogación e ilegitimidad constitucional (Varela y Satrústegui, 1979). A partir de 1956, el órgano de justicia constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en distintas sentencias sobre su competencia (a propósito de las excepciones de inadmisibilidad planteadas) para conocer la constitucionalidad tanto de los preceptos legales preconstitucionales como posconstitucionales, despejando así la concurrencia de competencias con los tribunales ordinarios.

Por otra parte, la Constitución alemana regula en el capítulo IX, sobre el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional Federal (en adelante también TCFA). Se trata de un órgano constitucional, jurisdiccional, autónomo, independiente frente a todos los demás órganos constitucionales (Weber, 2003: 503), cuyas competencias y procedimiento se encuentran previstos en la Constitución (art. 93) y en la ley que lo regula (art. 13 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal).

⁷ La Constitución italiana fue promulgada el 27 de diciembre de 1947 y entró en vigor el 1 de enero de 1948.

⁸ «Mientras no entre en funcionamiento el Tribunal Constitucional, la decisión de las controversias a que se refiere el artículo 134 se efectuará de la forma y con los límites de las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de esta Constitución».

El art. 92 de la Ley Fundamental establece que el TCFA es parte del Poder Judicial⁹, sin embargo, es un órgano que goza de independencia y autonomía organizacional; y no pertenece al sistema de la jurisdicción ordinaria, sino a la jurisdicción constitucional (Fernández, 2007: 55). Por ende, no se sitúa como un superior jerárquico de los tribunales ordinarios. Cuestión distinta es que las decisiones del TCFA sean vinculantes para los demás tribunales y que sea un órgano ampliamente respetado entre los poderes públicos de Alemania (Alvarado, 2024: 46).

En su entramado de atribuciones destaca la de dirimir conflictos entre los poderes del Estado y las controversias entre los diferentes niveles de gobierno (D'Orlando, 2017: 263), pero sobre todo su facultad para realizar el control de compatibilidad de las normas vigentes con respecto a la Constitución federal. Este control de compatibilidad, a su vez, comprende los siguientes tipos (Weber, 2003: 504): a) control abstracto de todos los actos normativos, pre y posconstitucionales¹⁰; b) control concreto e incidental de las leyes formalmente proclamadas de la Federación y de los Länder, incluidas las leyes de reforma constitucional, regulado en el art. 100.1¹¹; c) proceso de calificación de normas que busca determinar la vigencia del derecho antiguo como derecho federal, que puede iniciarse como proceso abstracto (art. 86.1 de la ley del TCFA) o como incidente concreto en un litigio judicial (art. 86.2)¹²; d) proceso de verificación de normas, cuyo objeto es controlar y comprobar la subsistencia, naturaleza jurídica, extensión y eficacia de una regla general de derecho internacional como integrante del derecho alemán; e) recurso de amparo, que puede deducir toda persona que considere que un acto legislativo, administrativo o judicial haya lesionado un derecho constitucional; y f) recurso de amparo constitucional de los municipios. Todas estas vías tienen por objetivo examinar y

⁹ Art. 92 de la Ley Fundamental: «El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder».

¹⁰ El control abstracto es un proceso de impugnación directa, objetiva, al margen de un caso particular, mediante el cual el TCFA resuelve las diferencias de opinión o las dudas sobre la compatibilidad, formal o material, del derecho federal o de los Länder con la Constitución. Art. 93.1 y 2.

¹¹ De conformidad con el art. 100.1 de la Ley Fundamental, el control concreto de constitucionalidad es un proceso incidental en virtud del cual, en un procedimiento judicial, si el juez de instancia considera la eventual inconstitucionalidad de una ley que puede condicionar la validez de su decisión, este suspenderá el procedimiento y someterá la decisión de la validez de la norma al TCFA.

¹² Arts. 126 de la Ley Fundamental y 13.14 y 86 de la Ley del Tribunal Constitucional.

resolver la compatibilidad material o formal de una norma respecto de la Ley Fundamental. En principio, las decisiones tienen fuerza de ley, efectos *erga omnes* y *ex tunc*.

En lo que respecta a este trabajo, interesa especialmente el control de compatibilidad concreto que la práctica judicial y la jurisprudencia constitucional han limitado solo a las normas posconstitucionales y a las leyes anteriores a 1949 que el legislador federal ha «incluido en su voluntad, y, de tal modo, ratificado» (por referencia o por conexión objetiva). Los legitimados para incoar esta acción son todos los jueces ordinarios, incluso los tribunales constitucionales de los Länder.

Por último, la regulación del Tribunal Constitucional español (también TCE) se encuentra prevista en los arts. 159 a 165 de la Constitución española, bajo el título IX «Del Tribunal Constitucional», separadamente de las instancias integrantes del Poder Judicial (título VI). La CE establece las atribuciones del TCE en el art. 161, y versan sobre: a) recurso de inconstitucionalidad de las leyes; b) recurso de amparo por violación de derechos y libertades; c) conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o de estas entre sí; y d) así como de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas. El recurso de inconstitucionalidad es un control posterior abstracto, que pueden deducir el presidente del Gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados o cincuenta senadores y, si se trata de leyes del Estado que puedan afectar a la autonomía de las comunidades autónomas, también la asamblea legislativa y el consejo de gobierno de estas. Este control no es de interés para el presente estudio, por cuanto debe interponerse en un plazo no mayor a tres meses (ampliable) contados desde la fecha en que la ley ha sido publicada oficialmente, de modo que el derecho precedente a la nueva Constitución no podría cuestionarse por esta vía.

A los fines de este trabajo interesa el control previsto en el art. 163, que el TCE realiza a través de la cuestión de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley del Estado y de las comunidades autónomas¹³. La cuestión de inconstitucionalidad, como control concreto, solo puede ser promovida, de oficio o a instancia de parte, por jueces y tribunales, y han de hacerlo cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al proceso del que conocen y de cuya validez dependa la

¹³ Art. 163 de la Constitución Española: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

decisión pueda ser contraria a la Constitución. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad produce efectos generales.

Como se advierte, tanto en el caso italiano como en el alemán y el español se establece una jurisdicción constitucional concentrada, cuyo control posterior, concreto e incidental de normas con rango de ley convoca a los jueces ordinarios a participar en la depuración del ordenamiento jurídico, asunto que incide en las soluciones adoptadas por las cortes constitucionales respecto al derecho precedente y la nueva Constitución.

IV. ¿COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES O CONCURRENCIA CON LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA?

Expuesto el ámbito de las disposiciones derogatorias, los rasgos principales de los modelos de justicia constitucional italiano, alemán y español, corresponde analizar las soluciones que sus tribunales constitucionales delinearon para resolver las antinomias entre el derecho preconstitucional y las nuevas normas constitucionales. Además, cabe examinar la relación con los jueces que promueven el control incidental de constitucionalidad de aquellas.

A. CASO ITALIANO

El caso italiano se grafica a partir del examen de tres sentencias (de 1956, 1958 y 1959, confirmadas posteriormente) que han determinado el recorrido de la justicia constitucional, al menos en su primera década. El primer fallo de la Corte Constitucional, N.º 1 del 5 de junio de 1956, rechazó la doctrina de que la legislación preconstitucional es extraña a su jurisdicción, afirmando que todas las leyes están sujetas a su control, sin importar si se han promulgado antes o después de la Constitución; y refutó la distinción entre normas prescriptivas y normas programáticas, haciendo hincapié en que los dos tipos de normas pueden servir como criterio para el control de constitucionalidad (Von Bogdandy y Paris, 2019).

Acerca de la competencia para conocer sobre la constitucionalidad de las leyes pre y posconstitucionales, la Corte Constitucional aseveró:

- a) La asunción de que la nueva institución de la «ilegitimidad constitucional» se refiera solamente a las leyes posteriores a la Constitución y no también a las anteriores no puede ser acogida, por un lado, porque, desde un punto de vista literal, tanto el art. 134 de la Constitución como el art. 1 de la ley constitucional del 9 de febrero de 1948 número 1 hablan de cuestiones de legitimidad constitucional de las

leyes, sin hacer distinción alguna; y, por otro lado, porque, desde el punto de vista lógico, es innegable que la relación entre leyes ordinarias y normas constitucionales, así como el grado que a cada una de ellas respectivamente corresponde en la jerarquía de las fuentes, no cambia tanto si se trata de leyes ordinarias anteriores como si se trata de leyes posteriores a las constitucionales. Tanto en uno como en otro caso, la ley constitucional, por su naturaleza intrínseca en el sistema de Constitución rígida, debe prevalecer sobre la ley ordinaria.

- b) La derogación y la ilegitimidad constitucional de las leyes no son instituciones jurídicas idénticas, se mueven en planos diferentes, con efectos distintos y competencias diferentes. Además, el ámbito de la derogación es más reducido que el de la ilegitimidad constitucional, y los requisitos para la derogación por incompatibilidad son mucho más limitados que los exigidos para declarar la ilegitimidad de una ley. Por tanto, es necesario tener todo esto en cuenta para establecer si —y en qué casos— el conflicto con las normas de la Constitución para leyes anteriores que han sido derogadas puede constituir un problema de derogación por incompatibilidad que deba resolverse de acuerdo con los principios generales recogidos en el art. 15 de las disposiciones preliminares al Código Civil.

Como se aprecia, en su primera sentencia, la Corte Constitucional afirmó su competencia para juzgar la constitucionalidad de las leyes tanto posteriores como anteriores a la entrada en vigor de la Constitución. El sentido de esta decisión traslució el debate sobre la función y el papel del nuevo órgano de garantía jurisdiccional en el nuevo sistema político, así como las condiciones históricas dentro de las cuales la Corte inició su funcionamiento (Martín de la Vega, 2003: 346).

La decisión de 1956 ha sido confirmada consistentemente en las sentencias posteriores. Por ejemplo, en la Sentencia n.º 40, de 24 de junio de 1958, la Corte explicitó que la declaración de ilegitimidad inconstitucional de las leyes preconstitucionales es una de sus atribuciones exclusivas, coherentemente con el modelo de control concentrado:

El Pleno del Consejo de Estado, remitiendo la actual cuestión a esta Corte, ha advertido precisamente que las relativas a la compatibilidad de una disposición legislativa con una disposición constitucional son cuestiones de legitimidad constitucional, de competencia exclusiva de esta Corte, incluso si se refieren a disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la disposición constitucional con la que son incompatibles. En consecuencia, a pesar de que los jueces comunes han afirmado en ocasiones la derogación por la Constitución del segundo párrafo del art. 26 TU de 26 de junio de 1924, N.º 1054,

la Corte considera que es su facultad y deber pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de esta disposición.

En la Sentencia n.º 4, de 16 de enero de 1959, la Corte Constitucional se remitió a los precedentes de las sentencias n.ºs 1 y 40 antes citadas, reiterando la distinción entre derogación e ilegitimidad constitucional de una ley, siendo el campo de la primera más acotado que el de la segunda. A juicio de la Corte, ella es competente incluso para declarar la ilegitimidad constitucional cuando la ley esté derogada legislativamente, siempre que siga siendo eficaz y aplicable. En el mismo sentido, la Sentencia n.º 12, de 15 de marzo de 1960¹⁴.

Lo revisado permite concluir que, desde sus primeras sentencias y de manera sostenida, la Corte Constitucional ha afirmado su competencia exclusiva para juzgar la legitimidad de las leyes anteriores y posteriores a la nueva Constitución en atención a que el art. 137 no distingue entre unas y otras. Las decisiones las adoptó en virtud del principio de jerarquía superior de la Constitución republicana respecto de las leyes, cualquiera que sea la oportunidad de su entrada en vigencia; y, si bien distinguió entre derogación e ilegitimidad constitucional, afirmó que la derogación del precepto preconstitucional se funda en su inconstitucionalidad, es decir, la inconstitucionalidad subsume a la derogación.

Cabe señalar que, progresivamente, la Corte Constitucional ha ido revalorizando el rol de los jueces ordinarios cuando deciden promover —en vía incidental— la cuestión de inconstitucionalidad. En consecuencia, y como expresa Rodríguez-Zapata, existe un cierto control difuso ejercido por los jueces ordinarios, en cuanto que solo llegan a la Corte Constitucional aquellas cuestiones en las que los jueces estimen que hay una duda acerca de su inconstitucionalidad (Rodríguez Zapata, 1980: 77), requiriéndose a los jueces un rol de «filtro» de las cuestiones planteadas por las partes (Calamandrei, 1956).

B. CASO ALEMÁN

El caso alemán se ilustra sobre la base del análisis de tres sentencias fundamentales (1953, 1960 y 1972). La primera decisión data del 24 de febrero de 1953, corresponde a un control concreto incoado por el Tribunal Local de Tuttlingen, que suspendió el proceso penal y, en virtud del art. 100

¹⁴ En esta sentencia la Corte Constitucional afirmó que la derogación no excluye la declaración de inconstitucionalidad: «Tampoco parece fiable la conclusión del abogado sobre el artículo 2 de la ley impugnada, que se supone ya no está en vigor, considerando que el Tribunal confirma en este punto el principio afirmado en varias sentencias, es decir, que la posible derogación de una ley no excluye la sentencia sobre la cuestión de la legitimidad constitucional de la ley misma cuando es propuesta ritualmente».

de la Ley Fundamental, solicitó la revisión y decisión al TCFA, al estimar inconstitucionales las normas de una ordenanza legal de ese distrito.

En esta sentencia, el TCFA afirmó que, de conformidad con el art. 100.1 de la Ley Fundamental, no está obligado a revisar las leyes promulgadas antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental para comprobar su compatibilidad con aquella. Razona que ni la Ley Fundamental ni la Ley del Tribunal Constitucional Federal regulan explícitamente la cuestión de si solo el TCFA puede declarar incompatible la ley preconstitucional con la Ley Fundamental (monopolio negativo de la adopción de decisiones). Expresa que, del sentido y finalidad del art. 100.1 de la Ley Fundamental, se desprende que la facultad de los tribunales de no aplicar normas por inconstitucionales (facultad de rechazo) debe mantenerse en la medida en que se refiere al derecho preconstitucional. Esta interpretación del art. 100.1 de la Ley Fundamental está confirmada —a juicio del TCFA— por la historia del derecho de revisión judicial durante la Constitución de Weimar y por la historia legislativa de las disposiciones sobre revisión judicial de la Ley Fundamental (arts. 93, 100, 123 a 126 de la Ley Fundamental).

En esta decisión, el TCFA aludió como precedente su Sentencia de 20 de marzo de 1952 (BVerfGE 1, 184), en la que sentó principios para la interpretación del mencionado art. 100.1. Señaló que, por un lado, «la tarea del Tribunal Constitucional Federal es impedir que cada tribunal individual haga caso omiso de la voluntad de la legislatura federal o estatal al no aplicar las leyes aprobadas por ellos porque, en opinión del tribunal, violan la Ley Fundamental o la jerarquía federal de la ley federal y estatal». Por otra parte, «en el examen de las normas previstas en el art. 100 de la Ley Fundamental, la tarea del Tribunal Constitucional Federal de ser el guardián de la Constitución» presupone que «los tribunales examinen de forma independiente las disposiciones jurídicas que puedan considerarse para su decisión con la Ley Fundamental y las disposiciones de la legislación de los Länder para determinar su compatibilidad con el derecho federal y afirmen la compatibilidad en su propia jurisdicción». Como se desprende, estos principios llevan necesariamente a la conclusión de que cada tribunal debe examinar independientemente la cuestión de derecho y decidir si las leyes promulgadas antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental son o no compatibles con ella.

Además, el TCFA en esta sentencia de 1952 agregó:

- a) La decisión sobre la compatibilidad de la ley preconstitucional con la Ley Fundamental no afecta a la autoridad del legislador¹⁵.

¹⁵ La sentencia abunda y explica: «Si un tribunal considera que una ley preconstitucional es “inconstitucional” porque es incompatible con la Ley Fundamental y, por lo tanto,

- b) La cuestión de si los tribunales son competentes para examinar la compatibilidad de la ley anterior con la Ley Fundamental es, por lo tanto, un problema de conflicto entre la ley anterior y la más reciente¹⁶.
- c) La Ley Fundamental no estipula que la decisión sobre la compatibilidad de la legislación federal o de los Länder con la Ley Fundamental corresponda en ningún caso al Tribunal Constitucional Federal. Por el contrario, todos los tribunales tienen el derecho y la obligación de examinar la constitucionalidad de las leyes y, por lo tanto, de interpretar la Ley Fundamental, y cada tribunal puede decidir en su propia jurisdicción que las leyes son compatibles con la Ley Fundamental, independientemente de que se hayan promulgado antes o después de su entrada en vigor.
- d) En virtud del art. 100.1 de la Ley Fundamental, el monopolio del TCFA es más bien un monopolio de sentencia declarativa en los casos en que se supone que el legislador ha violado la Ley Fundamental mediante su acto legislativo.
- e) Es cierto que el reconocimiento de la facultad de los tribunales de rechazar la ley anterior durante un determinado período transitorio crea el riesgo de fragmentación jurídica o, al menos, de inseguridad jurídica. Sin embargo, disminuirá en la medida en que la jurisprudencia aclare las dudas constitucionales. A este respecto, estima, reviste especial importancia el control abstracto de constitucionalidad.

La segunda sentencia corresponde al control concreto de 17 de mayo de 1960. En ella se abordan las normas preconstitucionales que son «confirmadas» por el legislador y, por ende, serían de competencia del TCFA en virtud de art. 100.1 de la Ley Fundamental. La acción se dedujo por un

no la tiene en cuenta, no anula la intención original del legislador. Ello se debe a que el examen de la compatibilidad de una ley con una constitución promulgada posteriormente presupone precisamente la validez jurídica original de la disposición que se va a examinar; solo si se considera válido el acto legislativo del legislador anterior puede plantearse la cuestión de la compatibilidad con la Ley Fundamental promulgada posteriormente. Si se responde negativamente, no disminuye la autoridad del legislador anterior, sino que se limita a afirmar objetivamente que la intención legislativa posterior prevalece sobre la voluntad legislativa anterior que se desvía».

¹⁶ La sentencia desarrolla: «El hecho de que la primera se manifieste al mismo tiempo en una norma superior es irrelevante para responder a la pregunta de si la ley anterior concuerda con la segunda. A este respecto, la cuestión de si los tribunales son competentes para examinar la compatibilidad de la ley anterior con la Ley Fundamental es, por lo tanto, un problema de conflicto entre la ley anterior y la más reciente».

tribunal de instancia del distrito de Hamm, que planteó la duda sobre la constitucionalidad de una disposición legal tributaria que se evaluó formalmente posconstitucional.

El TCFA citó un precedente y razonó que, según su jurisprudencia, las disposiciones promulgadas antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, el 24 de mayo de 1949, no están sujetas, en principio, a control en virtud del art. 100.1 de la Ley Fundamental. Sin embargo, de acuerdo con su decisión de 17 de enero de 1957, se aplica una excepción a este principio y son las normas preconstitucionales que el legislador «incorporó a su voluntad» después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental. En tal sentido, una norma preconstitucional se incluye en la voluntad del legislador posconstitucional si la intención de confirmación puede inferirse objetivamente del contenido de la propia ley o, en el caso de las modificaciones de la ley, también de la estrecha relación fáctica entre las disposiciones no modificadas y las modificadas.

La tercera sentencia data del 26 de enero de 1972 y en ella se plantea la constitucionalidad del art. 1300 del Código Civil (BGB), en razón de que el tribunal del distrito de Kaiserslautern considera que aquella disposición es incompatible con el principio de igualdad ante la ley del art. 3.2 de la Ley Fundamental. Así, suspende el procedimiento y solicita la decisión al TCFA en control concreto. El órgano de justicia constitucional alemán afirmó que, de conformidad con su jurisprudencia reiterada, las leyes promulgadas antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental no están sujetas a la competencia exclusiva de decisión del Tribunal Constitucional Federal en virtud del art. 100.1 de la Ley Fundamental. La situación solo es diferente si el poder legislativo ha «incorporado a su voluntad» una disposición preconstitucional en caso de que se introduzca una enmienda legislativa después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental. Esto presupone que la intención de confirmar la disposición puede inferirse objetivamente del contenido de la propia ley posconstitucional o de la estrecha conexión fáctica entre las disposiciones no modificadas y las modificadas. En cambio, no puede presumirse una confirmación si el legislador, vinculado por la Ley Fundamental, se limita a aceptar como tal una disposición preconstitucional y se abstiene de derogarla o modificarla sustancialmente por el momento, sin pretender confirmar su validez.

Lo revisado permite concluir que, desde sus primeras sentencias y de manera sostenida, el TCFA ha razonado: a) que es su tarea evitar que cada Tribunal se sitúe por encima del legislador ordinario negando la aplicación de las leyes (Aragón, 1981: 190); b) ni la Constitución ni la Ley del Tribunal Constitucional niegan la competencia de los tribunales ordinarios para apreciar la constitucionalidad de la ley, más bien parten ambas del principio

contrario en cuanto que les atribuyen la facultad de plantear ante el Tribunal Constitucional el incidente de inconstitucionalidad (Aragón, 1981: 190); c) la decisión de los jueces sobre si las leyes promulgadas antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental son o no compatibles con ella deja intacta la autoridad del poder legislativo (Hesse, 2005: 148) toda vez que el examen de dicha compatibilidad presupone la vigencia anterior a la Constitución de la ley; d) a propósito del control concreto, el TCFA carece de monopolio para interpretar la constitucionalidad de las leyes anteriores a la nueva Constitución en atención a lo dispuesto en el art. 100.1; su monopolio es para declarar la invalidez de las normas posteriores; y e) los tribunales son competentes para examinar la compatibilidad de la ley anterior con la Ley Fundamental por aplicación del criterio cronológico.

Además, cabe apuntar dos asuntos: a) en los argumentos que sigue el TCFA en estas sentencias no hay referencia a la disposición derogatoria del art. 123, sino principalmente al control concreto previsto en el art. 100.1; y b) en el control abstracto de constitucionalidad, el TCFA tiene competencia para resolver sobre la constitucionalidad de los preceptos legales pre y posconstitucionales principalmente por la inexistencia de concurrencia de la función atribuida a la jurisdicción constitucional con la inherente al poder judicial ordinario (Parejo, 1981: 209).

C. CASO ESPAÑOL

Por último, corresponde analizar un par de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional Español (ambas de 1981), cuya línea jurisprudencial inaugurada en 1981 es sostenida. En ambas sentencias se advierte, como explica Requejo Pagés, que una de las primeras preocupaciones del TCE fue poner de manifiesto que el principio de continuidad con el orden precedente debía ser la norma y no la excepción. A juicio del autor, la continuidad se revela como el principio articulador, por excelencia, del orden constitucional vigente con los que lo han precedido en el tiempo. Con una sola excepción: la II República. (Requejo, 1998: 128-129).

La primera, STC régimen local 4/1981, de 2 de febrero de 1981, trató de un recurso de inconstitucionalidad en el que el TCE confirmó su competencia para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida con motivo de la inadmisibilidad planteada. Sentenció en el apartado Fundamentos Jurídicos:

- a) La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste en que la Constitución es una ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez,

de las que se opongan a la Constitución; y a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.

- b) La pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la disposición derogatoria de la Constitución. La lectura de esta disposición evidencia que las leyes anteriores que se opongan a lo dispuesto en la Constitución quedan derogadas.
- c) De acuerdo con los preceptos expuestos (161.a y 163) no puede negarse que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de su ley orgánica) y competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la disposición derogatoria. La derogación es un efecto de la inconstitucionalidad sobrevenida.
- d) Frente a las leyes posconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad —es decir, el que actúe previamente un juez o tribunal al que se le suscite la duda— no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, solo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los jueces y tribunales integrados en el Poder Judicial.
- e) La declaración de inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— efectuada por el Tribunal Constitucional tiene plenos efectos frente a todos, si bien, salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad. Todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el art. 164 de la Constitución, en conexión con su disposición derogatoria.

La segunda sentencia, STC huelga 11/1981, de 8 de abril de 1981, matiza la anterior y señala:

- a) No existe una auténtica, contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad.

- b) La inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad.
- c) La derogación del derecho positivo anterior es una cuestión que pueden resolver por sí solos los jueces ordinarios. Mas es claro también que pueden someterla al Tribunal Constitucional, quien deberá resolverla, porque no deja de ser, bajo uno u otro prisma, una cuestión de inconstitucionalidad.
- d) La diferencia que existe entre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y el que puedan adoptar sobre los temas de derogación los jueces ordinarios consiste obviamente en que, una vez que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el tema, todos los poderes del Estado deben acatamiento a su decisión, mientras que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales surten solamente sus efectos en el caso concreto y entre las partes implicadas en tal caso concreto. Esta es la jurisprudencia que ha prevalecido¹⁷.

Es decir, el TCE razona:

- a) En el caso de las leyes preconstitucionales en conflicto con la nueva Constitución concurren dos situaciones: la inconstitucionalidad sobrevenida (por aplicación del criterio jerárquico) y la derogación tácita (por aplicación del criterio temporal). Ello no sucede con las leyes posconstitucionales, que únicamente pueden ser inconstitucionales (Parejo, 1981: 202).
- b) De conformidad con los arts. 161.1 a) y 163 de la Constitución, en virtud del criterio jerárquico, el TCE tiene competencia para enjuiciar la conformidad o disconformidad (en sentido formal) al texto constitucional, tanto por vía directa como incidental, de las leyes preconstitucionales y posconstitucionales. Aquí se diferencia de la jurisprudencia del TCFA, que estima que, a propósito del control incidental (100.1), solo resuelve la constitucionalidad de las leyes posconstitucionales.
- c) El juicio que corresponde realizar al TCE sobre los preceptos preconstitucionales es de constitucionalidad, que determina un pronunciamiento de inconstitucionalidad sobrevenida con efectos generales y, por ello y

¹⁷ Así, por ejemplo: Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 1; Sentencia del Tribunal Constitucional 117/1984, de 5 de diciembre, FJ 4; Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1994, de 14 de abril, FJ 2, 17; y Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1995, de 9 de junio, FJ 2.

en aplicación de la disposición derogatoria, de derogación. Como señala Parejo, importa precisar que aquí la derogación es una consecuencia de la inconstitucionalidad sobrevenida, no el objeto principal del fallo de la jurisdicción constitucional (Parejo, 1981: 202).

- d) Los jueces están facultados para declarar la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales y, en su caso, no aplicarlos. Esta competencia no implica un control de constitucionalidad o enjuiciamiento del legislador, sino una aplicación directa de la Constitución. También los jueces, en caso de duda sobre la constitucionalidad del precepto preconstitucional, pueden plantear la cuestión al Tribunal Constitucional (art. 163 de la CE).

V. A MODO DE CONCLUSIONES

De conformidad con los casos estudiados, cuando se dictan nuevas cartas fundamentales, la principal función de las disposiciones derogatorias del tipo innominado es complementar los principios de vigencia indefinida de las leyes, de permanencia de las leyes y de preeminencia de las leyes posteriores, y confirmar la recepción del derecho precedente.

En general, las disposiciones derogatorias constitucionales no establecen la autoridad encargada de depurar el ordenamiento jurídico previo, el criterio para resolver este tipo de antinomias y sus efectos. El caso alemán es una excepción, toda vez que el art. 123 de la Ley Fundamental, vinculado con el art. 126, sindicó al Tribunal Constitucional Federal Alemán como el órgano encargado de resolver la controversia de la vigencia del derecho viejo como derecho federal. Con todo, a pesar de esta explicitación constitucional, el TCFA resolvió que el control concreto de las normas preconstitucionales le corresponde a los tribunales de justicia, instaurando así un control difuso del derecho precedente. Por otro lado, al TCFA le corresponde el monopolio del control concreto de constitucionalidad de las leyes posconstitucionales y del control abstracto de las leyes pre y posconstitucionales.

En los casos en que la disposición derogatoria no señala la autoridad competente para depurar el ordenamiento jurídico previo, el criterio para resolver este tipo de antinomias y sus efectos, o derechamente en ausencia de disposición derogatoria, son las cortes constitucionales —en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, como aquellos que en este texto se han examinado— las que interpretan sus competencias y la de los jueces ordinarios (control posterior e incidental de constitucionalidad) para determinar la constitucionalidad del derecho precedente. A pesar de que los

sistemas de justicia constitucional de los casos analizados (Italia, Alemania y España) comparten rasgos comunes, arribaron a distintas soluciones.

En el caso italiano, en ausencia de disposición derogatoria constitucional, la Corte Constitucional interpretó su competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos preconstitucionales y la inconstitucionalidad de los posconstitucionales, por aplicación del criterio jerárquico, con efectos generales.

En el caso español, el Tribunal Constitucional llegó a una solución mixta y reconoció, basándose en el criterio cronológico y en la referida tercera disposición derogatoria, la competencia de los jueces ordinarios para declarar la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales. Asimismo, reconoció que el TCE es competente para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida, en cuyo caso, y por mandato de la tercera disposición derogatoria, la derogación es un efecto de la inconstitucionalidad.

En síntesis, lo que los casos anteriores muestran —de cara a experiencias futuras— es que, para contar con certezas sobre la(s) autoridad(es) competente(s) para depurar el ordenamiento jurídico previo cuando se dicta una nueva Constitución, sería más oportuno elaborar e implementar normas cuya funcionalidad sea distinta a la de las disposiciones derogatorias constitucionales. Esto es, una norma o grupo de normas que establezcan el criterio para resolver las antinomias que puedan suscitarse entre las normas legales previas y las nuevas normas constitucionales; pero, fundamentalmente, el órgano con atribuciones para resolverlas.

Con todo, si la nueva Constitución normativa de aplicación directa no prevé una disposición derogatoria, quedaría la opción de que su entrada en vigencia derogara tácitamente las normas anteriores contrarias a ella, por aplicación del principio de *lex posterior*. Sin embargo, la inclusión de cláusulas expresas tendría ventajas en términos de seguridad jurídica tanto en los efectos de la nueva Constitución como en el órgano encargado del proceso de depuración del sistema previgente.

Bibliografía

- Agüero-San Juan, S. (2020). Existencia y eliminación de una constitución: notas para entender la vigencia y derogación constitucional. En F. Muñoz y V. Ponce de León (coords.). *Conceptos para una nueva Constitución* (pp. 55-78). Santiago de Chile: Der.
- Aguiló, J. (1994). La derogación en pocas palabras. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 11, 407-418.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Alvarado, M. (2024). *El diseño del control de constitucionalidad de normas preconstitucionales en el Derecho Público Alemán* [tesis de licenciatura]. Universidad Alberto Hurtado.
- Aragón, M. (1981). La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 185-205.
- Barsotti, V., Carozza, P., Cartabia, M. y Simoncini, A. (2016). *Italian Constitutional Justice in Global Context*. Oxford: Oxford University Press.
- Borrajó, I. (2018). Comentario al apartado tercero. La derogación constitucional. En M. Rodríguez-Piñero y M. Casas Baamonde (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario* (pp. 2002-2017). Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Calamandrei, P. (1956). Corte costituzionale e autorità giudiziaria. *Rivista di Diritto Processuale*, 11 (1), 7-55.
- Calamandrei, P. (2013). *La Constitución inactuada*. Madrid: Tecnos.
- D'Orlando, E. y Nicotra, I. (2017). La justicia constitucional en Alemania. En L. Mezzetti y E. Velandía (coords.). *Justicia Constitucional. Sistemas y modelos comparados* (pp. 253-302). Bogotá: Nueva Jurídica.
- D'Amico, M. (2019). La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana. En M. D'Amico y S. de Francesco (eds.). *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto* (pp. 219-245). Milano: IDN.
- Díez-Picazo, L. M. (1990). *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.
- Fernández, J. J. (2007). *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos.
- Guastini, R. (2001). Cinco observaciones sobre validez y derogación. *Discusiones*, 2, 59-63. Disponible en: <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2001.2392>.
- Guastini, R. (2017). *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Legales Ediciones.
- Henríquez, M. (2018). El contenido del derecho de propiedad. ¿Derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevinida de los artículos 15 y 16 del decreto ley N.º 2.695? En M. Henríquez y E. Rajevic (coords.). *Derecho de propiedad. Enfoques de Derecho Público* (pp. 31-48). Santiago de Chile: Ediciones Der.
- Hesse, K. (2005). El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9, 141-151.
- Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781781002704.00020>.
- Iturralde, V. (2002). Derogación innominada, acto de habla y condiciones de satisfacción. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19, 357-375.
- Malfatti, E., Panizza, S. y Romboli, R. (2021). *Giustizia costituzionale*. Turín: Giappichelli.
- Martín de la Vega, A. (2003). *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Nicotra, I. (2017). La justicia constitucional en Italia. En L. Mezzetti y E. Velandia (coords.). *Justicia Constitucional. Sistemas y modelos comparados* (pp. 211-251). Bogotá: Nueva Jurídica.
- Parejo, A. (1981). La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. *Revista de Administración Pública*, 94, 201-223.
- Pegoraro, L. (2016). *Derecho Constitucional Comparado. La Ciencia y el método*. Buenos Aires: Astrea.
- Pizzorusso, A. (1999). La justicia constitucional en Italia. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, 4, 151-177. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.4.1999.6485>.
- Ragone, S. y Smorto, G. (2023). *Comparative Law: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Requejo, J. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez-Zapata, J. (1980). La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia? *Revista del Departamento de Derecho Político*, 7, 57-79. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.7.1980.8034>.
- Rojas, J. (2019). Relaciones entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional en la aplicación de la Constitución: un caso de ley preconstitucional (Análisis de la sentencia dictada por la Corte Suprema, Rol N° 35236-2016). *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 26, 0. Disponible en: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0011>.
- Ruggeri, A. y Spadaro, A. (2022). *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Turín: Giapichelli.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1-34. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/840784>.
- Varela, S. y Satrústegui, M. (1979). Constitución nueva y leyes viejas. *Revista del Departamento de Derecho Político*, 4, 59-77. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.4.1979.7982>.
- Von Bogdandy, A. y Paris, D. (2019). La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán. *Revista Derecho del Estado*, 43, 5-24. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.02>.
- Weber, A. (2003). La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 495-592.