

El Tribunal Constitucional español como legislador positivo

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO*

Sumilla

- I. Introducción: de la visión kelseniana del Tribunal Constitucional como mero «legislador negativo» a la progresiva asunción por estos órganos de un auténtico poder normativo
- II. El rol creativo del Tribunal Constitucional español a la vista de sus funciones más características:
 1. Preservación del principio de constitucionalidad y depuración del ordenamiento jurídico:
 - A) El binomio inconstitucionalidad/nulidad. Su regulación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)
 - B) Las modulaciones interpretativas del binomio, al margen de las previsiones legales, por parte del Tribunal Constitucional
 - C) Los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad. Su regulación en la LOTIC
 - D) La interpretación moduladora del texto legal, en lo que a los efectos temporales se refiere, por parte del Tribunal Constitucional
 2. Interpretación vinculante de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico «en conformidad con la misma»:
 - A) La vinculatoriedad de los poderes públicos respecto de las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad. Su régimen jurídico en la LOTIC
 - B) Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Su actuación como legislador positivo:
 - a) Sentencias interpretativas
 - b) El abuso y pervisión del principio de interpretación conforme: la STC 101/2008, de 24 de julio
 - c) Sentencias manipulativas
- III. Reflexión final

Bibliografía

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

I. Introducción: de la visión kelseniana del Tribunal Constitucional como mero «legislador negativo» a la progresiva asunción por estos órganos de un auténtico poder normativo

Universalmente conocida es la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como legislador negativo, e innecesario es decir que la aparición del primer Tribunal Constitucional propiamente dicho, el *Verfassungsgerichtshof (VfGH)* austriaco, se halla íntimamente conectada al pensamiento de Kelsen; no en vano fue el propio Kelsen el auténtico mentor de la Constitución Federal de 1º de octubre de 1920 y del propio *VfGH* que la misma creaba.

Al delinear su teoría de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que presupone que el *VfGH* se limite a confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción por medio de meras operaciones lógico-silogísticas, Kelsen estaba rechazando el subjetivismo radical implícito en algunas de las teorías jurídicas de la época, como sería el caso de la Escuela libre del Derecho (*Freirechtbewegung*) y de la comunidad del pueblo (*Volksgemeinschaft*) y reivindicando la búsqueda de la objetividad y de la racionalidad perdidas en amplios sectores jurídicos y judiciales de la Alemania de Weimar.

A su vez, al sustraer a los órganos jurisdiccionales el control de constitucionalidad de las leyes y normas generales, el gran jurista vienés pretendía evitar el riesgo de un «gobierno de los jueces», peligro sentido por amplios sectores de la doctrina europea de la época, como revela bien a las claras la clásica obra de Lambert,¹ en cuanto que tal dirección se conectaba con posiciones mayoritariamente conservadoras cuando no, lisa y llanamente, antidemocráticas. La radical posición de la *Supreme Court* en el primer tercio del siglo XX, frontalmente opuesta a la legislación social, de lo que constituye prueba fehaciente su decidida oposición a la legislación del *New Deal* rooseveltiano, que no quebrará hasta el triunfo de la llamada «Revolución constitucional», que, convencionalmente, suele fecharse el 29 de marzo de 1937, día en el que, a través de una *5/4 opinion*, la Corte decidía el célebre caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

Esta peculiar concepción del *negativ Gesetzgeber* entronca a la perfección con el pensamiento kelseniano. Kelsen entiende que la anulación de una ley (consecuencia que se anuda a su inconstitucionalidad) no puede consistir en su mera desaparición

¹ LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*. Paris: Giard, 1921. Existe una versión italiana relativamente reciente, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi), a cura di Roberto D'Orazio. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

en el caso concreto, como acontece en la *judicial review of legislation* norteamericana, por cuanto, como razonará el gran jurista vienés, «*annuler une loi c'est poser une norme générale*»,² ya que la anulación tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración. «*Denn die Aufhebung eines Gesetzes* —escribe Kelsen en uno de sus trabajos más emblemáticos—³ *hat den gleichen generellen Charakter wie die Erlassung eines Gesetzes. Aufhebung ist ja nur Erlassung mit einem negativen Vorzeichen gleichsam*» (Porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley. La anulación es, en efecto, solo una promulgación con un signo en cierto modo negativo). Ello estará convirtiendo al Tribunal Constitucional en un órgano del poder legislativo, en un «legislador negativo». «*Aufhebung von Gesetzen* —razona de nuevo Kelsen—⁴ *ist somit selbst Gesetzgebungsfunktion und ein gesetzaufhebendes Gericht: selbst Organ der gesetzgebenden Gewalt*» (La anulación de las leyes es por lo tanto la misma función legislativa, y un Tribunal que anula la ley, un propio órgano del poder legislativo). Este órgano, y es importante recordarlo, en el pensamiento kelseniano, está llamado a colaborar, por decirlo quizá impropiamente, con el poder legislativo, al venir a reafirmar tal Tribunal el principio de sujeción de los jueces a la ley sin fisura alguna, lo que, ciertamente, supone un refuerzo del órgano parlamentario frente al poder judicial. Por lo demás, conviene no olvidar que de esta caracterización del Tribunal Constitucional como «legislador negativo» (*negativ Gesetzgeber*) derivarán las más acusadas diferencias entre los tradicionalmente considerados como dos grandes (y contrapuestos) sistemas de la justicia constitucional: el americano o difuso (*judicial review of legislation*) y el europeo-kelseniano o concentrado (*Verfassungsgerichtsbarkeit*).

Tras la Segunda Guerra mundial el sistema constitucional americano vendrá a asumir una posición verdaderamente central en los ordenamientos europeos, lo que, desde luego, no dejará de incidir sobre sus respectivos sistemas de justicia constitucional, pudiéndose de este modo sostener que el modelo concentrado de estirpe kelseniana no entrañará, allí donde se siga, más que modificaciones estructurales respecto del modelo americano, como por lo demás admiten amplios sectores de la doctrina.⁵

² KELSEN, Hans. «La garantie juridictionnelle de la Constitution» (La Justice constitutionnelle). En *Revue du Droit Public*, tome quarante-cinquième, 1928, pp. 197 y ss.; en concreto, p. 200.

³ KELSEN, Hans. «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit». *Veröffentlichen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 5. Heft, 1929, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 54.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Entre otros PIZZORUSSO, Alessandro. «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi». *Quaderni Costituzionali*, Anno II, n° 3, Dicembre 1982, pp. 521 y ss.; en concreto, p. 527.

Esta centralidad del sistema americano no es casual, sino que responde a unas concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia fuera el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial periodo histórico, lo que explicará que los constituyentes de ambos países opten por una concepción de la Constitución muy próxima a la norteamericana, una percepción que la concibe, como la visionara Corwin en un clásico trabajo,⁶ como *the higher Law*, como la Ley superior, como un complejo normativo de igual naturaleza que la ley, pero con una eficacia capaz de desencadenar la invalidez de las normas contrarias a las constitucionales. Y ello tanto por su legitimidad de origen popular (Corwin hablará de «*an entirely new sort of validity, the validity of a statute emanating of the sovereign people*») como por su propio contenido (Corwin se refería a cómo en un primer momento la supremacía constitucional tenía que ver con el contenido de la Constitución, al entenderse que había «*certain principles of right and justice which are entitled to prevail of their own intrinsic excellence*»). La supremacía constitucional se hallaba, pues, lejos de obedecer a razones puramente formales.

Ciertamente, el originario modelo difuso norteamericano no será recepcionado. Más aún, pareció optarse por el modelo austriaco-kelseniano. No podía ser de otra manera en cuanto que el sistema americano, lleno de convenciones, prácticas y sobrentendidos, era producto vivo de una historia perfectamente singular y propia.⁷ Pero la opción europea se circunscribirá, en lo esencial, a la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. García de Enterría ha sido rotundo al respecto, al sostener⁸ que no se acoge el modelo kelseniano del «legislador negativo», sino el americano de jurisdicción. No dejará de ser significativo que en la *Bonner Grundgesetz* el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) encabece la lista de los órganos integrantes del Poder Judicial (*die rechtsprechende Gewalt*) en la norma de apertura (Art. 92) del capítulo noveno.

La estructura por la que finalmente se opta, una jurisdicción concentrada, no dejará de tener consecuencias procesales importantes, como será el caso del diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una ley, que si bien son el trasunto de la

⁶ CORWIN, Edward S. «The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law». *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XLII, N° 2, December 1928, pp. 149 y ss. y 365 y ss. Publicado asimismo con el mismo título por Great Seal Books (A Division of Cornell University Press), fifth printing. New York: Ithaca, 1963.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981, pp. 133-134.

⁸ *Ibidem*.

concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como «legislador negativo», lo cierto es que su razón de ser aparecerá como algo bien diferente, y así los efectos *erga omnes* vendrán exigidos no por la consideración del Tribunal Constitucional como un legislador, sino por la necesidad de articular el monopolio de rechazo que tiene el Tribunal y su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

Cuanto acaba de señalarse no debe hacernos olvidar que la concepción kelseniana del *negativ Gesetzgeber* ha operado como una auténtica «idea-fuerza» que ha impregnado durante mucho tiempo la visión que de los Tribunales Constitucionales se ha tenido. Pese a su relativización cada día más acentuada, los rescoldos de tal visión aún siguen ejerciendo una cierta acción calorífica.

En la progresiva difuminación de la visión del juez constitucional como «legislador negativo» ha tenido mucho que ver la recepción jurisprudencial por los Tribunales constitucionales del principio de impronta norteamericana de interpretación conforme con la Constitución (*Interpretation in harmony with the Constitution*), prontamente recepcionado por el *BVerfG* (*Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*), pauta hermenéutica que hunde sus raíces en el principio de unidad del ordenamiento jurídico (*Einheit der Rechtsordnung*), pues, como señalara Hesse,⁹ en función de esta unidad las leyes emanadas bajo la vigencia de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) deben ser interpretadas en consonancia con la propia *Grundgesetz*. O como desde otra óptica aduce Haak,¹⁰ la interpretación conforme a la Constitución de la ley afecta a la incontrovertibilidad del ordenamiento jurídico (*widerspruchsllosigkeit der Rechtsordnung*). En cuanto la Constitución es visualizada como «contexto superior» (*vorrangiger Kontext*) de las demás normas jurídicas, las leyes y restantes disposiciones infralegales han de ser interpretadas forzosamente en consonancia o conformidad con la Constitución.

Por lo demás, conviene tener en cuenta que este criterio hermenéutico se vincula íntimamente al principio de conservación de la norma, con el que se trata de compatibilizar la primacía de la Constitución y la salvaguarda, allí hasta donde sea posible, de la voluntad del legislador, finalidad que aún se hace más necesaria si se tiene presente el principio de presunción de constitucionalidad de las normas jurídicas, que adquiere su máxima fortaleza cuando de una norma legal se trata, y que, entre otras consecuencias, se traduce en la inexcusabilidad de optar, entre las varias interpretaciones posibles de una norma, por aquella que posibilita

⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 54-55.

¹⁰ HAAK, Volker. *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, p. 304.

el mantenimiento de la norma en el ordenamiento al entenderla de un modo compatible con la Constitución. En fin, piénsese en que el principio de conservación de la norma coadyuva positivamente al mantenimiento del principio de seguridad jurídica en cuanto evita vacíos jurídicos a los que, como regla, siempre se anuda una cierta inseguridad.

Este *horror vacui* del juez constitucional ha pesado notablemente en el intento de compaginar la provocación de una suerte de *big bang* de los valores constitucionales, facilitando su penetración en todas las ramas del ordenamiento jurídico, con el soslayamiento de la creación simultánea de agujeros negros en el propio ordenamiento.¹¹ Y ello, inapelablemente, ha conducido a las sentencias interpretativas. No ha de extrañar por ello mismo que Crisafulli haya subrayado¹² su origen más pragmático que teórico, al significar que este tipo de sentencias «sono nate da un'esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche», e innecesario es añadir que esa exigencia práctica es justamente la de evitar vacíos (*vuoti*) en el ordenamiento.

Añadamos que estas sentencias interpretativas, por la proximidad de su eficacia a la regla del precedente jurisprudencial vinculante (principio de *stare decisis*) propia del modelo norteamericano y, más ampliamente, de los sistemas jurídicos de *common law*, no solo ha venido a suponer un importante elemento de convergencia entre los dos tradicionales modelos de justicia constitucional, sino, en lo que ahora interesa, ha otorgado un auténtico rol normativo a los Tribunales Constitucionales, que les aleja de la visión que de ellos tenía Kelsen como «legisladores negativos». No es esta, por supuesto, la única razón de esta transmutación, como vamos a tener ocasión de analizar al referirnos al caso español, pero sí, desde luego, creemos que es el argumento más relevante.

II. El rol creativo del Tribunal Constitucional español a la vista de algunas de sus funciones más características

La función primigenia del juez constitucional es la preservación del principio de supremacía constitucional, con la subsecuente expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas disposiciones contradictorias con la Constitución. Es perfectamente legítimo pensar que nos hallamos ante la manifestación paradigmática de la figura

¹¹ DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*. Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 74.

¹² CRISAFULLI, Vezio. «La Corte Costituzionale ha vent'anni». *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXI, 1976, fasc. 10, pp. 1694 y ss.; en concreto, p. 1703.

del «legislador negativo», que al expulsar del ordenamiento una norma, que interpreta en contradicción con la Constitución, priva a la misma de toda eficacia jurídica. Durante bastante tiempo, en la justicia constitucional europea se vino operando con unas categorías dogmáticas perfectamente entrelazadas que no admitían matices. Así, la inconstitucionalidad supone la nulidad, y esta nulidad de origen (*void ab initio*) propicia una sentencia declarativa —«*di mero accertamento*», como se dice en Italia—¹³ a la que se anudan unos efectos *ex tunc*. Declarada la inconstitucionalidad del acto legislativo, su efecto consiste en la definitiva y total eliminación del ordenamiento, no *ex nunc* sino *ex tunc*, de todo efecto de la norma declarada inconstitucional.

Han debido pasar bastantes años y, sobre todo, constatar cómo los Tribunales Constitucionales (y el español no ha sido una excepción) han «puenteado» en numerosas ocasiones las previsiones legales, dando a sus sentencias unos efectos en ocasiones inéditos en los textos legales que los regulan, para que la doctrina científica europea pueda constatar, de un lado, que el esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo,¹⁴ y de otro, que lejos de suponer la creatividad puesta de manifiesto por un buen número de Tribunales Constitucionales, también entre ellos el español, a través del diseño de nuevas técnicas decisorias, una muestra de su arbitrio y falta de respeto a la ley, tal actuación es una prueba irrefutable de que no estamos ante órganos ciegos que ignoren las consecuencias que para la colectividad tienen sus decisiones (recordemos el adagio *fiat iustitia pereat mundus*), con el peligro que ello entraña, pues un *summum ius* puede traducirse a veces en una *summa iniuria*. En cualquier caso, de lo que acabamos de señalar se desprende que, en ocasiones, los Tribunales han creado técnicas decisorias propias, al margen de las decisiones legales, siendo bien significativo que, con posterioridad, el legislador ha positivado lo que ya jurisprudencialmente había creado el Tribunal Constitucional. La reforma de la *BVerfGG* de 21 de diciembre de 1970 constituiría el ejemplo paradigmático al positivizar (en el Art. 31.2) la técnica de las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*), que había creado jurisprudencialmente el propio Tribunal. Y algo análogo podría decirse del texto originario del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (LOTIC), aprobado en Consejo de Ministros

¹³ Así, entre otros Garbagnati, Edoardo. «Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale». *Rivista di Diritto processuale*, Volume XXIX (II Serie), 1974, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 207.

¹⁴ SCHNEIDER, Hans-Peter. «Jurisdicción Constitucional y separación de poderes». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 5, mayo/agosto 1982, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 38.

el 11 de noviembre de 2005 y presentado ante el Congreso de los Diputados el día 18 de ese mismo mes, si bien su tramitación parlamentaria frustró una iniciativa gubernamental semejante a la alemana.

Otra función de particularísima relevancia cumplida por estos órganos de la justicia constitucional, íntimamente conectada a la precedente, es la interpretación vinculante para todos los poderes públicos, y de modo muy particular para los Jueces y Tribunales, de los preceptos y principios constitucionales, lo que también conlleva, en sintonía con lo que precedentemente se ha expuesto, la interpretación del ordenamiento «en conformidad con la Norma suprema». Y ya hemos adelantado el rol creativo que, por lo general, asumen los Tribunales Constitucionales al hilo de esta función hermenéutica.

En cierto modo, a través de ambas funciones, el Tribunal actúa, utilizando una expresión de Crisafulli,¹⁵ como órgano de cierre del sistema normativo, y tanto en una como en otra, con diferentes matices, puede constatar ese rol propio de un poder normativo que aleja a estos órganos de la estricta visión que de él tenía Kelsen.

1. Preservación del principio de constitucionalidad y depuración del ordenamiento jurídico

Ya hemos puesto de relieve que esta función es la paradigmática de todo Tribunal Constitucional. Ciertamente, hoy no se puede sostener que este órgano ostente un monopolio del control de la constitucionalidad, por lo menos en aquellos países, como España, en donde los jueces ordinarios pueden desencadenar tal control a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de una disposición, aplicable al caso del que conocen, de cuya validez dependa el fallo, pues parece claro que dicho planteamiento presupone un previo control de la constitucionalidad de la disposición por parte del juez del proceso *a quo*. En tal caso, el Tribunal Constitucional pasa a detentar el monopolio de rechazo. Solo él podrá expulsar una disposición, o una norma extraída de la disposición, del ordenamiento jurídico.

¹⁵ Refiriéndose a Italia, Crisafulli identificaría el rol de la *Corte costituzionale* como el propio «*di organo de chiusura del sistema che le spetta nella logica e nello spirito della Costituzione*». CRISAFULLI, Vezio. «Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive». *Rivista di Diritto Processuale*, Anno XXI (II Serie), n° 2, Aprile/Giugno 1966, pp. 206 y ss.; en concreto, p. 232.

Es justamente este monopolio de rechazo lo que justifica la generalidad de efectos de las decisiones declaratorias de la inconstitucionalidad¹⁶. Bien podría decirse que los efectos generales no son la resultante de que el Tribunal se conciba como un legislador negativo, sino la consecuencia necesaria de que es él quien detenta un monopolio de rechazo, por lo que su decisión de expulsión del ordenamiento de un dispositivo normativo debe de vincular a todos y, muy en especial, a los aplicadores del Derecho, esto es, a los Jueces y Tribunales.

Estrechamente vinculada a la depuración del ordenamiento, a través de la expulsión del mismo de la disposición inconstitucional y a la generalidad de los efectos de este tipo de decisiones, se suscita la cuestión del valor normativo de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad. Con su habitual lucidez, hace más de un cuarto de siglo, Pizzorusso hizo especial hincapié en esta cuestión.¹⁷ Al preverse —razonaba en referencia al sistema italiano, aunque su reflexión tiene un valor mucho más amplio— que la decisión estimatoria de la *Corte costituzionale* puede conducir al cese de la eficacia de una disposición legal, se ha establecido con ello un tipo de control no destinado a insertarse en el proceso de formación de la ley, sino, por el contrario, capaz de llevar directamente a una modificación del Derecho vigente. La capacidad de la sentencia constitucional de hacer cesar con efectos *erga omnes* la eficacia de disposiciones legales comporta la posibilidad de calificar las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad como fuentes del ordenamiento jurídico.

En referencia al sistema español, en el Informe presentado ante la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, Latorre y Díez-Picazo, Magistrados del Tribunal Constitucional en aquel momento, no iban a diferir de las reflexiones que preceden, al hacerse eco de cómo a la cuestión de los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias se anudaba la cuestión de su valor normativo, expresión con la que se podían identificar problemas dispares, entre ellos el de los aspectos «creadores» o «constructivos» de la jurisprudencia constitucional, gracias a la cual se actualiza un ordenamiento normativo «abierto»,¹⁸ si bien es patente que el valor

¹⁶ En términos semejantes, entre otros GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma...*, ob. cit., p. 143.

¹⁷ PIZZORUSSO, Alessandro. «Comentario del artículo 136 de la Constitución italiana». En *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, vol. sobre “Garanzie costituzionali. Art. 134-139”. Bologna-Roma: Zanichelli Editore-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1981, pp. 175 y ss.; en concreto, pp. 176 y 180.

¹⁸ LATORRE SEGURA, A. Y L. DÍEZ-PICAZO. «Tribunal constitutionnel espagnol» (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes). *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 85 y ss.; en concreto, pp. 114-115.

normativo de la jurisprudencia es una cuestión diferente de aquella otra a la que se refería Pizzorusso.

En resumen, ha de admitirse la capacidad de las sentencias constitucionales de innovar el orden legislativo preexistente, lo que es propio de la función legislativa, pero, a partir de esa indiscutible constatación, y atendiendo al ordenamiento español, hemos de plantearnos si esa innovación del orden normativo que se anuda a las sentencias de inconstitucionalidad se limita a operar en la estela propia del legislador negativo.

A) El binomio inconstitucionalidad/nulidad. Su regulación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)

En el no muy atinadamente llamado sistema europeo de justicia constitucional, no obstante la posición esbozada por Kelsen y quienes lo han seguido, contraria, como es bien conocido, a ver en la inconstitucionalidad un vicio desencadenante de una nulidad *ipso iure*, la inconstitucionalidad, tradicionalmente, ha ido vinculada a la nulidad. Omisión hecha del sistema austriaco, heredero directo del pensamiento kelseniano, el tríptico inconstitucionalidad/nulidad/sentencia declarativa ha sido durante muchos años lugar común.

Paradigmático es el caso de Alemania, donde se admite que cuando el legislador prevé la nulidad de la ley inconstitucional (así en los Arts. 78, 82.1 y 95.3 *BVerfGG*) no hace otra cosa que recepcionar la tradicional doctrina alemana según la cual, «*ein verfassungswidriges Gesetz von Anfang an nichtig ist (Ex-tunc-Wirkung)*» (una ley inconstitucional es nula desde un principio con eficacia *ex tunc*).¹⁹ Sin embargo, la realidad es bien distinta, hasta el extremo de que Schneider pudo escribir hace ya más de un cuarto de siglo, que la posibilidad del *BVerfG* de declarar la nulidad total o parcial de una ley inconstitucional cada vez se utiliza menos en los últimos años, declarando tan solo la nulidad de una ley el Tribunal si con ello se logra restablecer inmediatamente una situación de conformidad con la Constitución.²⁰

El *Bundesverfassungsgericht*, haciendo gala de una más que notable creatividad, y bien consciente, como pusiera de relieve la Jueza integrante del propio órgano, Rupp-v. Brünneck,²¹ de que sus sentencias no pueden limitarse a ofrecer «ideales

¹⁹ WEBER, Albrecht. «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland». En Christian Starck und Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I (Berichte), 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2007, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 60.

²⁰ SCHNEIDER, Hans-Peter. «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», ob. cit., p. 58.

²¹ RUPP-VON BRÜNNECK, Wiltraut. «Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?». En *Festschrift für Gebhard Müller* (Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts). Herausgegeben von Theo Ritterspach und Willi Geiger. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, pp. 355 y ss.; en concreto, pp. 364-365.

teóricos constitucionales» («theoretischen Verfassungsidealen»), sin tener en cuenta los posibles efectos de las mismas («ohne Rücksicht auf die Möglichen Wirkungen seines Urteils»), ha creado, como ya se ha dicho, un notable elenco de técnicas decisorias, como las decisiones de apelación al legislador (*Appellentscheidungen*) o las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad (*Unvereinbarkeitserklärungen*), que revelan con particular nitidez que un órgano de esta naturaleza debe de tener muy presentes las consecuencias políticas de sus pronunciamientos,²² y no solo, añadiríamos por nuestra parte, las políticas, sino también las económicas y las sociales. Como señalara tiempo atrás Krüger,²³ es difícil imaginar que, según el sano criterio de la jurisdicción constitucional, se pueda disponer la posibilidad de condenar al Estado a su ruina en nombre del Derecho. Pero esto, que hoy resulta obvio, no siempre lo fue, pudiendo recordarse al respecto que el *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del *Reich* alemán) sostuvo la opinión de que poseía el derecho de resolver sin atender a las consecuencias prácticas de sus fallos, esto es, *fiat iustitia pereat mundus*.

A todo ello hay que añadir que este esfuerzo dogmático del *BVerfG* se ha hecho particularmente necesario en el caso de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de resultas de una omisión del legislador, por lo general, aunque no siempre, de una omisión relativa (*relatives Unterlassen*), por utilizar la categorización dogmática que creara hace ya más de medio siglo el *Bundesverfassungsgericht* Wessel,²⁴ esto es, aquella omisión del legislador a la que se anuda una lesión del principio de igualdad (*unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes*), al haber regulado tan solo ciertas pretensiones jurídicas de algún grupo o colectivo de individuos.²⁵ Y la necesidad a que acaba de aludirse se comprende si se advierte que el Tribunal Constitucional alemán, a diferencia del italiano, ha partido de la consideración de que es difícil declarar nulo un vacío jurídico, tesis de la que se haría eco uno de sus presidentes, Wolfgang Zeidler,²⁶ argumento, dicho sea al margen, que sería objeto

²² En similar dirección se pronuncia SCHLAICH, Klaus. «El Tribunal Constitucional Federal Alemán». En la obra colectiva *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 133 y ss.; en concreto, p. 201.

²³ KRÜGER, Herbert. *Allgemeine Staatslehre*. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer Verlag, 1966, p. 620.

²⁴ WESSEL, W. «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde». *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67 Jahrgang, Heft 6, 15. März 1952, pp. 161 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 164.

²⁶ ZEIDLER, Wolfgang. «Cour constitutionnelle fédérale allemande» (Rapport. 7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes). *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 48.

de alguna crítica por parte de la doctrina italiana, cual sería el caso de D'Orazio,²⁷ quien lo tildaría de «*pregiudiziale*», contraponiéndolo a la superación del obstáculo llevada a cabo por la *Corte costituzionale*, que ha reconstruido de modo diferente la relación entre disposición, norma y omisión.

Nos hemos detenido en el caso alemán por cuanto, en España, el proceso evolutivo seguido por el Tribunal Constitucional recuerda en alguna medida el acontecido en la República Federal con el *BVerfG*, aun cuando el ritmo del juez constitucional español haya sido más lento en sus avances hacia la desvinculación, en casos determinados, de inconstitucionalidad y nulidad.

El Art. 39.1 de la LOTC despeja cualquier duda acerca de que a la inconstitucionalidad se anuda la nulidad. A su tenor: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia».

B) Las modulaciones interpretativas del binomio, al margen de las previsiones legales, por parte del Tribunal Constitucional

La interpretación inicial del Tribunal Constitucional se acomodó estrictamente al binomio legal. Así, en la Sentencia 14/1981, ponía de relieve que «la función principal de los procesos de constitucionalidad [...] es la defensa objetiva de la Constitución, el afirmar su primacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma, excluyendo del ordenamiento a las disconformes con la Constitución».²⁸ En otros fallos, el Juez constitucional señalaría que la inconstitucionalidad desencadena los efectos propios de la nulidad *a radice*²⁹ o de invalidez de la norma *ex origine*.³⁰

El planteamiento ante el Tribunal de asuntos cuya resolución entrañaba una especial complejidad iba a llevar al «intérprete supremo de la Constitución», como lo califica el Art. 1º.1 de su propia Ley reguladora, a modular progresivamente los efectos de sus sentencias, separándose de esta forma en algunos casos de las claras previsiones de su Ley Orgánica.

²⁷ D'ORAZIO, Giustino. «Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione». *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1992, fasc. 1, pp. 61 y ss.; en concreto, p. 101.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 14/1981, de 29 de abril, fund. jur. 4º, *ab initio*.

²⁹ STC 83/1984, de 24 de julio, fund. jur. 5º.

³⁰ STC 60/1986, de 20 de mayo, fund. jur. 1º.

La Sentencia 116/1987 iba a ser a este respecto especialmente significativa. La Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil habían formado parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República, al excluir de su ámbito de aplicación a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936, iba a desencadenar una exclusión arbitraria de beneficio. El hecho significativo de que la violación del principio de igualdad no era el resultado de una mención expresa a la fecha desencadenante de la exclusión inconstitucional, sino de una remisión o reenvío al contenido normativo de preceptos legales anteriores al mencionado texto legal, impedía la invalidación parcial de la Ley cuestionada por eliminación de aquella parte de la misma causante de la discriminación. Por lo mismo, el Tribunal se iba a limitar a declarar la inconstitucionalidad parcial del Art. 1 de la Ley 37/1984, considerándolo «nulo en cuanto excluye del ámbito de aplicación del Título I de la misma (de la Ley en cuestión) a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936».³¹ Dicho de otro modo, a través de esta técnica, propia claramente de las sentencias aditivas, el Juez constitucional lograba el restablecimiento del principio de igualdad, obligando a la aplicación de idéntico criterio a los funcionarios militares profesionales, cualquiera que hubiere sido la fecha —anterior o posterior al 18 de julio de 1936— de sus nombramientos o de la consolidación de sus empleos con carácter definitivo. Y todo ello sin la invalidación del sentido último del texto legal.

Será, sin embargo, la Sentencia 45/1989 la que marcará el punto de inflexión en la cuestión que nos ocupa. El Tribunal abordaba en ella la posible inconstitucionalidad de la tributación conjunta para los miembros de un matrimonio exigida por la Ley 44/1978, teniendo en cuenta la reforma operada en ella por la Ley 48/1985, relativa al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entendiéndolo en su decisión que lo que resultaba constitucionalmente ilegítimo no era la sujeción conjunta al impuesto, sino el hecho de que la carga tributaria que pesaba sobre una persona integrada en una unidad familiar fuere mayor que la correspondiente a otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género.

Al tratar de discernir los efectos de su sentencia, el Tribunal se iba a plantear con algún detenimiento, por primera vez, la posibilidad de romper la conexión entre

³¹ STC 116/1987, de 9 de julio, punto 1º del Fallo.

inconstitucionalidad y nulidad.³² A su juicio, «ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es [...] siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley (afirmación, dicho sea al margen, que consideramos por entero inexacta, bastando para constatarlo con atender al Art. 40.1 LOTC, al que nos referiremos en un momento ulterior), que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento». A partir de aquí, el Juez constitucional señala que la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna, sino en su omisión. Por lo demás, el Tribunal estima que la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta en términos compatibles con la Constitución. En sintonía con tal reflexión, la sentencia declara en su punto 2 «la inconstitucionalidad del Art. 4.2 de la citada Ley (la Ley 44/1978), en cuanto que no prevé para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada». Por todo ello, el Tribunal concluye considerando que le cumple al legislador, a partir de la propia sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa.

Con la Sentencia 45/1989, el Tribunal no solo se separaba de las previsiones legales, dando vida al margen del texto legal a las decisiones de mera inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, situándose en la estela del *BVerfG*, sino que, a la par, rompía tajantemente con el binomio inconstitucionalidad/nulidad característico de la visión del juez constitucional como «legislador negativo» (en rigor, en el pensamiento kelseniano, ese binomio había de formularse más bien como inconstitucionalidad/anulación).

Paradigmática de la inconstitucionalidad sin nulidad sería asimismo la Sentencia 13/1992,³³ en la que el Tribunal declararía la inconstitucionalidad de determinadas partidas presupuestarias de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y 1989 por violación de competencias autonómicas. En cuanto que la anulación de tales partidas presupuestarias podría suponer graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales, afectando no solo a situaciones jurídicas consolidadas, sino también, y particularmente, a la política económica y financiera

³² El planteamiento de esta problemática puede verse en la STC 45/1989, de 20 de febrero, fund. jur. 11.

³³ STC 13/1992, de 6 de febrero, fund. jur. 17.

del Estado, y en cuanto, asimismo, dichas partidas se referían a ejercicios económicos ya cerrados, que habían agotado sus efectos, el Tribunal Constitucional entendió que la pretensión del recurrente (la Generalidad de Cataluña) podía considerarse satisfecha mediante la declaración de inconstitucionalidad de las partidas que invadieron sus competencias, sin necesidad de anular los preceptos presupuestarios. Por todo ello, era obvio que el alcance de los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad acordada se limitaba a los futuros ejercicios presupuestarios posteriores a la fecha de publicación de la sentencia.³⁴

Un supuesto no idéntico a los precedentes, pero que puede asimismo traerse a colación aquí por la similitud del problema planteado es el abordado por la Sentencia 235/1999, en la que la declaración de inconstitucionalidad recaía en un precepto de la Ley 3/1994, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva comunitaria europea de Coordinación Bancaria, que excluía a las Comunidades Autónomas de un ámbito competencial estatutariamente reconocido. El Tribunal, como ya había significado en su Sentencia 96/1996, entendió que no debía proceder a examinar cuál había de ser la regulación básica de las potestades de disciplina respecto de los establecimientos financieros de crédito, «puesto que ese juicio implicaría la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que no le corresponde».³⁵ Son las Cortes Generales, aducía el juez constitucional, quienes deben determinar cuál haya de ser la legislación básica en la materia. Y en cuanto que la inconstitucionalidad advertida, por razón de la vulneración de competencias autonómicas, no podía ser reparada mediante la anulación, simple e inmediata, de la disposición enjuiciada, le correspondía al legislador una inicial labor configuradora de lo que pudiera estimarse básico en la materia y de la intervención que, correlativamente, debía reconocerse a las Comunidades Autónomas con arreglo a sus respectivos Estatutos de Autonomía.

El común denominador de esta doctrina jurisprudencial reside, en definitiva, en la consideración de que de la nulidad inmediata, asociada, como regla general, a los pronunciamientos de inconstitucionalidad, no cabe esperar la reconstrucción de unas previsiones legales cuya ausencia es la causa de esa misma inconstitucionalidad, no cabiéndole al Tribunal impartir pautas o instrucciones positivas, a lo que hay que añadir que la declaración de nulidad generaría un vacío normativo no deseable.

³⁴ Esta doctrina sería reiterada, entre otras, en la STC 16/1996, de 1º de febrero, fund. jur. 8, y asimismo en la STC 68/1996, de 18 de abril, fund. jur. 14.

³⁵ STC 235/1999, de 16 de diciembre, fund. jur. 13.

Así las cosas, al Juez constitucional no le resta más que reiterar el llamamiento al legislador estatal, recordándole el inexcusable imperativo constitucional que sobre él pesa en orden a la reparación con presteza de la situación contraria a la Constitución y, en algunos casos y más ampliamente, al bloque de la constitucionalidad. El Tribunal asume que la declaración de inconstitucionalidad y la reiteración de la necesaria intervención legislativa bastan para propiciar una pronta sanación de la situación inconstitucional.

Con posterioridad, se han sucedido otras sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, como también decisiones que, como vamos a ver de inmediato, han limitado temporalmente la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad o, incluso, que han diferido en el tiempo la nulidad, optando por lo mismo por una *vacatio sententiae*. No debe extrañar por todo ello que el legislador, siguiendo las pautas jurisprudencialmente establecidas, haya tratado de positivar tales innovaciones, y así habría de intentarse en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC, que tendría su plasmación final en la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la LOTC, aunque en ella, en último término, esta reforma quedase finalmente aparcada, bien que pensemos que en un futuro más o menos próximo será inexcusable plasmar en la LOTC tales avances jurisprudenciales. Con ellos, el Tribunal no solo se estaba separando de sus propias previsiones normativas, actuando como un auténtico poder normativo que fija en cada caso las normas que han de regir su actuación, o lo que es igual, como un legislador positivo, sino que, más allá de ello, estaba sentando las bases normativas que después había de positivar el legislador, operando de esta forma como un órgano de *indirizzo politico*, como se diría en Italia.

C) Los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad. Su regulación en la LOTC

En el llamado sistema europeo, con la excepción austriaca, a la correlación entre inconstitucionalidad y nulidad suele unírsele el binomio sentencia declarativa/efectos *pro praeterito*. Si la inconstitucionalidad entraña una nulidad *a radice*, parece claro que la sentencia que la aprecie no hará otra cosa que constatar una realidad preexistente y, por lo mismo, los efectos se habrán de retrotraer al momento en que entró en vigor el texto legal afectado por el vicio de inconstitucionalidad; serán, pues, efectos *ex tunc* o *pro praeterito*.

Innecesario es recordar que Kelsen se situaría en las antípodas de esa visión. El gran jurista vienés establecería una íntima conexión entre la sentencia y la anulación del acto inconstitucional, atribuyendo a la decisión dictada en sede constitucional una naturaleza constitutiva. En la sentencia del Tribunal, escribía Kelsen en

1929,³⁶ cuando se accede a la impugnación («*wenn der Anfechtung stattgegeben ist*»), se pronuncia la casación de los actos recurridos («*die Kassation des angefochtenen Aktes... auszusprechen*»), de modo que la anulación aparece producida a través de la misma sentencia («*in der Weise... dass die Aufhebung als durch das Urteil selbst bewirkt erscheint*»).

En cualquier caso, conviene comenzar indicando que los elementos integrantes de las correlaciones señaladas en modo alguno pueden, ni deben, absolutizarse. Aunque ahora no es el momento de entrar en esta cuestión con detalle,³⁷ sí debe recordarse que tanto el sistema norteamericano de la *judicial review* como el de algunos sistemas europeos de justicia constitucional ilustran a la perfección al respecto. Dicho de otro modo, el Derecho comparado nos revela una tendencia general hacia la búsqueda de instrumentos decisorios que aseguren una cierta flexibilidad en el régimen jurídico de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad, particularmente de los efectos en el tiempo, flexibilidad en gran medida deudora de la creatividad jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales.

El problema de fondo está lejos de provenir de la conveniencia de postergar los efectos *ex tunc* en favor de los efectos *ex nunc*. Ciertamente, la opción por una u otra fórmula no es indiferente, pero lo crucial de esta problemática reside, como con evidente razón aduce Ruotolo,³⁸ en el anacronismo de un sistema que se cierra en nombre de la rigidez de uno u otro principio (eficacia *pro praeterito* eficacia *pro futuro*) sin admitir derogación o matización alguna.

Sin ánimo de entrar en los distintos sistemas, sí parece necesario recordar que el caso austriaco sigue siendo paradigmático. La posibilidad que la Constitución otorga al VfGH de diferir temporalmente los efectos de las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de una ley, entraña una más que notable matización de la regla de los efectos *ex nunc*, que suele postularse de este sistema, en armonía con la visión kelseniana. Por supuesto, también la *vacatio sententiae* entronca con los postulados de Kelsen, encontrando un perfecto paralelismo con la *vacatio legis* y corroborando, desde esa perspectiva, la visión del Tribunal como un legislador negativo.

³⁶ KELSEN, HANS. «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», ob. cit., p. 77.

³⁷ Cfr. al efecto FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. «Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12, 2008, pp. 135 y ss.; en concreto, pp. 171 y ss.

³⁸ RUOTOLO, MARCO. *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*. Padova: CEDAM, 2000, p. 351.

En Alemania, la tradicional doctrina de la nulidad *ab initio* de la disposición inconstitucional no ha impedido al *BVerfG* recurrir a fórmulas muy dispares, como las decisiones de mera incompatibilidad, con la finalidad, entre otras posibles, de modular la eficacia temporal de las decisiones de inconstitucionalidad. Weber lo ha puesto de relieve con toda claridad cuando, tras recordar la eficacia *ex tunc* (*Ex-tunc Wirkung*) de las decisiones de inconstitucionalidad,³⁹ precisa a renglón seguido que el *BVerfG* no elimina sin embargo la ley con efecto retroactivo (*vernichtet jedoch nicht das Gesetz rückwirkend*), acomodándose por lo tanto a la teoría de la anulabilidad (*Vernichtbarkeitslehre*).⁴⁰ Heyde ha explicado⁴¹ con toda nitidez que argumentos tales como la exigencia de evitar el caos legislativo o el hundimiento del «Estado de impuestos» (*Steuerstaat*), o el intento de soslayar una situación aún más inconstitucional que la que se trata de evitar, además ya del propio respeto al poder legislativo, son algunas de las razones esgrimidas por el *BVerfG* para modular las previsiones que en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad establece su propia ley, la *BVerfGG*.

Por lo demás, no puede olvidarse que la Ley del Tribunal, en su Art. 79, prevé algunas modulaciones respecto de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. Así, el apartado primero de dicho precepto dispone que cuando una sentencia condenatoria firme (*ein rechtskräftiges Strafurteil*) se base en una norma declarada incompatible o, conforme al Art. 78, nula, o en una interpretación por la que el *BVerfG* la declare incompatible con la Ley Fundamental, cabrá recurso de revisión (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) conforme a las prescripciones procedentes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por el contrario, tal efecto retroactivo, que como vemos alcanza en el ámbito penal incluso a las sentencias con fuerza de cosa juzgada, a la vista de lo dispuesto por el apartado segundo del propio Art. 79, no se produce respecto de las sentencias dictadas en otros ámbitos, que ya no son más impugnables aunque se basen en una norma declarada nula conforme al Art. 78.

En España, la situación no difiere gran cosa de la existente en Alemania. La LOTC, no obstante anudar la nulidad a los preceptos legales declarados inconstitucionales (Art. 39.1), no acoge ni mucho menos un principio de retroactividad sin límites, pues aunque tal retroactividad pueda inferirse de una interpretación *a sensu contrario* de su Art. 40.1 (a tenor del mismo: «Las sentencias declaratorias de la

³⁹ WEBER, Albrecht. «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., p. 60.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 61.

⁴¹ HEYDE, Wolfgang. «Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrigerklärung von normen». En W. Zeidler (Hrsg.). München: Festschrift für H. J. Faller, 1984, p. 53. Cit. por RUOTOLO, Marco. *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, ob. cit., p. 318.

inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad»), lo cierto es que el principio de retroactividad tiene como barrera infranqueable (a salvo las sentencias dictadas en procedimientos de naturaleza sancionadora, en las que la inconstitucionalidad de la norma aplicada se traduzca en un efecto más favorable para el sancionado: retroactividad *in bonum partem*) las relaciones ya agotadas, lo que en último término entraña que la regla fundamental del Derecho procesal, *tempus regit actum*, se haga presente como regla sustantiva en las relaciones ya agotadas. Ello, por lo demás, está lejos de ser extraño, pues la teoría de la nulidad de los actos, aun entrañando la desaparición de los efectos jurídicos producidos por el acto nulo, nunca es tan radical como para privar de cualquier efecto a toda relación jurídica surgida al amparo del acto legislativo presuntamente válido cualquiera que fuere la situación jurídica en que tal relación se encontrare. De ahí que las situaciones agotadas, consolidadas por medio de una sentencia con fuerza de cosa juzgada, en aras del trascendental principio de seguridad jurídica, quedan al margen de todo efecto retroactivo, a salvo la retroactividad *in bonum*.

D) La interpretación moduladora del texto legal, en lo que a los efectos temporales se refiere, por parte del Tribunal Constitucional

Más allá de todo ello, el Tribunal Constitucional, como se ha puesto de relieve,⁴² ha ido privando de razón práctica a esa difundida interpretación de la nulidad que le atribuye genéricamente «efectos retroactivos». Y si ya el binomio nulidad/retroactividad es de difícil resolución, la complicación a la que el mismo conduce aún se hace mayor si se atiende a la jurisprudencia del juez constitucional.⁴³

El planteamiento ante el Tribunal de asuntos cuya resolución entrañaba una especial complejidad le iba a llevar, progresivamente, tal y como ya se ha anticipado, a modular los efectos de sus decisiones, pasando en algún caso, como se constataba

⁴² JIMÉNEZ CAMPO, Javier. «Qué hacer con la ley inconstitucional». En la obra colectiva *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*. Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 15 y ss.; en concreto, p. 42.

⁴³ Análogamente MARÍN PAGEO, Encarnación. *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1990, p. 359.

en el Voto particular que acompañaba a la ya referida Sentencia 116/1987,⁴⁴ de ser legislador negativo a serlo positivo.

Un repaso a esa jurisprudencia, aun siendo superficial, así lo corrobora. La Sentencia 60/1986 recoge en el párrafo final de su último fundamento,⁴⁵ una explícita referencia a los efectos de la decisión: «Esta anulación (de varios preceptos del Decreto-ley 22/1982, de 7 de diciembre, sobre medidas urgentes de la reforma administrativa) —razona el Tribunal— no ha de comportar, sin embargo, la de los actos jurídicos dictados en ejecución de los preceptos que ahora se invalidan, ni, por lo mismo, la de las situaciones administrativas declaradas a su amparo, pues no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de la entrada en vigor de las mismas».

Será en cualquier caso la Sentencia 45/1989 la que lleve a término un cambio de registro significativo. Ya aludimos precedentemente con algún detalle a esta decisión; por lo mismo, seremos muy concisos. Dos aspectos han de subrayarse: el primero, la reivindicación que el Tribunal hace de su tarea de precisar el alcance de los efectos de la nulidad en cada caso, corroborando su labor creativa, lo que justifica, de un lado, en la harto discutible consideración de que la LOTC no define los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado, y de otro, en que la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.⁴⁶

El segundo aspecto a destacar es la equiparación que el Tribunal lleva a cabo entre las situaciones consolidadas de resultas de una sentencia con fuerza de cosa juzgada (Art. 40.1 LOTC) y aquellas otras establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes, lo que justifica en que la conclusión contraria entrañaría «un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales». Como es obvio, esta interpretación se traduce, en lo que ahora interesa, en una nueva limitación del efecto retroactivo de la declaración de nulidad.

En otras sentencias posteriores, el juez constitucional se ha manifestado sin ambages en favor de diferir los efectos de la nulidad, lo que no dejaba de ser chocante si se recuerda que en su Sentencia 45/1989, el Tribunal, de modo expreso, aducía: «... pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en

⁴⁴ Voto particular formulado por los Magistrados Sres. Rubio Llorente y Díez-Picazo en la STC 116/1987, de 9 de julio, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 107/1986.

⁴⁵ STC 60/1986, de 20 de mayo, fund. jur. 5º, *in fine*.

⁴⁶ STC 45/1989, de 20 de febrero, fund. jur. 11.

algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad». ⁴⁷ Común denominador de las sentencias en que, de una u otra forma, el Tribunal ha optado por diferir los efectos de la nulidad, es una asunción de competencias por parte del Estado que resulta contraria al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, si bien, en unos casos, esa invasión competencial estatal es fruto no tanto de previsiones específicas cuanto de silencios de la legislación estatal conducentes al vaciamiento de competencias autonómicas previamente reconocidas y asumidas por la vía estatutaria, mientras que en algún otro supuesto la quiebra competencial es la resultante de una específica determinación de la legislación estatal que invade competencias ajenas.

a) En el primero de los casos expuestos, esto es, cuando la invasión competencial por parte del Estado es fruto de silencios de la legislación estatal, se ubica la Sentencia 96/1996, en la que el Tribunal consideraría inconstitucional un precepto de la Ley 26/1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, no por el hecho de que el mismo no mencionara a las Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, sino porque al mencionar tan solo a estas, sin ninguna referencia a las distintas entidades crediticias comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley, se privaba a las Comunidades Autónomas de un ámbito competencial reconocido en sus Estatutos de Autonomía. El Juez constitucional decidió ⁴⁸ que la inconstitucionalidad del precepto debía ser remediada por el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa. Es a las Cortes Generales a quien corresponde determinar cuál haya de ser la legislación básica en materia de disciplina e intervención respecto de aquellas entidades de crédito que no son Cajas de Ahorro o Cooperativas de Crédito, y tal tarea, según el Tribunal, «debe ser llevada a cabo dentro de un plazo de tiempo razonable». Todo ello conduce al Tribunal a considerar que, no obstante la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal, no procede, sin embargo, la de su nulidad en lo que de regulación expresa en él se contiene.

En la Sentencia 208/1999, se reproduce a grandes rasgos el caso anterior. El Tribunal consideraría que el Art. 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (que contemplaba el falseamiento de la competencia por actos desleales), al atribuir la función ejecutiva en la materia que regula exclusivamente al Tribunal de Defensa de la Competencia, refiriéndola a los actos que la falsean «en todo o en parte del mercado nacional», desconocía que, tratándose de actos realizados dentro del territorio de una Comunidad Autónoma y que carezcan de trascendencia sobre el mercado supraautonómico, la competencia ejecutiva correspondía

⁴⁷ STC 45/1989, de 20 de febrero, fund. jur. 11.

⁴⁸ STC 96/1996, de 30 de mayo, fund. jur. 23.

a las Comunidades Autónomas recurrentes.⁴⁹ A la vista de los términos en que el Tribunal apreciaba el vicio de inconstitucionalidad, este consideraría⁵⁰ que había de diferirse la nulidad de los preceptos inconstitucionales hasta el momento en que, establecidos por el Estado los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas recurrentes ejercer las competencias ejecutivas que se les reconoce, pues, de lo contrario, se produciría un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas. El Tribunal admitía que «del hecho de que no se acuerde la nulidad inmediata de aquellos preceptos de la ley que se declaran inconstitucionales se infiere la persistencia de una situación anómala», situación que entiende como provisional y que reclama que acabe cuanto antes, recordando el principio de lealtad constitucional, que a todos obliga.

b) En el segundo de los casos la vulneración del orden competencial es fruto de una específica norma estatal invasiva de competencias autonómicas. Es el supuesto de la Sentencia 195/1998, en la que el Tribunal consideraría que la actividad estatal de delimitación del ámbito territorial a que se extiende la Reserva Natural de las Marismas de Santoña y Noja, establecido por la Ley 6/1992, era inconstitucional por invadir competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

El Juez constitucional, ante los graves perjuicios a los recursos naturales de la zona controvertida que podrían derivarse de anudar a la declaración de inconstitucionalidad la nulidad inmediata de los preceptos legales constitucionalmente ilegítimos, se planteó cuál debía ser el alcance de la declaración de inconstitucionalidad,⁵¹ cuestión que iba a considerar especialmente necesaria en procesos constitucionales como el de autos, en los que, pese a presentarse como un control normativo, el objeto primordial de la sentencia radicaba en la determinación de la titularidad de la competencia controvertida. De ahí que, una vez alcanzada esta conclusión fundamental, el Tribunal entienda que deben evitarse al máximo los posibles perjuicios que tal declaración pudiera producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación objeto de controversia. Y así, en cuanto que en el caso concreto el Tribunal constata que la Comunidad cántabra no ha llevado a cabo la declaración de Parque, Reserva Natural u otra figura análoga de la zona en cuestión, llega a la conclusión de que la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones

⁴⁹ STC 208/1999, de 11 de noviembre, fund. jur. 7º.

⁵⁰ *Ibidem*, fund. jur. 8º.

⁵¹ STC 195/1998, de 1º de octubre, fund. jur. 5º.

de los intereses generales en juego, circunstancia que conduce al Juez constitucional a diferir tal nulidad al momento en que la Comunidad Autónoma ejerza la competencia que la sentencia le reconoce, dictando la pertinente resolución en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido.

c) Entre los dos tipos de supuestos mencionados se vislumbra una perceptible diferencia. Mientras en el último caso puede, efectivamente, hablarse de una nulidad diferida, pues es claro que cuando la Comunidad Autónoma declarara las Marismas espacio natural protegido se daría operatividad a la declaración de nulidad de la norma estatal, en los primeros supuestos analizados, en rigor, ni siquiera puede hablarse de nulidad diferida, no solo porque el Tribunal no fija un plazo para que se «active» la nulidad, sino porque la norma estatal inconstitucional cuyas omisiones desencadenan la ilegitimidad constitucional, pasará a ser conforme con las exigencias constitucionales cuando el legislador estatal satisfaga el requerimiento que le formula el Tribunal Constitucional. Se podría hablar así de una inconstitucionalidad que no solo no lleva aneja la nulidad, sino que en un periodo no dilatado de tiempo está llamada a desaparecer. Inconstitucionalidad sin nulidad llamada a posteriori a dejar de serlo. Una situación en verdad paradójica.

En resumen, el devenir del tiempo ha ido incidiendo, vía jurisprudencial, sobre el tema que nos ocupa, encontrándonos diversas inflexiones jurisprudenciales que, lejos de manifestarse en una misma dirección, presentan diferentes variantes cuyo común denominador es impedir el automatismo inicialmente contemplado entre inconstitucionalidad, nulidad y retroactividad. En ello ha tenido bastante que ver, entre otros diversos factores, la sensibilidad del juez constitucional hacia las consecuencias de sus decisiones. La siguiente reflexión del Tribunal lo aclara meridianamente: «La declaración de nulidad —se argumenta en la Sentencia 54/2002—⁵² no ha de presentar siempre y necesariamente el mismo alcance. En efecto, la vigencia simultánea de los diversos preceptos constitucionales nos exige que, al determinar el alcance de la declaración de nulidad de una ley, prestemos también atención a las consecuencias que esa misma declaración de nulidad puede proyectar sobre los diversos bienes constitucionales».

2. Interpretación vinculante de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico «en conformidad con la misma»

Al Tribunal Constitucional corresponde, allí donde existe, independientemente de que se le reconozca o no de modo específico por el ordenamiento jurídico, el rol

⁵² STC 54/2002, de 27 de febrero, fund. jur. 8º.

de intérprete último, supremo, de la Constitución, en cuanto su interpretación es vinculante para todos los poderes públicos, particularísimamente, para los aplicadores del Derecho, los jueces y tribunales.

La Constitución es un texto dotado de fuerza normativa, que tiene una intrínseca pretensión de vigencia, pero también de vivencia, esto es, de regir la vida comunitaria, inspirando al unísono el devenir social, en acomodo a los valores y principios constitucionalmente proclamados, pero, a la par, de ser una Constitución viva (*a living Constitution, ein lebende Verfassung*), cuyos postulados se acomodan a la evolución cultural y social de la comunidad política cuya civilizada y armónica convivencia ha de regir. Es por lo mismo por lo que el texto constitucional exige inexcusablemente de un intérprete último, cuya interpretación se imponga de modo vinculante frente a todos, que sea capaz no solo de aclarar las dudas que un texto como el constitucional, connotado por el hecho de que muchos de sus postulados son de carácter abierto y general, —como en símil afortunado dijera Treves,⁵³ «la Costituzione è come una carta geografica, sulla quale sono tracciati gli elementi essenziali del territorio; spetta alla Corte fissarne i dettagli topografici» — suscita, sino también de viabilizar, a través de su interpretación, el acomodo de las disposiciones constitucionales al devenir social, que en cualquier sociedad siempre es fluido y dinámico. La *Supreme Court* sería a este respecto el ejemplo paradigmático, lo que explica que se haya podido afirmar de ella y de quienes la integran que: «In its place must come recognition that constitutional judges are the masters, not the servants, of a living Constitution».⁵⁴

Por otro lado, la propia primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, su visualización como *vorrangiger Kontext* (contexto superior), por utilizar la expresión de Haak,⁵⁵ a la que ya tuvimos ocasión de referirnos, y su configuración como núcleo vertebrador del ordenamiento, al que otorga su unidad material, exigen que la totalidad de las normas jurídicas se interpreten en conformidad con la Norma suprema. Se perfila de este modo el principio de interpretación conforme, de notable trascendencia en lo que ahora interesa, acogido desde tiempo remoto por la *Supreme Court*, para la que «*if the statute is reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it be unconstitutional and by other*

⁵³ TREVES, Giuseppino. «Il valore del precedente nella Giustizia costituzionale italiana». En *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di Giuseppino Treves. Torino: UTET, 1971, pp. 3 y ss.; en concreto, p. 4.

⁵⁴ VIGORITI, Vincenzo. «Italy: The Constitutional Court». *The American Journal of Comparative Law*, Volume 20, 1972, pp. 404 y ss.; en concreto, p. 414.

⁵⁵ HAAK, Volker. Normenkontrolle und Verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, ob. cit., p. 304.

valid, it is our plain duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity».

Ya tuvimos oportunidad de apuntar la conexión de este trascendental principio hermenéutico con el principio de conservación de la norma, de cuya trascendencia no cabe la más mínima duda. Hace cerca de medio siglo, ya Bachof se hacía eco⁵⁶ de que el *BVerfG* valoraba el principio (*Grundsatz*) de continuidad jurídica de las leyes (*der Rechtsbeständigkeit der Gesetze*) como un principio jurídico de considerable peso (*als einen Rechtsgrundsatz von so erheblichen Gewicht*). No en vano a través del mismo se trata de compatibilizar la primacía de la Constitución con la salvaguarda, allí hasta donde es posible, de la voluntad del legislador.

Desde luego, el principio que nos ocupa tiene límites que no deben ser rebasados. A ellos se referiría Zippelius, extrayéndolos de la jurisprudencia del *BVerfG*.⁵⁷ Dos son los límites que, como reiteradamente ha repetido el Tribunal Constitucional alemán, encuentra una interpretación conforme a la Constitución: el sentido literal de la ley (*den Gesetzeswortlaut*) y la intención o finalidad (*den Zweck*) que el legislador perseguía de modo inequívoco (*eindeutig*) con su regulación (*mit seiner Regelung*).⁵⁸

Innecesario es decir que la interpretación conforme a la Constitución es interpretación, aunque no faltan quienes, como Schlaich y Koriath,⁵⁹ consideran conveniente subrayarlo: «*Verfassungskonforme Auslegung* —escriben— *ist also Auslegung*». Lejos de ser una redundancia, ello debe entenderse como el deseo de dejar meridiana-mente claro que no estamos ante una técnica invasiva de las competencias del legislador sino, bien al contrario, orientada al servicio de la autoridad del propio legislador, aunque no falten supuestos en los que esta técnica ha sido utilizada

⁵⁶ BACHOF, Otto. «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik». En *Summum Ius Summa Iniuria* (Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus. Wintersemester 1962-63), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 48.

⁵⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. «Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen». En *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von Christian Starck, Zweiter Band, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 108 y ss.; en concreto, p. 115.

⁵⁸ En términos similares se han pronunciado dos grandes especialistas en la justicia constitucional alemana como son SCHLAICH, Klaus und Stefan Koriath. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5. neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2001, p. 299. Estos autores, sin embargo, añaden junto a los límites del sentido literal de la prescripción y de la intención u objetivo de la regulación legislativa, el atinente a las determinaciones fundamentales del legislador (*die gesetzgeberischen Grundentscheidungen*) y a sus valoraciones (*Wertungen*), aun cuando engloben estas limitaciones dentro de la segunda precedentemente mencionada.

⁵⁹ SCHLAICH, Klaus und Stefan Koriath. *Das Bundesverfassungsgericht...*, ob. cit., p. 296.

con una manifiesta perversión de su última *ratio* —alguna sentencia del Tribunal Constitucional español es paradigmática de tal perversión, como más adelante intentaremos mostrar—. No ha de extrañar por lo mismo que Klaus Stern, atendiendo a ciertas opciones hermenéuticas del *BVerfG*, que tilda de «acrobáticas», muestre sus dudas acerca de si el legislador es realmente más tutelado a través de esta técnica. Y Schlaich constata⁶⁰ que existe el peligro de que una interpretación conforme a la Constitución interfiera en mayor medida en la libertad legislativa de lo que lo puede hacer la declaración de nulidad. No es ajeno a este peligro otro relevante autor alemán, Simon, para quien⁶¹ esta técnica ilustra acerca de la ambivalencia de los esfuerzos para respetar el ámbito de otros órganos del Estado, ya que fuerza a la interpretación del Derecho ordinario y, de esa forma se inmiscuye al *BVerfG* en la función de los jueces y tribunales, pudiendo asimismo llegar a deformar la auténtica voluntad del legislador.

La interpretación por el Juez constitucional tanto de la Constitución como del resto del ordenamiento jurídico, a fin de «conformarlo» a la Norma suprema, se traduce en la creación de una jurisprudencia vinculante que, entre otras consecuencias, ha venido a suponer una notable disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla *stare decisis* y de la posición jerárquica superior de la *Supreme Court*, de la eficacia de los efectos *erga omnes* de las sentencias de nulidad de los Tribunales Constitucionales, que han pasado de esta forma a asumir un rol auténticamente normativo, equiparable al del legislador positivo.

En Alemania, cuya legislación en esta materia ha tenido un profundo influjo sobre el legislador español, el Art. 31.1 *BVerfGG* establece el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal para todos los órganos constitucionales del *Bund* y de los *Länder*, así como para *alle Gerichte* (todos los tribunales) *und Behörden* (y autoridades).

El sentido de esa eficacia vinculante (*Bindungswirkung*) es la extensión de la fuerza de cosa juzgada personal de las resoluciones (*die Erstreckung der personellen Rechtskraft der Entscheidungen*) frente a todos los órganos estatales (*gegenüber allen staatlichen Organen*), eficacia vinculante esta que también se extiende a la *ratio decidendi*, o si así se prefiere, a los *tragenden Gründe*, todo lo cual conduce, según

⁶⁰ SCHLAICH, Klaus. «Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania». *Quaderni Costituzionali*, Anno II, n° 3, Dicembre 1982, pp. 557 y ss.; en concreto, p. 576.

⁶¹ SIMON, Helmut. «La Jurisdicción Constitucional». En Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996, pp. 823 y ss.; en concreto, pp. 853-854.

Weber,⁶² a convertir al *BVerfG* en intérprete determinante (*massgeblicher Interpret*) y guardián de la Constitución (*Hüter der Verfassung*). De este modo, si en el marco de una decisión de interpretación conforme, el *BVerfG* declara determinadas interpretaciones, posibles en sí mismas, disconformes con la Constitución, las restantes jurisdicciones no pueden deducir tales «posibilidades interpretativas» (*possibilités d'interprétation*⁶³) como conformes a la Constitución.

En definitiva, aunque pueda admitirse que todas las decisiones de un Tribunal Constitucional son interpretativas⁶⁴ en la medida en que, para resolver conflictos utilizando el Derecho como instrumento, es imprescindible aplicar enunciados legales, operación que exige, necesariamente, atribuir a esos enunciados un significado, o lo que es igual, determinar una norma a partir de los mismos, es lo cierto que son las que identificamos, *stricto sensu*, con esa misma denominación de sentencias interpretativas, definidas por el Tribunal Constitucional español como «aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considere inadecuados»⁶⁵, definición circunscrita a las sentencias interpretativas desestimatorias, el supuesto, desde luego, más frecuente, pero no el único, por cuanto también cabe hablar de sentencias interpretativas estimatorias; son, como decimos, este tipo de sentencias las que han posibilitado en mayor medida que el Tribunal Constitucional abandone su inicial concepción de «legislador negativo» para pasar a convertirse en un auténtico «legislador positivo».

A) La vinculatoriedad de los poderes públicos respecto de las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad. Su régimen jurídico en la LOTC

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), siguiendo sin duda los pasos de la legislación alemana, ha establecido en su Art. 38.1 el efecto vinculante para todos los poderes públicos de las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, efecto que no ha de confundirse con el mandato genérico que, con carácter general, establece el Art. 118 de la Constitución («Es obligado

⁶² WEBER, Albrecht. «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., p. 61.

⁶³ En tal sentido, quien fuera presidente del *BVerfG*, ZEIDLER, Wolfgang. «Cour constitutionnelle fédérale allemande», ob. cit., p. 53.

⁶⁴ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. «Diez años de fallos constitucionales» (Sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional). *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 31, Septiembre/Diciembre 1991, pp. 117 y ss.; en concreto, p. 121.

⁶⁵ STC 5/1981, de 13 de febrero, fund. jur. 6º.

—se prescribe— cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales...»), ni tampoco con la concreción de tal mandato que, en referencia al Tribunal Constitucional, precisa el Art. 87.1 de la propia LOTC: «Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva». Si este precepto trae su causa del citado Art.118, esto es, de la obligación general de cumplimiento de las sentencias y resoluciones judiciales, la vinculatoriedad a que alude el Art. 38.1 LOTC ha de conectarse con el rol de «intérprete supremo de la Constitución» que al juez constitucional atribuye el Art. 1º.1 de su propia ley reguladora. En cuanto tal, y en cuanto órgano independiente de los demás órganos constitucionales y único en su jurisdicción, no puede caber duda de que la totalidad de esos otros órganos constitucionales se hallan vinculados por las decisiones dictadas en sede constitucional. Ahora bien, esa vinculatoriedad no solo se ha de predicar de la parte dispositiva de las sentencias constitucionales, sino que ha de proyectarse asimismo a los fundamentos determinantes de los respectivos fallos, esto es, a la *ratio decidendi*.

Los efectos que el Art. 38.1 LOTC menciona son, al menos, tres: el efecto de cosa juzgada, que debe encontrar su marco operativo referencial en el ámbito del Poder judicial, de los jueces y tribunales; el efecto *erga omnes*, que innecesario es decir que se extiende a todos, ciudadanos incluidos, y en fin, el efecto vinculatorio a que venimos aludiendo, que se predica respecto de los poderes públicos, y que se explica por la especialísima posición de independencia que, respecto de todos ellos, corresponde al Tribunal, así como por el rol de «intérprete supremo de la Constitución» que se le otorga. Parece lógico entender que esta vinculatoriedad no puede quedar circunscrita a la parte dispositiva de sus pronunciamientos. La Constitución vincula a todos, algo que deja inequívocamente claro el Art. 9º.1 de la propia Norma suprema («Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»), siendo además esta sujeción mucho más intensa para los poderes públicos, pues, como ha entendido el Tribunal Constitucional,⁶⁶ mientras los ciudadanos «tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución [...] los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución»; esa actuación regida siempre por los principios constitucionales hace necesario que tanto en el diseño de sus fines como en la aplicación y desarrollo del ordenamiento jurídico los principios constitucionales sirvan de criterio orientador. Y ello, innecesario es decirlo, exige que atiendan a la interpretación que el Tribunal Constitucional lleva a cabo de

⁶⁶ STC 101/1983, de 18 de noviembre, fund. jur. 3º.

tales principios, y por tanto, de modo primigenio, a los fundamentos jurídicos de las sentencias, a las motivaciones que constituyen su auténtica *ratio decidendi*. En los primeros momentos de vida constitucional, García Pelayo,⁶⁷ que al margen de su relevancia como iuspublicista, fue el primer presidente del Tribunal, ya se pronunció con meridiana claridad al respecto. «Dada la preeminencia que tiene la interpretación en materia constitucional —escribía— puede afirmarse (y así lo muestra la práctica de los tribunales de otros países) que las motivaciones, la *ratio* o el discurso lógico de la sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones. Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación».

Ya la Constitución, en un precepto un tanto elíptico como es el del inciso segundo de su Art. 161.1, a), apunta en la dirección señalada. A tenor del mismo: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Si se tiene presente que la idea de jurisprudencia que la Constitución consagra se refiere a un cuerpo reiterado y constante de doctrina emanada de los tribunales de justicia y, más precisamente, del más alto de todos, el Tribunal Supremo, en su función de Tribunal de casación⁶⁸, se puede vislumbrar que el Art. 161.1, a) está refiriéndose al impacto de la jurisprudencia constitucional sobre la jurisprudencia ordinaria, algo que el Art. 40.2 LOTC confirma cuando determina: «En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales».

El texto que acabamos de transcribir es fruto de la reforma de la LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, que ha introducido una modificación ciertamente conveniente. En su redacción originaria, el precepto disponía que la jurisprudencia ordinaria recaída sobre disposiciones enjuiciadas por el juez constitucional había de entenderse corregida «por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad», lo que parecía casar con la previsión constitucional antedicha, aun cuando ampliando su ámbito de operatividad, algo absolutamente comprensible por cuanto la exclusiva referencia

⁶⁷ GARCÍA PELAYO, Manuel. «El «status» del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, nº 1, Enero/Abril 1981, pp. 11 y ss.; en concreto, p. 33.

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. «Constitución y fuentes del Derecho». *Revista Española de Derecho administrativo*, nº 21, Abril/Junio 1979, pp. 189 y ss.; en concreto, p. 196.

por parte de la Norma suprema a la «declaración de inconstitucionalidad» no dejaba de ser un tanto discutible si se tiene en cuenta que la jurisprudencia ordinaria no solo se va a ver afectada por las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, sino también, y en mucha mayor medida, por aquellas otras decisiones desestimatorias. La reforma del año 2007 amplía aún más el tipo de decisiones dictadas en sede constitucional a las que habrá que atender para, en su caso, corregir la jurisprudencia ordinaria. Ya no serán tan solo las decisiones a cuyo través el Tribunal resuelve los procesos de control normativo, sino todas aquellas decisiones, sean sentencias o autos, dictadas por el Juez constitucional en resolución de todo tipo de procesos constitucionales. La nueva dicción del precepto se armoniza por otra parte con la determinación del Art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a cuyo tenor: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

La trascendencia de la doctrina constitucional extraída de las resoluciones dictadas en sede constitucional desborda de lejos la que el Código Civil atribuye (Art. 1.6) a la jurisprudencia ordinaria, que viene a complementar el ordenamiento jurídico. No estamos ante un mero complemento, sino ante un elemento que va a impregnar la totalidad de ese mismo ordenamiento al tenerse que acomodar su comprensión, su significado, a la interpretación que de los principios y preceptos constitucionales va a llevar a cabo el Tribunal Constitucional. Más aún, como escribiera Leopoldo Elia, siendo presidente de la *Corte costituzionale*,⁶⁹ la motivación de una decisión incluye, implícita o explícitamente, «*condizioni di comportamento conforme a costituzione per il legislatore*». Aun cuando la sentencia pueda parecer, en sintonía con la doctrina kelseniana, tan solo un *contrarius actus*, casi siempre es posible superar tal visión «*traendo condizionamenti impliciti o espliciti per la futura condotta del legislatore*».

En fin, innecesario es añadir que, al igual que en Alemania, el efecto vinculante se extiende a aquella parte de la fundamentación que se identifica con la *ratio decidendi*, esto es, y en términos de Abraham,⁷⁰ a «*the essence, the vitals, the necessary legal or*

⁶⁹ ELIA, Leopoldo. «Il potere creativo delle Corti costituzionali». En *La Sentenza in Europa. Metodo, Tecnica e Stile* (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà. Università degli Studi di Ferrara. Facoltà di Giurisprudenza). Padova: CEDAM, 1988, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 224.

⁷⁰ ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France)*, seventh edition. New York/Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 245.

constitutional core of the decision», en obvia contraposición al *obiter dictum*, que es «*a more or less extraneous point, presumably unnecessary to the decision*».

B) Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Su actuación como legislador positivo

A lo largo de su ya dilatada trayectoria, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de dictar numerosas sentencias interpretativas, no solo desestimatorias, aunque estas hayan sido mayoría, sino también estimatorias. Al hilo de buen número de ellas, en mayor o menor medida, ha operado como legislador positivo, actuación que se ha acentuado en los supuestos en que el Tribunal ha constatado que la inconstitucionalidad era el resultado de una omisión legislativa, particularmente de una omisión relativa, vulneradora por lo mismo del principio de igualdad, circunstancia que ha propiciado en bastantes supuestos sentencias aditivas. En algún caso, al que nos referiremos con detalle, el Tribunal ha ido tan lejos con su sentencia interpretativa que ha llegado, a nuestro juicio, a desnaturalizar por entero la voluntad del legislador, pervirtiendo de esta forma la finalidad de la técnica que analizamos.

Nos referiremos a continuación a algunos de los supuestos jurisprudenciales más significativos a los fines que nos ocupan, separando a tal efecto las sentencias interpretativas, tanto desestimatorias como estimatorias, y las sentencias manipulativas, tanto aditivas como sustitutivas.

a) Sentencias interpretativas

a') La Sentencia 14/1981 es uno de los primeros ejemplos de sentencias interpretativas desestimatorias. El Tribunal, al hilo de una cuestión de inconstitucionalidad, se pronuncia sobre la supuesta inconstitucionalidad del Art. 365.1 de la Ley de Régimen Local, y aunque el Tribunal reconoce que en el momento de su pronunciamiento el Derecho que rige el Régimen Local es otro, no por ello entiende que carezca de razón de ser el proceso constitucional. La cuestión abordada es la relativa a la compatibilidad de la suspensión gubernativa (por el Gobernador Civil) de acuerdos municipales con el principio constitucional de la autonomía local. El Juez constitucional interpreta⁷¹ que «la suspensión gubernativa de acuerdos municipales sin otra razón que el control de legalidad en materia que corresponda al ámbito competencial exclusivo de las Entidades Locales no es compatible con la autonomía, que hoy proclama el Art. 137 de la Constitución». Sin embargo, más adelante, el Tribunal precisa que en cuanto la suspensión «sirva a la defensa

⁷¹ STC 14/1981, de 29 de abril, fund. jur. 6º.

de competencias de la Administración del Estado u obedezca a corregir invasiones de ámbitos ajenos al municipal, o se afecte materia que corresponde a aquella Administración, no podrá decirse que entraña un atentado a la autonomía local, entendida como ámbito de actuación propia que tiene sus límites». En sintonía con ello, el Tribunal, en el punto 2 del fallo, declara que el Art. 365.1 en relación con el Art. 362.1.4 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 1955, no se ajusta a la Constitución en la parte en que permite que la facultad de suspensión de los acuerdos de las Corporaciones Locales proceda por la sola infracción manifiesta de las Leyes, sin la concurrencia de otra circunstancia, pero sí es conforme con aquella interpretado en el sentido de que confiere una facultad gubernativa para suspender acuerdos que afecten a la competencia del Estado o excedan del límite de la competencia propia para la gestión de los intereses de la Entidad Local.

La Sentencia 178/1985, dictada asimismo en una cuestión de inconstitucionalidad, pertenece también a la categoría de las decisiones interpretativas desestimatorias. El tema de mayor interés aquí resuelto afecta a la previsión del Art. 1355 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que disponía que «para el arresto del quebrado se expedirá mandamiento a cualquiera de los alguaciles del Juzgado, arreglado al párrafo segundo del Art. 1044 del Código de Comercio». El Tribunal Constitucional admite⁷² que el arresto del quebrado se anuda necesariamente a la vista de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del antiguo Código de Comercio a los presupuestos que comportan la declaración de quiebra y el proveído al efecto no precisa ni de una motivación ni de una indagación acerca de si se dan razonablemente las circunstancias que justifican una restricción de la libertad. Para el Tribunal, así entendido, el precepto en cuestión es contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues se parte de una presunción de culpabilidad, o al menos de que la inocencia del quebrado es dudosa. Pero si se interpreta —razone el Juez constitucional— el precepto como una habilitación al Juez para que motivadamente pueda adoptar la medida de restricción de libertad para proteger los bienes que la justifiquen, puede considerarse compatible con el derecho a la presunción de inocencia. Como fácilmente se aprecia, el Tribunal da una interpretación al precepto que está lejos de hallarse presente en la dicción literal del artículo cuestionado.

La importante Sentencia 108/1986, en la que el Tribunal se pronuncia acerca de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 55 Diputados de la oposición contra la Ley Orgánica del Poder Judicial, presenta el perfil propio de una decisión interpretativa desestimatoria con relación a la impugnación del apartado

⁷² STC 178/1985, de 19 de diciembre, fund. jur. 2º.

segundo de la Disposición Adicional primera de la Ley, a cuyo tenor: «Asimismo y en idéntico plazo (un año), el Gobierno aprobará los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica». Tildado de inconstitucional, por rebasar los límites que, en opinión de los recurrentes, asigna el Art. 97 de la Constitución a la potestad reglamentaria del Gobierno, y por entender que tal potestad correspondía al Consejo General del Poder Judicial en virtud de los poderes implícitos que entrañan las funciones que le atribuye la Norma suprema, el Tribunal⁷³ excluye la inconstitucionalidad en cuanto que la disposición cuestionada se refiere genéricamente a todo el texto legal; «mas en cuanto no excluye la posibilidad de desarrollar por vía reglamentaria los preceptos relativos al estatuto de los Jueces y Magistrados, debe entenderse —interpreta el Juez constitucional— que, en ese aspecto, el Gobierno solo está habilitado para dictar reglamentos que no innoven los derechos y deberes que configuran el citado estatuto y que no corresponda dictar al Consejo en virtud del Art. 110 de la LOPJ». Como es patente, a través de esta interpretación conformadora del precepto impugnado a las exigencias de la Norma suprema, el Tribunal reduce notablemente el alcance de la potestad de desarrollo reglamentario atribuida al Gobierno.

Particular importancia iba a tener la Sentencia 74/1987, en la que el Tribunal se pronunciaba sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno Vasco contra la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el Art. 17.3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso. En la nueva redacción dada por esta ley al Art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el apartado segundo enumera los derechos que asisten a toda persona detenida y presa, y entre ellos la letra e) se refiere al «derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano». La cuestión planteada por el recurrente consistía en determinar si el ciudadano español que no comprenda o no hable el castellano tiene, al igual que el extranjero que se encuentre en esa circunstancia, el derecho a ser asistido por intérprete. El Juez constitucional entiende⁷⁴ que el derecho a ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial. Este derecho debe entenderse comprendido en el Art. 24.1 de la Constitución en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión. Aunque el Tribunal considera que el deber de los españoles de conocer el castellano hace suponer que ese conocimiento existe en

⁷³ STC 108/1986, de 29 de julio, fund. jur. 27.

⁷⁴ STC 74/1987, de 25 de mayo, fund. jur. 3º.

la realidad, tal presunción puede quedar desvirtuada cuando el detenido o preso alega verosímilmente su ignorancia o conocimiento insuficiente o esta circunstancia se pone de manifiesto en el transcurso de las actuaciones policiales. Consecuencia de ello, a juicio del Tribunal⁷⁵, es que el derecho de toda persona, extranjera o española, que desconozca el castellano a usar de intérprete en sus declaraciones ante la Policía, deriva directamente de la Constitución y no exige para su ejercicio una configuración legislativa, aunque esta puede ser conveniente para su mayor eficacia. En sintonía con esta interpretación, el Tribunal decide que el Art. 520.2, e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal redactado por la Ley Orgánica 14/1983, no es inconstitucional interpretado en el sentido de que no priva del derecho a ser asistido por intérprete a los ciudadanos españoles que no comprendan o no hablen el castellano. Con ello, el Juez constitucional, aun dictando formalmente una sentencia interpretativa desestimatoria, de hecho, lo que viene a pronunciar es una sentencia aditiva, que se traduce en que el cuestionado precepto incluya a los ciudadanos españoles, no obstante referirse en su tenor literal tan solo a los extranjeros.

La Sentencia 115/1987 también presenta interés. En ella, el Tribunal se pronuncia acerca del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra algunos artículos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. El recurso plantea la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del núm. 2 del Art. 26, de conformidad con el cual, la autoridad gubernativa que acuerde la detención de un extranjero «se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiere sido detenido el extranjero, en el plazo de 72 horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario». El Defensor del Pueblo niega la constitucionalidad de esta disposición, partiendo de la naturaleza administrativa del procedimiento de expulsión y de la prohibición constitucional de que la Administración imponga sanciones que impliquen privación de libertad. El Tribunal admite que si la interpretación fuera la que sostiene el recurrente (intervención adhesiva del juez a la decisión de la autoridad administrativa), se vulnerarían preceptos constitucionales. Pero el Juez constitucional ofrece otra interpretación del precepto,⁷⁶ no claramente apreciable en su dicción literal: lo que el precepto establece, según el Tribunal, es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de 72 horas, ha de solicitar del Juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión. El órgano judicial —precisa el

⁷⁵ *Ibíd.*, fund. jur. 4º.

⁷⁶ STC 115/1987, de 7 de julio, fund. jur. 1º.

Tribunal Constitucional— habrá de adoptar libremente su decisión, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, esto es, las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o a cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. El Tribunal viene de esta forma a dotar al precepto de un contenido no claramente perceptible a la vista de su redacción.

La Sentencia 15/1989 nos sitúa ante un supuesto semejante al anterior. El Tribunal se pronuncia en ella sobre tres recursos de inconstitucionalidad acumulados, promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Gobierno Vasco y la Junta de Galicia, frente a determinados preceptos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Uno de los preceptos impugnados será el Art. 24 de la ley, que, con relación a los supuestos más graves de ignorancia, negligencia o fraude que determinaran una agresión indiscriminada a los consumidores y usuarios, habilitaba al Gobierno para «constituir un órgano excepcional que, con participación de representantes de las Comunidades Autónomas afectadas, asumirá, con carácter temporal, los poderes administrativos que se le encomienden para garantizar la salud y seguridad de las personas, sus intereses económicos, sociales y humanos, la reparación de los daños sufridos, la exigencia de responsabilidades y la publicación de los resultados». Común denominador de la tacha de inconstitucionalidad formulada por los recurrentes será que la constitución de un «órgano excepcional» por el Gobierno de la Nación supone una vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, no pudiéndose desapoderar a las Comunidades Autónomas, e incluso al Estado, de todas o parte de sus competencias para atribuir las a un órgano de nueva factura no previsto constitucionalmente. El Tribunal entiende que el precepto en cuestión es conforme a la Constitución siempre que se tenga en cuenta «que el <carácter temporal> del llamado <órgano excepcional> no podrá exceder en su duración a la del supuesto que motivó su constitución; que la participación en él de representantes de las Comunidades Autónomas afectadas no podrá ser simbólica, o meramente pasiva, sino actuante; y que los poderes administrativos conferidos al órgano excepcional deberán estar encaminados primordialmente a la garantía de la salud y seguridad de las personas en más de una Comunidad Autónoma, debiendo entenderse los demás fines previstos como consecuencias derivadas de la <agresión indiscriminada> a la salud y seguridad».⁷⁷ Con su relectura del precepto, el Tribunal complementa su redacción, precisando aspectos sobre los que la norma guarda evidente silencio.

⁷⁷ STC 15/1989, de 26 de enero, fund. jur. 8º, b).

En la misma línea puede situarse la Sentencia 204/1992, por la que el Tribunal resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sobre la supuesta inconstitucionalidad del Art. 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado. Según tal precepto, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado para las Comunidades Autónomas en los mismos casos previstos por la propia ley para el Estado, cuando aquellas hubieren asumido las competencias correspondientes. El órgano jurisdiccional que plantea la cuestión duda de que la intervención de ese órgano consultivo, con carácter preceptivo, en relación con el ejercicio de funciones que corresponden a la Administración de las Comunidades Autónomas, sea conforme a su autonomía constitucionalmente regulada y a la propia configuración constitucional del Consejo de Estado. El Tribunal Constitucional va a declarar que el precepto impugnado no es contrario a la Constitución siempre que se entienda⁷⁸ que el dictamen del Consejo de Estado se exige a las Comunidades Autónomas sin organismo consultivo propio, en los casos previstos por la Ley Orgánica 3/1980 que formen parte de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas o del procedimiento administrativo común. Es evidente que esta interpretación supone dar al texto legal un sentido bastante diferente del que acoge la redacción inicial del precepto cuestionado.

La Sentencia 76/1996 también puede tildarse de sentencia interpretativa desestimatoria. En ella, el Tribunal se pronuncia sobre varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, planteadas por diversos órganos jurisdiccionales en torno al Art. 110.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 57.2, f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956. El primero de ambos preceptos dispone: «La interposición del recurso contencioso-administrativo contra actos que ponen fin a la vía administrativa requerirá comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado». A su vez, el Art. 57.2, f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (apartado introducido por la Disposición Adicional undécima de la citada Ley 30/1992) establecía que al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se había de acompañar «acreditación de haber efectuado al órgano administrativo autor del acto impugnado, con carácter previo, la comunicación a que se refiere el Art. 110.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». El fundamento último de los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad —al margen

⁷⁸ STC 204/1992, de 26 de noviembre, fund. jur. 6º.

ya de que en ellos se ponga en duda la existencia de alguna finalidad útil en la exigencia de la comunicación previa— se conecta con la consecuencia jurídica (inadmisión del recurso) que se liga a la omisión de la comunicación, omisión esta que se configura, en la interpretación de alguno de los órganos judiciales autores de la cuestión, como un defecto insubsanable, lo que determina su conclusión de que la exigencia de tal comunicación integra un obstáculo injustificado para la efectividad de la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 de la Constitución). El Tribunal recuerda⁷⁹ que el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico reclama, en lo que al caso importa, la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, muy especialmente cuando está en juego no el acceso a los recursos sino el acceso a la jurisdicción, para permitir un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, contenido propio y normal de aquel derecho, que aquí, al proyectarse sobre los actos de la Administración, integra más específicamente el «derecho de los administrados a que el Juez enjuicie los actos administrativos que les afectan, controlando la legalidad de la actuación administrativa, esto es, su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». De todo ello deriva que de entre las distintas interpretaciones posibles de las normas cuestionadas ha de prevalecer no la que sostienen los Autos de planteamiento de las cuestiones aquí acumuladas y que determina la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, impidiendo la resolución jurisdiccional de fondo, sino la que viene a hacer viable esta resolución con plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y que se traduce en una configuración de la omisión de la comunicación previa como defecto subsanable. Interpretadas en tal sentido, el Tribunal falla en el sentido de que las disposiciones impugnadas no son inconstitucionales.

También la Sentencia 116/1999 puede alinearse en la dirección de las anteriormente comentadas. A través de ella, el Tribunal se pronuncia sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por 63 diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Frente a uno de los preceptos impugnados, el Art. 12.2 de la ley, que hacía referencia a determinadas intervenciones sobre el embrión o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, considerando que tal intervención «no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente», el Tribunal iba a acudir a la técnica decisoria que nos ocupa. Entiende el Tribunal⁸⁰ que la

⁷⁹ STC 76/1996, de 30 de abril, fund. jur. 7º.

⁸⁰ STC 116/1999, de 17 de junio, fund. jur. 12.

inconstitucionalidad alegada por los actores carece, en este punto, de consistencia, pues, no parece discutible que el «amparo legal» a que se refiere el precepto debe entenderse como una remisión a los supuestos de aborto no punible del Art. 417 bis del derogado Código Penal que, sin embargo, la disposición derogatoria única del Código vigente mantiene expresamente en vigor. Aunque, según el Tribunal, ese es el sentido propio del inciso final del mencionado Art. 12.2 de la Ley 35/1988, entiende asimismo pertinente despejar cualquier duda en materia de tanta trascendencia y, por ello, considera necesario afirmar de modo expreso «que el mencionado inciso solo resulta constitucional en la medida en que las intervenciones «amparada(s) legalmente» del Art. 12.2 de la ley solo aluden al referido, y aún vigente Art. 417 bis del derogado Código Penal», reflexión que queda asimismo plasmada en el punto 2, a) del fallo.

En fin, la Sentencia 159/2001 constituye otro ejemplo de sentencia, por lo menos en una de sus partes, interpretativa. A través de la misma, el Tribunal resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña frente a diversas disposiciones del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el cual aprobó el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en esta Comunidad Autónoma en materia urbanística. Una de esas disposiciones sería el Art. 47 del mencionado Decreto Legislativo.⁸¹ La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña achacaba a este precepto una vulneración constitucional originaria o primaria y otra derivada: como había incurrido en *ultra vires*, atentaría contra la autonomía local. Consiguientemente, el argumento central del auto de planteamiento era el de un supuesto exceso del Gobierno catalán en el ejercicio de su tarea refundidora, y precisamente, y en la medida en que se hubiera producido, ese exceso del Decreto Legislativo respecto del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 vulneraría, además, la posición constitucional reconocida a los entes locales. El Juez constitucional recuerda en su

⁸¹ A tenor del Art. 47 del Decreto Legislativo 1/1990, aprobado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña:

«1. Si las necesidades urbanísticas de un Municipio aconsejaren la extensión del planeamiento a otros términos municipales vecinos, se podrá disponer la formulación de un Plan Conjunto, de oficio o a instancia del Municipio.

El organismo competente para adoptar el acuerdo será la Comisión de Urbanismo cuando se trate de Municipios incluidos en el ámbito territorial de su competencia. En los demás supuestos, el acuerdo lo adoptará el Consejero de Política Territorial y Obras Públicas.

2. El Consejero o la Comisión determinarán la extensión territorial de los Planes, el Ayuntamiento u Organismo que deba redactarlos y la proporción en que los Municipios afectados han de contribuir a los gastos.

3. Los Ayuntamientos comprendidos en el Plan asumirán las obligaciones que de éste se derivaren».

argumentación⁸² que la norma de cuya refundición se trata (el Art. 32 de la Ley del Suelo de 1976) especifica expresamente que el Plan solo puede elaborarse «en defecto de acuerdo entre las corporaciones afectadas»; pero es lo cierto —razona el Tribunal— que el Art. 47 del Decreto Legislativo 1/1990, sin prever esa cautela, tampoco la excluye frontalmente. Según el Juez constitucional, «del tenor literal de dicho artículo no cabe concluir que queda vedada toda participación de los Municipios afectados en la iniciativa del proceso de elaboración y aprobación del Plan, ni tampoco que la posición que les asignaba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 se haya visto alterada o menoscabada». Por lo demás, existen argumentos —según admite el Tribunal— (particularmente, los obtenibles de la interpretación sistemática o conjunta de varios preceptos del Decreto Legislativo 1/1990) que permiten afirmar que en el proceso de elaboración y aprobación por la Administración autonómica catalana de los Planes de Conjunto son los Municipios (aquel o aquellos cuyas necesidades urbanísticas necesitan del Plan y los demás Municipios afectados) quienes tienen, en la fase inicial, la disponibilidad o la decisión acerca de dichos Planes, y que únicamente en defecto de acuerdo entre ellos puede la Comunidad Autónoma llevar a la práctica la competencia aprobatoria que le atribuye el precepto cuestionado. En cualquier caso, el Tribunal precisa que solo conforme a esta interpretación resulta constitucional el precepto impugnado. Ello queda plasmado en el punto tercero del fallo, en el que se declara que el citado Art. 47 del Decreto Legislativo solo es constitucional si se interpreta en el sentido de que la facultad de la Comunidad Autónoma de Cataluña de formular Planes de Conjunto únicamente puede llevarse a cabo «en defecto de acuerdo entre las Corporaciones Locales afectadas».

b') El Juez constitucional español no solo ha pronunciado sentencias interpretativas desestimatorias, sino también ha recurrido a tal técnica en casos de sentencias estimatorias, si bien, ciertamente, estos han sido mucho más infrecuentes.

El primero de ellos lo encontramos en la Sentencia 22/1981. A través de la misma, el Tribunal se pronunciaba sobre la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado de Trabajo núm. 9 de Madrid, sobre la Disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.⁸³ A tenor del párrafo primero de tal norma: «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin

⁸² STC 159/2001, de 5 de julio, fund. jur. 10.

⁸³ STC 22/1981, de 2 de julio, fund. jur. 8º.

perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación». A partir de la consideración de que la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo, el Tribunal entiende⁸⁴ que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo, es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo. A partir de tal razonamiento, el Juez constitucional decidirá en el sentido de que es inconstitucional la disposición impugnada «interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad». El Tribunal extrae, pues, una norma, esto es, un significado determinado, de la disposición impugnada y la declara disconforme con la Norma suprema.

En su trascendente Sentencia 199/1987, en la que el Tribunal se pronunciaba sobre los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los Parlamentos de Cataluña y del País Vasco frente a la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del Art. 55.2 de la Constitución, el Juez constitucional iba a recurrir, en relación con uno de los preceptos impugnados, el Art. 15.1, a la técnica que nos ocupa, esto es, a una sentencia interpretativa estimatoria. A tenor de este último precepto: «La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo establecido en los Arts. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de incomunicación». El «intérprete supremo de la Constitución» parte de la consideración de que esta no ha habilitado al legislador orgánico para suprimir en este caso la intervención judicial y para encomendar a la autoridad gubernativa, sin intervención judicial alguna, la medida de incomunicación. Por la propia naturaleza de la medida, y dada su finalidad de no perjudicar «el éxito de la instrucción», el Tribunal entiende que la ordenación inmediata de la incomunicación puede realizarla la autoridad gubernativa, pero ello no excluye ni impide el que la decisión definitiva al respecto haya de adoptarse por el órgano judicial.

⁸⁴ *Ibíd.*, fund. jur. 9º.

«Es decir —razona el Tribunal⁸⁵— se justifica, en aras de la efectividad de la medida, una previa decisión de carácter provisional de la autoridad gubernativa, pero sometida y condicionada a la simultánea solicitud de la confirmación por el órgano judicial, garantía suficiente del derecho del afectado». Sin embargo, el Art. 15.1 no ha previsto esta intervención judicial confirmatoria, y parece partir de la idea de la no necesidad de intervención judicial en la decisión de la incomunicación durante el periodo inicial de detención gubernativa en las primeras 72 horas. En sintonía con lo que precede, el Tribunal declara que el precepto cuestionado es inconstitucional, «a no ser que se interprete que la incomunicación por parte de la autoridad administrativa ha de ser objeto de simultánea solicitud de confirmación al órgano judicial competente». Con ello, el Tribunal da un sentido por entero diferente al que le diera en su redacción el legislador a la norma cuestionada.

La Sentencia 105/1988 se sitúa en la misma dirección que las dos que preceden. A través de la misma, el Juez constitucional se pronuncia sobre varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas por diversos Juzgados y Tribunales, por la supuesta inconstitucionalidad del Art. 509 del Código Penal, de conformidad con cuyo párrafo primero: «El que tuviere en su poder gánzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, será castigado con la pena de arresto mayor». El Tribunal rechaza que el precepto pueda considerarse contrario al principio, y a la par derecho, de legalidad penal del Art. 25 de la Constitución. Pero si se examina a la luz de los dictados del Art. 24.2 de la misma, y en particular del derecho a la presunción de inocencia, el problema adquiere un cariz bien diferente, pues la disposición legal enjuiciada no es en sí misma inconstitucional, pero sí que lo es alguna de las interpretaciones de que ha sido y puede ser todavía objeto, lo que, a juicio del Tribunal⁸⁶, impone la conveniencia de llegar a una sentencia constitucional de carácter interpretativo, que tome, sobre todo, en consideración el principio de conservación de las disposiciones legales, en cuanto las mismas puedan ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución. Así las cosas, en el fallo, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del Art. 509 del Código Penal «en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito».

En fin, la Sentencia 62/1990 acude a la técnica que venimos comentando con relación a alguno de los preceptos impugnados. A través de tal decisión, el Tribunal se pronuncia sobre cuatro recursos de inconstitucionalidad acumulados

⁸⁵ STC 199/1987, de 16 de diciembre, fund. jur. 11.

⁸⁶ STC 105/1988, de 8 de junio, fund. jur. 3º, b).

presentados, entre otras instituciones, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y la Diputación General de Aragón, frente a diversos artículos de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. Será su Art. 8.2 el que propiciará un pronunciamiento interpretativo estimatorio. A su tenor: «Los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de lo Social y los Juzgados de Menores con jurisdicción de extensión territorial inferior a la de una provincia tienen la sede donde se establece en los anexos VII, VIII, IX y XI, respectivamente, de esta Ley, dentro de la misma Comunidad Autónoma y toman el nombre del municipio correspondiente». En las demandas se tacha de inconstitucional este precepto por atribuir al Estado el ejercicio de competencias autonómicas, en concreto, la relativa a la localización de la capitalidad de las demarcaciones judiciales. Admite el Tribunal que, efectivamente, al remitir el precepto en cuestión a los mencionados anexos, está fijando la capitalidad de las respectivas demarcaciones judiciales, invadiendo por lo mismo competencias autonómicas. Bien es verdad que las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas para fijar la delimitación de las demarcaciones judiciales y, por necesaria conexión, para localizar la capitalidad de las mismas, no pueden entenderse referidas a la demarcación Comunidad Autónoma, pues viene definida directamente en la Constitución (Art. 152.1), ni a la provincia, pues sobre los límites provinciales no existe posibilidad de disposición autonómica (Art. 141.1, *in fine*, de la Constitución). Ahora bien, al margen de estas dos excepciones, el Tribunal entiende⁸⁷ que no existe razón alguna para negar o impedir el ejercicio de las competencias asumidas al respecto por las Comunidades Autónomas, en virtud de lo dispuesto en el Art. 152.1, párrafo segundo, de la Constitución, a través de sus Estatutos de Autonomía, ejercicio que, de acuerdo con el sistema creado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, habrá de llevarse a cabo mediante ley de la Comunidad Autónoma que fije la capitalidad de la correspondiente demarcación. Por todo lo expuesto, el precepto cuestionado, en cuanto desconoce dichas competencias y no prevé su ejercicio por las Comunidades Autónomas, ha de tacharse de inconstitucional «en lo que se refiere a las demarcaciones judiciales diferentes de la provincia y que integren a varios partidos judiciales». Quedan así —añade el Tribunal— excluidas de tal inconstitucionalidad la fijación de la capitalidad en demarcaciones coincidentes con la provincia, con un partido judicial, o que no se localicen en una Comunidad Autónoma (casos de Ceuta y Melilla)». En el punto 1º del fallo, la disposición cuestionada es declarada inconstitucional «en los términos contenidos en el fundamento jurídico 10, b)».

⁸⁷ STC 62/1990, de 30 de marzo, fund. jur. 10, b).

c') Los ejemplos podrían multiplicarse, pero lógicamente es por entero imposible referirnos a todos y cada uno de los casos en los que el Tribunal Constitucional ha recurrido a esta técnica de la sentencia interpretativa, bien bajo su modalidad de sentencia desestimatoria, bien bajo la más infrecuente de sentencia estimatoria. En cualquier caso, lo que interesa retener es que tanto desde una como desde otra perspectiva, el Juez constitucional ha actuado, en mayor o menor grado, como legislador positivo, y ello es así incluso en las sentencias interpretativas estimatorias, pues aun declarando la inconstitucionalidad de la disposición, lo que en realidad está haciendo el Juez constitucional es más bien declarar la inconstitucionalidad de una o varias normas, esto es, interpretaciones, extraídas de la disposición impugnada, que admite alguna interpretación conforme con la Norma suprema, todo lo cual se traduce en el cambio real del significado de la disposición respecto de la originaria dicción legal.

b) El abuso y perversión del principio de interpretación conforme: la STC 101/2008, de 24 de julio

El 24 de julio de 2008, el Tribunal Constitucional, integrado por su presidente y nueve magistrados, decidía desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 51 Senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, contra el nuevo apartado séptimo del Art. 184 del Reglamento del Senado (en adelante RS), introducido por el artículo único de la reforma de dicho Reglamento aprobada el 21 de noviembre de 2007.

En la sentencia, que iba acompañada de tres votos particulares discrepantes, se declara la conformidad constitucional del precepto impugnado en tanto en cuanto se interprete en el sentido expresado en los fundamentos jurídicos noveno y décimo de la decisión. Se trata, pues, de una típica sentencia interpretativa, aunque ello, anticipémoslo ya, solo desde una perspectiva formal, en la que se subraya de modo específico la trascendencia de la interpretación dada al hacerse una referencia expresa a la misma en el *decisum*.

Con esta resolución, el Tribunal rompe de modo brutal con los rasgos propios de este tipo de sentencias, rasgos a los que ya hemos aludido, y que por lo demás el propio Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia anterior, se había preocupado de delinear. Ejemplo paradigmático de ello lo encontramos en su Sentencia 235/2007, en la que nuestro Juez constitucional compendia la doctrina sentada por él mismo en diversas decisiones precedentes en torno a las sentencias interpretativas. Su doctrina⁸⁸ puede ser sistematizada, extrayendo de ella los tres principios generales siguientes:

⁸⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre, fund. jur. 7º.

a') La efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos, pues al Tribunal le está vedado tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional.

b') La interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales.

c') No compete al Tribunal la reconstrucción de una norma explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde.

La sentencia 101/2008 ignorará justamente los tres principios precedentes, desfigurando el sentido del enunciado normativo, operando verdaderamente *contra legem* y conduciendo la interpretación llevada a cabo por el Tribunal a una norma realmente nueva, que no solo convierte al Tribunal en legislador positivo, sino que, en su actuación como tal, le lleva a oponer su voluntad a la del legislador parlamentario.

Con la Sentencia de 24 de julio de 2008 se cerraba el complicado proceso jurídico desencadenado por la reforma de la LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo⁸⁹. Esta había introducido una importante innovación en el procedimiento de integración del Tribunal, al disponer el párrafo segundo del texto reformado del Art. 16.1 de la LOTC: «Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara». Ello entrañaba que mientras con anterioridad a la reforma de 2007, la propia Cámara alta seleccionaba libremente los candidatos a proponer al Rey, para su nombramiento como Magistrados constitucionales, de entre aquellas personas que reunieran los requisitos exigidos por el Art. 159.2 de la Constitución, tras la Ley Orgánica 6/2007, el Senado había de llevar a cabo su selección de entre los candidatos formalmente propuestos por los órganos legislativos autonómicos. El recurso de inconstitucionalidad planteado por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra, entre otros preceptos de la Ley Orgánica 6/2007, el anteriormente transcrito, fue resuelto por medio de la STC 49/2008, de 9 de abril, en la que el Tribunal desestimó el recurso.

⁸⁹ Cfr. al respecto FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*. Madrid: Editorial Dykinson, 2009, tomo III, pp. 893 y ss.

La lógica remisión al Reglamento del Senado por parte del párrafo segundo del Art. 16.1 de la LOTC conducía a la reforma reglamentaria formalizada finalmente el 22 de noviembre de 2007, que se traducía en la adición de un nuevo apartado séptimo al Art. 184 del Reglamento del Senado, norma que contemplaba las reglas generales a las que se había de acomodar el procedimiento encaminado a las propuestas de nombramiento encomendadas al Senado. El inciso final del punto b) del nuevo apartado resolvía la polémica cuestión de si la alta Cámara se hallaba vinculada por las propuestas formuladas por las sedes legislativas autonómicas. La previsión, la única acorde por lo demás con la nueva fórmula de selección de los candidatos a Magistrados constitucionales establecida en la reforma de 2007, venía a acoger la plena vinculación de las propuestas autonómicas, con una única, y muy excepcional (por no decir que impensable), salvedad: que no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes. Piénsese que, en los supuestos normales, el Senado propone al Rey cuatro miembros del Tribunal, y el Reglamento del Senado, tras su reforma, habilita a cada Asamblea Legislativa autonómica para proponer hasta dos candidatos, lo que, habida cuenta de la existencia de 17 Asambleas legislativas, supone que estas van a poder proponer un total de 34 candidatos; así las cosas, pensar en que, transcurrido el plazo para que se lleven a cabo tales propuestas, no haya candidatos suficientes para que, de entre ellos, el Senado proponga al Rey los nombres de cuatro personas para su nombramientos como Magistrados del Tribunal Constitucional, más bien parece un supuesto de ciencia ficción.

La totalidad de la Sentencia 101/2008 gira en torno a la necesidad de interpretar la expresión del inciso final del apartado b) del Art. 184.7 RS, «candidaturas suficientes»⁹⁰, en un sentido no solo literal, numérico o cuantitativo, sino también en otro cualitativo o de mérito, de forma tal que solamente serán consideradas «suficientes» las candidaturas de aquellas personas sobre las que pueda recaer el apoyo de la Cámara, puesto de manifiesto en la exigencia de que obtengan el voto favorable de los tres quintos de los Senadores. Dicho de otro modo, para el Tribunal, la expresión «candidaturas suficientes» debe entenderse como «candidaturas de mérito suficiente y en número bastante para proveer a las designaciones que corresponda en cada caso realizar al Senado» (demás está decir que aunque el Senado elige cuatro Magistrados, puede haber supuestos de vacancia que le exijan, por ejemplo, proponer tan solo a uno).

Para llegar a tal interpretación, la sentencia se detiene con carácter previo en un examen innecesariamente casuístico y detallado de las diversas etapas del procedimiento a seguir para la elección, y cuando (en el fundamento jurídico noveno)

⁹⁰ STC 101/2008, de 24 de julio, fund. jur. 9.

llega a la conclusión expuesta, expresada en términos tan enrevesados y poco claros como los que ahora transcribimos, vuelve a iniciar, reiterativamente, el *iter* argumental, quizá porque el propio Tribunal tema, no sin razón, haber sido bien poco claro y aún menos convincente. Como decimos, el fundamento jurídico noveno se cierra con una conclusión tan alambicada como la que transcribimos a renglón seguido:

«Así entendido, el supuesto reglamentario se referiría, no solamente a la inexistencia de candidaturas en número suficiente en relación con los Magistrados a designar, sino también a la eventual inidoneidad de los candidatos presentados, entendido esto último relativo (*sic*) no ya al incumplimiento de los requisitos formales, sino al juicio subjetivo que la Cámara, a través del procedimiento reglamentariamente previsto, ha de formarse sobre los candidatos presentados y que se expresará en términos de aceptación o rechazo de los mismos».

La sentencia está trufada de contradicciones. Sin ánimo exhaustivo⁹¹, aludiremos a la que consideramos como principal contradicción: la que conduce al Tribunal a desnaturalizar la voluntad del legislador inequívocamente expresada. La sentencia choca de modo frontal con la dicción clara e inequívoca del Art. 16.1 de la LOTC, convalidado constitucionalmente por la ya referida STC 49/2008. Porque frente a la exigencia sin matices ni salvedades de este precepto, de que el Senado seleccione las personas que ha de proponer al Rey para su nombramiento como miembros del Tribunal Constitucional de entre los candidatos propuestos por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, la STC 101/2008 interpreta el precepto reglamentario impugnado en un sentido tal que solo podrá entenderse constitucionalmente conforme si se interpreta en contradicción con el texto de ese Art. 16.1.

No hay exageración alguna en nuestra apreciación. Nos bastará para corroborarlo con transcribir algunas de las reflexiones finales que formula el Juez constitucional en el fundamento jurídico décimo y último de la sentencia.

Admite el Tribunal, como no podía ser de otra manera, que, en principio, los candidatos sobre los que la Comisión de Nombramientos del Senado ha de verificar si resultan susceptibles de merecer la confianza institucional de la Cámara, a fin de, tras su preceptiva comparecencia ante la propia Comisión, incluirlos en la debida propuesta al Pleno (que incluye tantos candidatos como puestos a cubrir), serán los que hayan presentado las Asambleas Legislativas autonómicas, «pero —precisa

⁹¹ Cfr. al efecto, para un análisis más detallado FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho comparado*, ob. cit., tomo III, pp. 1031 y ss.

de inmediato el Tribunal— la libertad institucional, insuprimible, del Senado y, en este trámite procedimental, de su Comisión de Nombramientos, no puede llevar a la Cámara a la imposibilidad de cumplir con su obligación constitucional de designar Magistrados del Tribunal Constitucional. Imposibilidad que, como hemos examinado, podría darse tanto si las Asambleas Legislativas no atendieran a la invitación del Senado para presentar candidatos, como si los presentados no reunieran los requisitos necesarios o no resultaran, a juicio de la Comisión de Nombramientos —cuya voluntad, en virtud de su propia composición y funcionamiento, es legítimo trasunto de la del Pleno, al que, en todo caso, compete la última palabra—, merecedores de la confianza institucional del Senado. En esos casos se estaría ante el supuesto de que <no se hubiesen presentado en plazo candidaturas suficientes>, contemplado por el Art. 184.7 b) RS y para el que se ha previsto que la Comisión presente otros candidatos, que no serán ya propuestos por las Asambleas, sino por los Grupos Parlamentarios del Senado con arreglo al procedimiento que se inicia con la fase de admisión regulada en los apartados 3 y 4 del Art. 184 RS».

«Por ello, —puede leerse en el antepenúltimo párrafo del fundamento décimo— ninguna objeción cabe formular a que la Cámara alta haya de limitarse, en principio, a elegir, como indica el Art. 16.1 LOTC, entre los candidatos previamente presentados por las Asambleas Legislativas autonómicas y en esa forma lo establezca en su Reglamento, pues, en todo caso, interpretado el precepto reglamentario en los términos expresados en la presente sentencia se garantiza que la misma (la Cámara alta) pueda cumplir con la dicha función constitucional, eligiendo a otros candidatos posibles surgidos de su propio seno, en el caso de que no resulte posible cubrir todos o alguno de los puestos de Magistrados del Tribunal Constitucional por no obtener la mayoría de tres quintos los presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas».⁹²

La interpretación del Tribunal es evidente que se asienta en una ficción: la búsqueda de supuestos excepcionales para, a partir de ellos, justificar la quiebra de la finalidad perseguida por el legislador orgánico con el Art. 16.1 LOTC, cuando tales supuestos, además, se hallan lejos de haber sido contemplados por el Art. 184.7 RS, que solo se refiere a una circunstancia tan extraña e imprevisible que, razonablemente, está llamada a no producirse jamás. El carácter ficticio de toda la argumentación del Tribunal se acentúa si se tiene presente que el precepto reglamentario impugnado no puede pretender otro fin más que el de viabilizar el procedimiento a seguir para efectivizar el nuevo sistema de integración del Tribunal Constitucional establecido

⁹² STC 101/2008, de 24 de julio, fund. jur. 10.

por el Art. 16.1 LOTC, precepto, y ha de insistirse en ello, cuya constitucionalidad fue confirmada sin reserva alguna por otra sentencia constitucional, la ya citada STC 49/2008, tan solo tres meses anterior a la que ahora comentamos.

En definitiva, el Tribunal, a partir de esos supuestos ficticios que se inventa, no obstante carecer los mismos de cualquier cobertura normativa, entiende que la norma reglamentaria impugnada solo será conforme con la Constitución si se interpreta de modo tal que, en esos supuestos hipotéticos que el Tribunal pergeña, que en último término quedan en dependencia del puro arbitrio del Senado (bien podrían reconducirse tan solo al hecho de que la Cámara no quiera respaldar por los tres quintos de sus miembros a los candidatos propuestos por las sedes autonómicas), se vacíe de contenido la disposición acogida por el Art. 16.1 LOTC, retornando en tales casos al sistema anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, pasando a ser la propuesta de candidatos de la competencia de los Grupos Parlamentarios de la Cámara. Dicho de otro modo, la constitucionalidad de una norma puramente procedimental, llamada a desarrollar una norma sustantiva, se supedita a una interpretación tal que entraña el vaciamiento, la ignorancia —en realidad, habría que decir la flagrante vulneración— de la norma sustantiva de la que trae su causa la norma procedimental. Tal es el dislate mayúsculo que subyace a esta interpretación del Juez constitucional.

c) Sentencias manipulativas

a') Las omisiones del legislador han propiciado que el Tribunal Constitucional, en la estela de la *Corte costituzionale*, haya recurrido a una serie de decisiones a través de las cuales ha intentado acomodar el contenido (o la falta de contenido) de las disposiciones ante él impugnadas a las normas constitucionales mediante su integración o modificación. La doctrina italiana, para identificar este tipo de decisiones, acuñó la expresión *sentenze manipolative* o *manipulatrici*, debiéndose la paternidad de la misma a Elia, quien formularía la expresión en 1965, en un comentario a la sentencia n° 52 de ese mismo año de la *Corte costituzionale*⁹³. Dentro de esta genérica categoría se pueden distinguir dos tipos: el de aquellas decisiones en las que la «manipulación» se produce a través de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición que tiene un alcance normativo menor del que constitucionalmente debería tener, y el de aquellas otras en las que la ley prevé una determinada cosa, mientras que el Juez constitucional entiende que constitucionalmente debería de prever otra. Crisafulli, con notable nitidez, compendiaría

⁹³ ELIA, Leopoldo. «Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria». *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, nuova serie, Anno VIII, 1965, pp. 537 y ss.; en concreto, p. 562.

en muy pocas palabras estos dos tipos, señalando que las decisiones manipulativas *«hanno per effetto di «far dire» alla disposizione cui si riferiscono qualcosa di diverso, e di solito qualcosa di più rispetto a quello che ne era l'originario significato»*⁹⁴.

b') El Tribunal Constitucional español, desde el año 1983, ha venido utilizando la técnica de las sentencias aditivas, que, sin duda, constituye la manifestación más característica de esa categoría más amplia que son las sentencias manipulativas. Es imposible, obviamente, pretender referirnos a todas las sentencias de este tipo dictadas en los treinta años de vida del Tribunal. Tan solo aludiremos a algunas, en el bien entendido de que este tipo de decisiones reflejan, con particular nitidez, cómo el Juez constitucional, abandonando el rol kelseniano de legislador negativo, se ha convertido en un verdadero legislador positivo.

Las Sentencias 103/1983 y 104/1983 constituyen los primeros ejemplos de decisiones aditivas. Aludiremos a la primera por cuanto la segunda se limita a reiterar lo dicho por aquella. En la primera de las citadas decisiones, el Tribunal se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura de Trabajo nº 1 de Madrid en torno a la posible inconstitucionalidad del Art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, por vulnerar el derecho a la igualdad de trato sin discriminación por razón de sexo, consagrado por el Art. 14 de la Constitución. Según la citada norma de la Ley de la Seguridad Social, la viuda de un trabajador tenía derecho a percibir una pensión de viudedad si concurrían las dos siguientes condiciones: que hubiese convivido habitualmente con el causante de la pensión o que, en caso de separación conyugal, la sentencia firme la hubiera reconocido inocente; y que el cónyuge causante de la pensión, siendo trabajador por cuenta ajena, hubiese completado el periodo de cotizaciones reglamentariamente determinado, salvo que la causa de la muerte fuese un accidente de trabajo o no laboral. El derecho del viudo de sexo masculino estaba, sin embargo, sometido a un condicionamiento adicional por el referido Art. 160.2. Para tener derecho a la pensión, se le exigía, además de las condiciones precedentes, que al tiempo de fallecer la esposa causante de la pensión se encontrara incapacitado para el trabajo y estuviera a cargo de ella. El Tribunal iba a entender⁹⁵ que, falta de la necesaria fundamentación que la justificara, la desigualdad de régimen jurídico expuesta se presentaba nítidamente contraria a los dictados de la Constitución, considerando que para restablecer la igualdad se hacía preciso declarar la inconstitucionalidad del

⁹⁴ CRISAFULLI, VEZIO. «Giustizia costituzionale e potere legislativo». En la obra colectiva *Aspetti e Tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*. Milano: Giuffrè Editore, 1977, vol. 4, pp. 129 y ss.; en concreto, p. 141.

⁹⁵ STC 103/1983, de 22 de noviembre, fund. jur. 7.

Art. 160.2, pero también —y en ello reside la naturaleza aditiva de la decisión— del inciso del apartado primero del mismo artículo donde dice en femenino «la viuda», «pues solo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino».

Quizá convenga recordar una sentencia ya comentada, la STC 74/1987, que aun siendo formalmente una decisión interpretativa desestimatoria, materialmente tenía un inequívoco carácter aditivo, en cuanto reconocía a los ciudadanos españoles que no conocieran el castellano el mismo derecho a ser asistidos de intérprete que el texto legal tan solo reconocía a los extranjeros desconocedores de nuestra lengua.

También tuvimos oportunidad de referirnos precedentemente a la Sentencia 116/1987, otra decisión en parte aditiva, que venía a declarar que el Art. 1º de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República, era parcialmente inconstitucional y, por tanto, nulo en cuanto excluía del ámbito de aplicación del Título I de la Ley a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936, fecha de inicio de la Guerra Civil. El Tribunal, a los efectos de valorar la posible quiebra del principio/derecho a la igualdad, fija el *tertium comparationis* no en el trato legal otorgado por la Ley 37/1984 a los militares incorporados con anterioridad al 18 de julio de 1936, cuanto en la situación y el trato dispensado por la legislación de amnistía a los funcionarios civiles que consolidaron su empleo con posterioridad al 18 de julio de 1936. «Es esa última distinción de trato entre funcionarios civiles y funcionarios militares, —aduce el Juez constitucional—⁹⁶ todos ellos posteriores a la rebelión militar, —distinción ciertamente no creada por la Ley 37/1984, pero sí mantenida por ella en su Art. 1— la que requiere un enjuiciamiento desde los postulados del Art. 14 de la Constitución». A partir de ahí, el Tribunal concluirá que «una vez que el legislador ha aplicado el criterio de la profesionalidad a los funcionarios civiles de la República, para hacerles acreedores a la plenitud de los derechos reconocidos por la legislación de amnistía, sin atender al momento de su incorporación a la Administración o, lo que es igual, sin referencia alguna a si dicha incorporación se produjo antes o después del comienzo de la guerra civil, el principio de igualdad obliga a la aplicación de idéntico criterio a los funcionarios militares profesionales, cualquiera que haya sido la fecha —anterior o posterior al 18 de julio de 1936— de sus nombramientos o de la consolidación de sus empleos

⁹⁶ STC 116/1987, de 9 de julio, fund. jur. 8.

con carácter definitivo».⁹⁷ Con el fallo precedentemente mencionado, el Tribunal modificaba el ámbito subjetivo del texto legal, inicialmente circunscrito (por su reenvío a otros textos legales) a los Oficiales, Suboficiales y clases (de tropa) que se hubiesen incorporado a los Ejércitos antes del inicio de la Guerra Civil, y que tras la sentencia pasa a incluir, a los efectos del reconocimiento de derechos y servicios prestados, también a quienes se hubiesen incorporado a las Fuerzas Armadas después del 18 de julio de 1936.

En la misma línea que las anteriores se ha de situar la Sentencia 154/1989, con la que el Tribunal se pronuncia sobre un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra ciertas disposiciones de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1984, de 11 de diciembre, de Radiodifusión y Televisión de la Comunidad Autónoma de Canarias. Uno de los preceptos impugnados era el Art. 6.3, que regulaba las causas de incompatibilidad de los miembros del Consejo de Administración del ente Radiotelevisión Canaria, lo que se fundamentaba en la omisión de una de las causas de incompatibilidad que, para ser miembro del Consejo de Administración de Radiotelevisión Española, establecía el Art. 7.4 de la Ley 4/1980, del Estatuto de la Radio y Televisión, dado que la competencia autonómica canaria en materia de radiodifusión y televisión se circunscribe al desarrollo legislativo y ejecución en «los términos y casos establecidos en la Ley reguladora del Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión». Para el Juez constitucional⁹⁸, el principio de seguridad jurídica debe conducir a la inconstitucionalidad postulada por el Gobierno de la Nación del citado Art. 6.3 de la Ley canaria, si bien limitado a la omisión o exclusión en dicho precepto de la causa de incompatibilidad omisa (incompatibilidad con todo tipo de prestación de servicios o relación laboral en activo con Radiotelevisión y sus sociedades) y no a la totalidad del artículo. En armonía con ello, en el punto 1 del fallo, se declara «que es inconstitucional y, por tanto, nulo el Art. 6.3 de la Ley impugnada, en cuanto omite como causa de incompatibilidad para ser miembro del Consejo de Administración de RTVC, «todo tipo de prestación de servicios o relación laboral en activo» con RTVC y RTVE y sus respectivas sociedades». Ello, innecesario es decirlo, entraña adicionar tal causa de incompatibilidad al texto legal de Canarias, actuando el Tribunal como auténtico legislador positivo.

La Sentencia 142/1990 puede tildarse como una decisión típicamente aditiva. El Tribunal se pronuncia a través de ella sobre la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Magistratura de Trabajo núm. 2 de Málaga, por la supuesta

⁹⁷ *Ibidem*, fund. jur. 9.

⁹⁸ STC 154/1989, de 5 de octubre, fund. jur. 6.

inconstitucionalidad del Art. 3 del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, sobre ampliación de prestaciones en el régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), lo que viene a fundamentarse en que, a la vista del precepto cuestionado y de otros concordantes con él contenidos en el Decreto-ley, la prestación de viudedad se establece únicamente en favor de las viudas y no de los varones viudos, lo que constituye respecto de estos un trato desigual. El Tribunal entiende⁹⁹ que no cabe ninguna duda acerca de la similitud de los supuestos considerados en las SSTC 103/1983 y 104/1983 —de las que ya nos hemos hecho eco— con el que suscita la presente cuestión, pues aunque en esta se considera, ciertamente, un régimen especial, el del seguro de vejez e invalidez, eso no desdibuja ni elimina la semejanza, teniendo en cuenta el elemento subjetivo determinante, es decir, el tratarse de personas del mismo sexo las afectadas por las normas y la consideración de esa cualidad como causante de la discriminación concreta que se denuncia. Así las cosas, en el fallo, el Tribunal decide declarar inconstitucional y, por tanto, nulo el inciso del apartado primero del Art. 3 del Decreto-ley «en cuanto excluye a los viudos».

También puede considerarse como una decisión característicamente aditiva la Sentencia 222/1992, por la que el Tribunal se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Fuengirola sobre la supuesta inconstitucionalidad del Art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto que, para subrogarse en un arrendamiento una vez fallecido el arrendatario, exige del vínculo matrimonial, por lo que solo la viuda del arrendatario puede subrogarse en el arrendamiento, no disponiendo de tal facultad quien, no obstante mantener con el arrendatario fallecido una dilatada situación de convivencia, carece de tal vínculo matrimonial. Aunque el Juez constitucional recuerda algo que ya dejó dicho en la STC 184/1990: que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos «realidades equivalentes»¹⁰⁰, más adelante, y ya en específica alusión a la norma excluyente cuya constitucionalidad es aquí controvertida, considera que la misma tiene una finalidad protectora de la familia, admitido lo cual precisa¹⁰¹ que «la diferenciación que introduce entre el miembro superviviente de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho no solo carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional que aquí importa, sino que entra en contradicción, además, con fines o mandatos presentes en la propia Norma fundamental». El Tribunal, en fin, estima que la diferenciación contenida en el Art. 58.1 de la Ley de

⁹⁹ STC 142/1990, de 20 de septiembre, fund. jur. 4.

¹⁰⁰ STC 222/1992, de 11 de diciembre, fund. jur. 5.

¹⁰¹ *Ibidem*, fund. jur. 6.

Arrendamientos Urbanos entre el cónyuge superviviente de una unión matrimonial y quien hubiere convivido *more uxorio* con la persona titular, hasta su fallecimiento, del arrendamiento es inconstitucional por discriminatorio. En armonía con ello, el Tribunal razona¹⁰² que en su fallo ha de declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la exclusión enjuiciada, pero no la nulidad de la regla legal que concede hoy al «cónyuge» el beneficio de la subrogación, «resultado éste que, sobre no reparar en nada la discriminación apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del Art. 58.1 de la L.A.U., un derecho que no merece, claro está, tacha alguna de inconstitucionalidad». En coherencia con tal argumento, el Tribunal declara en el fallo que el Art. 58.1 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos es inconstitucional «en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.

Otro ejemplo de decisiones aditivas lo encontramos en la Sentencia 3/1993, a cuyo través resuelve el Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Magistratura de Trabajo núm. 5 de Málaga, por supuesta inconstitucionalidad del Art. 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, por estimar que infringe el principio de igualdad ante la ley y mantiene una discriminación por razón del sexo rechazada por el Art. 14 de la Constitución. La cuestión versa sobre el reconocimiento en exclusiva a hijas o hermanas, y por tanto, la no atribución a hijos o hermanos, del derecho al percibo de las llamadas prestaciones en favor de familiares por parte del Art. 162.2 de la Ley General de Seguridad Social. En sintonía con la doctrina establecida en casos similares, el Juez constitucional estima¹⁰³ que en tanto que el precepto impugnado introduce el sexo como factor diferencial de la situación jurídica que contempla, lleva a considerar que el tratamiento favorable a las hijas y hermanas que en él se contiene está falto de fundamento racional, por lo que no debería ampliarse el beneficio a los hijos y hermanos, ya que se configura como un privilegio injustificado de las mujeres. Sin embargo, la norma dispensa una protección frente a la pobreza al atribuir una pensión al que, al tiempo de fallecer el padre o hermano causante, se queda sin auxilio económico. Es en este sentido una específica manifestación de la garantía institucional de la Seguridad Social que permite asegurar una cierta protección ante una situación de objetiva necesidad. En atención a todo ello entiende el Tribunal que procede declarar la inconstitucionalidad de la mención del Art. 162.2 de la Ley impugnada «en cuanto excluye a hijos y hermanos»,

¹⁰² *Ibidem*, fund. jur. 7.

¹⁰³ STC 3/1993, de 14 de enero, fund. jur. 5.

lo que, innecesario es decirlo, se traduce en la inclusión de estos últimos entre los beneficiarios de la protección otorgada por la Seguridad Social.

La Sentencia 134/1996 puede incluirse de igual forma dentro de esta categoría de decisiones. A través de ella, el Tribunal resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra el Art. 62 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, con relación a la nueva redacción dada a las letras b) y c) del apartado 1 del Art. 9 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Las modificaciones introducidas por la referida Ley 21/1993, en lo que al recurso interesa, son dos: en primer lugar, dejan de estar exentas todas las pensiones por incapacidad permanente, al contrario de lo que ocurría con anterioridad tanto con las reconocidas por la Seguridad Social como con las causadas por funcionarios públicos. Pero, en segundo término, así como en el caso de la Seguridad Social, las prestaciones que siguen exentas son las correspondientes a incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, en el caso de los funcionarios públicos solo permanecen exentas las causadas en este último caso (gran invalidez), sin que se mencione para nada el supuesto de incapacidad permanente absoluta. Los recurrentes consideran vulnerados el Art. 9.3 de la Constitución, en lo que se refiere al principio de seguridad jurídica, y, especialmente y sobre todo, el Art. 14, al tratarse peyorativamente las pensiones causadas por los funcionarios públicos en relación con las reconocidas por la Seguridad Social. El Tribunal sitúa el recurso en el ámbito del principio de la igualdad tributaria, constatando al respecto la existencia de una diferencia de trato fijada por el legislador sin que este aporte en la Exposición de Motivos de la Ley 21/1993 ninguna justificación objetiva o razonable, lo que le lleva finalmente a apreciar que la diferenciación introducida por la nueva redacción dada a la Ley 18/1991 entre las pensiones de invalidez permanente de la Seguridad Social y las de los funcionarios públicos vulnera el principio de igualdad.¹⁰⁴ Por todo ello, el Tribunal decide declarar la disposición impugnada inconstitucional y nula «solo en la medida en que viene a suprimir, únicamente para los funcionarios de las Administraciones Públicas que se hallen en situación de incapacidad permanente absoluta, la exención de dicho Impuesto» (del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

La Sentencia 73/1997 ejemplifica otra decisión de naturaleza aditiva. A través de la misma, el Tribunal se pronuncia sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra, entre otros preceptos, el Art. 3.1, a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 21/1987, de 26 de noviembre,

¹⁰⁴ STC 134/1996, de 22 de julio, fund. jur.8.

de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración de la Generalidad. El mencionado precepto supone, a juicio del recurrente, una infracción de la Ley estatal 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, cuyas normas se consideran expresamente bases del régimen estatutario de la función pública, dictadas al amparo del Art. 149.1.18^a de la Constitución, y ello por cuanto omite el requisito fundamental exigido por el Art. 5, a) de la indicada Ley estatal de que los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas solo podrán gozar de dicha compatibilidad cuando no perciban retribuciones periódicas por el desempeño de su función parlamentaria. El Tribunal concluye su razonamiento, entendiéndose¹⁰⁵ que el silencio del texto legal catalán sobre esta condición básica para el sistema de incompatibilidades «no puede calificarse como inocuo, indiferente o neutro... La incorporación íntegra de la norma básica ha de exigirse aquí y ahora por virtud del carácter esencial del requisito omitido. En consecuencia, no siendo posible una interpretación conforme del precepto... resulta clara su invalidez». Por consiguiente, debe declararse la inconstitucionalidad del precepto impugnado, en cuanto al omitir un requisito de incompatibilidad contradice lo dispuesto en la legislación básica. Ello, innecesario es decirlo, presupone la adición al texto legal que, por su incomplitud, contradice las previsiones constitucionales, del requisito comentado.

c') El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad también de dictar algunas decisiones sustitutivas. La Sentencia 56/1990 podría ser, en una de sus partes, un buen ejemplo de ello. A través de la misma, el Tribunal se pronunciaba sobre cuatro recursos de inconstitucionalidad acumulados, presentados por el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad, por la Junta de Galicia y por el Gobierno Vasco, frente a determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Una de las disposiciones impugnadas sería el Art. 171.4 de la LOPJ, que se refería a la capacidad del Ministerio de Justicia de instar la inspección del Consejo General del Poder Judicial de cualquier Juzgado o Tribunal. Venía así a referirse a una atribución de tipo ejecutivo, y que no aparece constitucionalmente reservada a la competencia estatal, al no versar sobre el núcleo de la Administración de Justicia, competencia exclusiva del Estado, *ex* Art. 149.1.5 de la Constitución, ni sobre el estatuto del personal de la Administración de Justicia, reservado por la LOPJ a la competencia del Estado. Por lo mismo, entiende el Tribunal¹⁰⁶ que deben entrar en juego aquí las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía, al atribuir a las

¹⁰⁵ STC 73/1997, de 11 de abril, fund. jur. 4.

¹⁰⁶ STC 56/1990, de 29 de marzo, fund. jur. 13, b).

Comunidades Autónomas las facultades que la LOPJ reserve al Gobierno. Según el Juez constitucional, «resulta de ello que el artículo en cuestión ha de interpretarse en el sentido de que la facultad de instar la inspección de Juzgados y Tribunales corresponderá al Ministerio de Justicia respecto de aquellas Comunidades Autónomas que no hayan asumido competencias en este aspecto, mientras que en aquellas cuyos Estatutos contengan cláusulas subrogatorias relativas a las facultades del Gobierno en materia de Administración de Justicia, corresponderá tal facultad de instar la inspección solamente a las instituciones autonómicas, excluyendo en estos casos la acción del Ministerio de Justicia». En coherencia con ello, en el punto 1 b) del fallo se declara que el Art. 171.4 de la LOPJ no es inconstitucional, interpretado en el sentido del fundamento jurídico 13, b). Y parece indiscutible que esta interpretación presupone atribuir una determinada facultad legal a un órgano diferente del que prevé el propio precepto.

Aunque con una perspectiva diferente, también la Sentencia 5/1981, una de las primeras dictadas por el Tribunal, podría reconducirse a esta categoría. En ella se pronunciaba sobre el recurso de inconstitucionalidad promovido por 64 Senadores socialistas, contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regulaba el Estatuto de Centros Escolares (LOECE). Entre los preceptos impugnados se hallaban los Arts. 34.2 y 34.3 b) de la citada Ley, considerados por los recurrentes contrarios al Art. 27.7 de la Constitución, porque al remitir al reglamento de régimen interior de cada centro escolar el contenido concreto del derecho de profesores, padres y, en su caso, alumnos a intervenir en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, «en los términos que la ley establezca», se estaba infringiendo el principio de reserva de ley establecido por el Art. 53 de la Norma suprema. Consta el Tribunal¹⁰⁷ que el Art. 34 de la LOECE establece un sistema único de intervención de padres, profesores, personal no docente y, en su caso, alumnos en el control y gestión de los centros docentes privados, con independencia de que estos estén sostenidos o no con fondos públicos. Admite el Tribunal que este tratamiento indiferenciado de dos tipos de centros cuyas diferencias son relevantes desde el punto de vista constitucional implica algunas dificultades en el tratamiento y solución de la cuestión propuesta, pues, como es obvio, solo en el caso de los centros sostenidos con fondos públicos atribuye la Constitución un derecho a intervenir en el control y la gestión. Diversos argumentos (entre otros, la ausencia de toda precisión acerca de cuál haya de ser el procedimiento de elaboración y aprobación de estos reglamentos de régimen interior y las atribuciones concretas de los órganos colegiados en los

¹⁰⁷ STC 5/1981, de 13 de febrero, fund. jur. 14.

que participan profesores y padres) llevan al Tribunal a considerar que el precepto de remisión al reglamento de régimen interior de materias reservadas a la ley (Art. 34.2 LOECE) es inconstitucional y, por lo mismo, nulo, pues tal reenvío no permite considerar suficientemente garantizado el ejercicio del derecho. Y en cuanto al apartado 3, b) del propio Art. 34 (que contempla el Consejo del centro, como órgano supremo de participación), es considerado por el Tribunal¹⁰⁸ constitucionalmente inobjetable en cuanto referido a los centros privados no sostenidos por fondos públicos, pero no reúne, en cambio, los requisitos mínimos indispensables para entenderlo adecuado a la Constitución cuando ha de ser utilizado como regulación del derecho que esta otorga a los diversos estamentos componentes de la comunidad educativa para intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos. Esta argumentación conduce al que el Tribunal declare en el punto 2 B) del fallo la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los Arts. 34.3 b) y 34.2 de la Ley Orgánica impugnada «en cuanto se refieren a centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, no siendo opuestos a la Constitución en cuanto se refieren a centros privados no sostenidos con fondos públicos». De esta forma, el Tribunal declara primero la inconstitucionalidad del precepto, sustituyendo su contenido después, en cuanto, tras la sentencia, tales disposiciones han pasado a regir tan solo los centros privados no sostenidos con fondos públicos.

d') El Juez constitucional español ha dictado asimismo otro tipo de decisiones reconducibles, a nuestro juicio, a la genérica categoría de las sentencias manipulativas, en las que esa «manipulación» se opera a través de la reducción del contenido dado por el legislador a una determinada disposición, que, sin ser anulada, ve reformulado en un sentido reductor su contenido.

Un primer ejemplo que podría traerse a colación viene dado por la Sentencia 113/1989, a cuyo través el Tribunal se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, respecto del Art. 22 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Es de interés recordar que la cuestión se planteaba porque la ejecución de una sentencia, en la que se había condenado al autor de un delito de lesiones graves a abonar una indemnización que se venía satisfaciendo a través de una retención mensual de parte del salario del condenado, se vio interrumpida desde que este causó baja en el trabajo y pasó a percibir una prestación económica de la Seguridad Social, siendo, precisamente, la inembargabilidad de estas prestaciones, establecida en el Art. 22.1 de la mencionada Ley, lo que provocó la declaración de insolvencia

¹⁰⁸ *Ibidem*, fund. jur. 17.

del condenado y la consiguiente interrupción del abono de la indemnización. El Juez constitucional recuerda que entre las variadas razones que motivan las declaraciones legales de inembargabilidad destaca la social de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y se ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia y, a tal fin, la ley establece normas de inembargabilidad de salarios y pensiones que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos de gran número de ciudadanos. Sin embargo, comprobada la justificación constitucional de la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a ejecutar sentencias firmes, el Tribunal se centra en el examen de si la inembargabilidad establecida en la norma legal cuestionada cumple la regla de proporcionalidad de los sacrificios, de obligada observancia en toda limitación de un derecho fundamental¹⁰⁹. Entiende el Tribunal que «para que dicha proporcionalidad se cumpla es preciso que la declaración legal de inembargabilidad se desenvuelva dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y no los sobrepasen de manera tal que se extienda su inmunidad frente a la acción ejecutiva de los acreedores en cuantía que resulte excedente a ese mínimo vital, pues en este caso se estará sacrificando el derecho fundamental de los acreedores a hacer efectivo el crédito judicialmente reconocido más allá de lo que exige la protección de los valores constitucionales que legitima la limitación de este derecho». A partir de este razonamiento, el Tribunal declara inconstitucional el precepto impugnado «en la medida en que, al no señalar límite cuantitativo, constituye (un) sacrificio desproporcionado del derecho a que las sentencias firmes se ejecuten, garantizado [...] por el Art. 24.1 de la Constitución». En definitiva, el precepto cuestionado sería inconstitucional no por establecer la inembargabilidad de las prestaciones de la Seguridad Social, sino por hacerlo de manera incondicionada y al margen de su cuantía, pronunciamiento que aún no siendo en sentido estricto sustitutivo, sí viene a entrañar una cierta sustitución de la voluntad expresada por el legislador en cuanto que el Tribunal entiende que el Art. 22.1, disposición perteneciente a una ley preconstitucional, bien podría ser considerado derogado por otras normas, como el Art. 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que reduce la inembargabilidad de las pensiones a la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional, y así lo podría haber constatado el juez *a quo*. Ello, *de facto*, vendría a suponer la sustitución de una norma por otra, ambas, ciertamente, emanadas del propio legislador.

La Sentencia 166/1998 también podría situarse en esta misma dirección. A través de ella, el Tribunal se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada

¹⁰⁹ STC 113/1989, de 22 de junio, fund. jur. 3.

por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos en relación con los núms. 2 y 3 del Art. 154 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Será el primero de los preceptos el que propiciará la estimación parcial de la cuestión. De conformidad con su redacción originaria (la Ley 66/1997 lo modificaría), que es, por lo mismo, la que ha de ser contrastada con la Constitución: «Los Tribunales, Jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda local, ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades locales». En lo que ahora interesa, la duda de inconstitucionalidad suscitada ante el Tribunal se proyecta sobre uno de los «privilegios que protegen a la Administración», en este caso, la Administración local: el de la inembargabilidad de los bienes de las Entidades locales. Tras un análisis minucioso del régimen jurídico de los bienes patrimoniales de estas Entidades, el Tribunal va a concluir¹¹⁰ en el sentido de que, observado el procedimiento para la válida realización del pago si el ente local deudor persistiera en el incumplimiento de su obligación de satisfacer la deuda de cantidad líquida judicialmente declarada, el privilegio de inembargabilidad de los «bienes en general» de las Entidades locales que consagra el Art. 154.2 de la Ley cuestionada, «en la medida en que comprende no solo los bienes demaniales y comunales sino también los bienes patrimoniales pertenecientes a las Entidades locales que no se hallan materialmente afectados a un uso o servicio público, no resulta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que el Art. 24.1 C.E. garantiza a todos, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes». En sintonía con ello, la sentencia declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y bienes en general» del Art. 154.2 de la Ley 39/1988 [...] en la medida en que no excluye de la inembargabilidad los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público». Tras la declaración de la inconstitucionalidad, podría decirse que el Tribunal reconstruye el precepto, manteniéndolo con un alcance más reducido.

También la Sentencia 11/1999 puede ejemplificar este tipo de decisiones. El Tribunal resuelve a través de ella la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en relación con diversos preceptos de la Ley 3/1987, de 8 de abril, del Principado de Asturias, sobre Disciplina Urbanística. Es el Art. 6 de la citada ley el que va a propiciar la decisión en cuestión. Una parte del Art. 5 puede considerarse presupuesto del mismo. A tenor de ese otro precepto, que sirve como antecedente inmediato del enjuiciado: «cuando los actos de edificación y uso del suelo a los

¹¹⁰ STC 166/1998, de 15 de julio, fund. jur. 15.

que se refiere el Art. 1.2 de esta Ley se realicen sin licencia o al amparo de una licencia incurra en nulidad de pleno derecho, el Alcalde dispondrá la paralización de dichas actuaciones». A su vez, el Art. 6 añade: «Cuando el Alcalde no adopte y ejecute el acuerdo de suspensión, el Consejero de Ordenación del Territorio, Vivienda y Medio Ambiente deberá advertirle en tal sentido y, si no se produce la paralización de las obras en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha en que se hubiere formulado dicha advertencia, por el mero transcurso de dicho plazo quedarán sin efecto las competencias de la Alcaldía sobre tal actuación y pasarán a ser ejercitadas por el Consejero, que decretará y ejecutará la paralización o, en su caso, dictará las medidas a aplicar en orden a la ejecución del acuerdo adoptado por la Alcaldía». El órgano judicial que plantea la cuestión considera que la Comunidad Autónoma viola por exceso el contenido básico del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. En su análisis de la disposición impugnada, el Tribunal aduce¹¹¹ que aunque el mismo prevé una sustitución del Alcalde cuando la Entidad Local no suspenda ciertos actos de edificación y uso del suelo, hipótesis encuadrable a primera vista en la lógica del Art. 60 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local¹¹², la inactividad a la que quiere hacerse frente con la sustitución se da respecto de una eventual suspensión que solo vendría legalmente impuesta si los actos de edificación y uso del suelo estuvieran amparados por una licencia nula de pleno derecho. Ello —razona el Juez constitucional— «presupone un acto administrativo sobre cuya corrección jurídica se proyectan dos valoraciones contradictorias. Por una parte, la que hace la Administración autonómica, teniéndolo por nulo, a partir de cuya calificación atrae para sí la competencia municipal. Por otra, la que late en la inactividad municipal, cuya raíz puede responder no a desidia o abandono, sino al convencimiento de que la licencia en cuestión no adolece de tacha alguna o de aquella tacha extrema». Tal planteamiento dialéctico, según siempre el Tribunal, solo puede encontrar solución en sede jurisdiccional, como disponen los Arts. 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local, cuyo carácter básico ha sido reconocido por el propio Tribunal (en su Sentencia 214/1989). Y a menos de desfigurar tal modelo

¹¹¹ STC 11/1999, de 11 de febrero, fund. jur. 4.

¹¹² Conviene, para su mejor comprensión, transcribir el texto del Art. 60 de la Ley de Bases del Régimen Local: «Cuando una Entidad local —prescribe— incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma que tal incumplimiento afectara al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, y cuya cobertura económica estuviere legalmente o presupuestariamente garantizada, una u otra, según su respectivo ámbito competencial, deberá recordarle su cumplimiento concediendo al efecto el plazo que fuere necesario. Si, transcurrido dicho plazo, nunca inferior a un mes, el incumplimiento persistiera, se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la Entidad Local».

de autonomía local, no se puede dar prevalencia a la opinión de la Comunidad Autónoma frente a la de la Corporación Local. Consiguientemente, ello lleva al Tribunal a la convicción de la inconstitucionalidad del referido Art. 6 de la Ley asturiana 3/1987, «en tanto hace jugar la asunción de competencias municipales por la Administración autonómica cuando la Corporación Local no suspenda los actos de edificación y uso del suelo realizados al amparo de una sedicente licencia nula de pleno derecho, pues esa apreciación y, en su caso, declaración de nulidad —presupuesto habilitante— se configura como un control de legalidad ejercido por una Administración ajena con el consiguiente debilitamiento de la autonomía municipal». En armonía con todo ello, el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición impugnada «en la medida en que el Acuerdo de suspensión allí previsto se proyecte sobre los actos de edificación y uso del suelo a los cuales se refiere el Art. 1.2 de esa Ley realizados con licencia incurra en la nulidad de pleno derecho». El efecto reductor del contenido de la norma es, pues, bien evidente, por cuanto la inconstitucionalidad declarada se circunscribe al único caso en que el acuerdo de suspensión se proyecte a aquellos actos de edificación realizados con licencia incurra en nulidad de pleno derecho.

III. Reflexión final

La exposición que antecede creemos que revela que el Tribunal Constitucional español, como la mayoría de los órganos de esta naturaleza, ha desbordado con creces su supuesto rol de legislador negativo. Lo ha hecho de modos muy diversos, como hemos intentado reflejar en nuestra exposición.

Ha modulado, cuando no lisa y llanamente ignorado, las previsiones de su propia Ley Orgánica en aspectos referidos a los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad, y a través de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, ha actuado en muchos casos como un auténtico legislador positivo, lo que se ha hecho especialmente patente en las llamadas sentencias aditivas, aunque no solo en ellas.

La modulación de algunos de los efectos legalmente previstos para las sentencias de inconstitucionalidad no hace sino revelar la inconveniencia de una aplicación rígida de estrictas categorías dogmáticas en lo que a tales efectos se refiere. Los Tribunales Constitucionales, a nuestro juicio al menos, deben tener siempre a su alcance la posibilidad de graduar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad a fin de poder acomodarlos a las consecuencias que extraigan de las ponderaciones que deben en ocasiones realizar a la vista de los diferentes principios, bienes y valores constitucionales. No cabe la más mínima duda de que un Tribunal Constitucional no puede desinteresarse de los efectos de sus sentencias.

En cuanto a su más visible actuación como legislador positivo, resultante de cierto tipo de sentencias, como las interpretativas, manipulativas de muy diversa especie, muy en particular aditivas..., en muchas ocasiones viene exigida por la necesidad de restablecer lo más rápidamente posible la constitucionalidad violada, y en otras muchas, porque es la forma más respetuosa de actuación con el propio legislador, por paradójico que ello pueda parecer.

Y al margen ya de lo que hasta aquí se ha dicho, no se puede dejar en el olvido que a través de sus fundamentos jurídicos el Tribunal ha venido creando unos precedentes vinculantes a los que bien puede anudarse un carácter asimismo normativo.

En definitiva, son muy diversas las vías que fundamentan que pueda hablarse del Tribunal Constitucional español como verdadero legislador positivo.

Bibliografía

ABRAHAM, Henry J.

1998 *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France)*. Séptima edición: New York/Oxford: Oxford University Press.

BACHOF, Otto

1963 «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik». En *Summum Ius Summa Iniuria* (Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus. Wintersemester 1962-63), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

CORWIN, Edward S.

1928 «The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law». *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XLII, N° 2, december.

1963 «The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law». En *Great Seal Books* (A Division of Cornell University Press). Quinta edición. New York: Ithaca.

CRISAFULLI, Vezio

1966 «Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive». *Rivista di Diritto Processuale*, Anno XXI (II Serie), n° 2, aprile/giugno.

1976 «La Corte Costituzionale ha vent'anni». *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXI, fasc. 10.

1977 «Giustizia costituzionale e potere legislativo». En la obra colectiva *Aspetti e Tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*. Milano: Giuffrè Editore.

DÍEZ-PICAZO, Luis

1979 «Constitución y fuentes del Derecho». *Revista Española de Derecho administrativo*, nº 21, abril/junio.

DI MANNO, Thierry

1997 *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*. Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

D'ORAZIO, Giustino

1992 «Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione». *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, fasc. 1.

ELIA, Leopoldo

1965 «Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria». *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, nuova serie, anno VIII.

1988 «Il potere creativo delle Corti costituzionali». En *La Sentenza in Europa. Metodo, Tecnica e Stile* (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà. Università degli Studi di Ferrara. Facoltà di Giurisprudenza). Padova: CEDAM.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier

1991 «Diez años de fallos constitucionales» (Sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional). *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 31, septiembre/diciembre.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

2008 «Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 12.

2009 *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*. Madrid: Editorial Dykinson, tomo III.

GARBAGNATI, Edoardo

1974 «Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale». *Rivista di Diritto processuale*, Volume XXIX (II Serie).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1981 *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

GARCÍA PELAYO, Manuel

1981 «El «status» del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, nº 1, enero/abril.

HAAK, Volker

1963 *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag.

HESSE, Konrad

1983 *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

HEYDE, Wolfgang

1984 «Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrigerklärung von normen». En W. Zeidler (Hrsg.). München: Festschrift für H. J. Faller.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier

1997 «Qué hacer con la ley inconstitucional». En la obra colectiva *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*. Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales.

KELSEN, Hans

1928 «La garantie juridictionnelle de la Constitution» (La Justice constitutionnelle). *Revue du Droit Public*, tome quarante-cinquième.

1929 «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit». En *Veröffentlichen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 5. Heft.

KRÜGER, Herbert

1966 *Allgemeine Staatslehre*. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer Verlag.

LAMBERT, Edouard

1921 *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*. Paris: Giard.

1996 *Il governo dei giudici et la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti (L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi)*. A cura di Roberto D'Orazio. Milano: Giuffrè Editore.

LATORRE SEGURA, A. y L. Díez-PICAZO

1987 «Tribunal constitutionnel espagnol» (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes). *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III.

MARÍN PAGEO, Encarnación

1990 *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Madrid: Civitas.

PIZZORUSSO, Alessandro

1981 «Comentario del artículo 136 de la Constitución italiana». En *Commentario della Costituzione*. A cura di Giuseppe Branca, vol. sobre «Garanzie costituzionali. Art. 134-139». Bologna-Roma: Zanichelli Editore-Soc. Ed. del Foro Italiano.

1982 «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi». *Quaderni Costituzionali*, Anno II, n° 3, dicembre.

RUOTOLO, Marco

2000 *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*. Padova: CEDAM.

RUPP-VON BRÜNNECK, Wiltraut

1970 «Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?». En *Festschrift für Gebhard Müller* (Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts). Herausgegeben von Theo Ritterspach und Willi Geiger. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

SCHLAICH, Klaus

1982 «Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania». *Quaderni Costituzionali*, Anno II, n° 3, dicembre.

1984 «El Tribunal Constitucional Federal Alemán». En la obra colectiva *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SCHLAICH, Klaus und Stefan KORIOTH

2001 *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5. Neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München.

SCHNEIDER, Hans-Peter

1982 «Jurisdicción Constitucional y separación de poderes». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 5, mayo/agosto.

SIMON, Helmut

1996 «La Jurisdicción Constitucional». En Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons.

TREVES, Giuseppino

1971 «Il valore del precedente nella Giustizia costituzionale italiana». En *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. A cura di Giuseppino Treves. Torino: UTET.

VIGORITI, Vincenzo

1972 «Italy: The Constitutional Court». *The American Journal of Comparative Law*, Volume 20.

WEBER, Albrecht

2007 «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland». En Christian Starck und Albrecht Weber (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I (Berichte), 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos.

WESSEL, W.

1952 «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde». *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67 Jahrgang, Heft 6, 15. März.

ZEIDLER, Wolfgang

1987 «Cour constitutionnelle fédérale allemande» (Rapport. 7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes). *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III.

ZIPPELIUS, Reinhold

1976 «Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen». En *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, (Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von Christian STARCK, Zweiter Band, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.