

## DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL \*

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
Doctor *Honoris Causa*  
por la Universidad de Messina (Italia)  
y por la Pontificia Universidad Católica  
del Perú con sede en Lima

### RESUMEN

*El objeto de este trabajo es estudiar las vías por las que el Tribunal Constitucional modifica su propia doctrina y los problemas jurisprudenciales que estos cambios producen.*

*Palabras clave:* Tribunal Constitucional, doctrina.

### ABSTRACT

*The aim of this paper is to study the guidelines issued by the Spanish Constitutional Court to modify its own doctrine and the jurisprudential problems created due to these changes.*

*Keywords:* Constitutional Court, doctrine.

### ZUSAMMENFASSUNG

*Ziel dieser Arbeit ist es, die Wege durch die das spanische Verfassungsgericht seine eigene Doktrin modifiziert und die rechtswissenschaftlichen Probleme, die diese Veränderungen verursachen, zu studieren.*

*Schlüsselwörter:* Verfassungsgericht, Doktrin.

**SUMARIO:** 1. EL CONSTANTE ENCAUZAMIENTO DE LAS TRANSFORMACIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL POR LA VÍA DE LA SUPUESTA EVOLUCIÓN NATURAL DE LA INTERPRETACIÓN

---

\* Este trabajo fue inicialmente preparado para su publicación, en versión francesa, bajo el título de *Les revirements de la jurisprudence constitutionnelle en Espagne*, en un número monográfico sobre *Les revirements jurisprudentiels des Cours Constitutionnelles en Europe*, de *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, revista editada por el *Conseil Constitutionnel*. Ahora ha sido actualizado y ampliado.

CONSTITUCIONAL.—2. LOS CAMBIOS DE JURISPRUDENCIA FORMALMENTE ADMITIDOS COMO TALES.—3. LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES REALIZADOS SUBREPTICIAMENTE.—A) Régimen jurídico-procesal del Tribunal Constitucional.—B) Fuentes del Derecho.—C) Estructura territorial del Estado.—D) Organización de los poderes públicos.—E) Derechos fundamentales.—*a)* El derecho a la igualdad jurídica o de trato.—*b)* Los derechos y garantías del art. 24 CE.—*c)* El derecho de asociación.—*d)* El derecho a la objeción de conciencia.—4. LAS INFLEXIONES PARCIALES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—A) La hipotética comparecencia de las partes del proceso *a quo* en el procedimiento constitucional resultante de una cuestión de inconstitucionalidad.—B) Los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad.—5. REFLEXIÓN FINAL.

#### 1. EL CONSTANTE ENCAUZAMIENTO DE LAS TRANSFORMACIONES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL POR LA VÍA DE LA SUPUESTA EVOLUCIÓN NATURAL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

El art. 13 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), dispone que: «Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno».

El precepto, que viene a acoger la técnica del *overruling*, contempla el hecho de que una Sala —cuya competencia básica es el conocimiento y resolución de los recursos de amparo<sup>1</sup>— considere necesario apartarse en cualquier aspecto de la jurisprudencia o doctrina constitucional fijada —así ha de presuponerse— bien por la otra Sala, bien por el propio Tribunal en Pleno. Este último, por el contrario, no queda vinculado por su propia jurisprudencia, que puede cambiar en cualquier momento, si así lo entiende oportuno el propio Pleno. Si se advierte que el Código Civil (art. 3.1), entre los criterios de interpretación de las normas jurídicas, contempla el de interpretación en relación con «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», se llega a la conclusión de que esa adaptación, en lo que ahora interesa, es en realidad una verdadera «recreación»

<sup>1</sup> El Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Serie A, núm. 60-1, de 25 de noviembre de 2005, pp. 1-11), entre sus mayores novedades, posibilita el conocimiento de los recursos de amparo por las Secciones constituidas en cada Sala e integradas por tres magistrados.

constante de la Constitución por obra de su máximo intérprete. Negar tal posibilidad equivale a distorsionar el genuino carácter de la jurisdicción constitucional.

Podría recordarse al efecto que incluso en un país como los Estados Unidos en el que la regla *stare decisis* tiene notabilísima relevancia, la *Supreme Court* es libre de separarse de sus propios precedentes en materia constitucional, como defendiera en una bien conocida *dissenting opinion* el Justice Louis Brandeis, nombrado juez del Tribunal Supremo en 1916. La reflexión de Brandeis se convirtió, como bien se ha dicho<sup>2</sup>, en la justificación teórica de un número relativamente elevado de casos de «cambio de ruta» constitucional. Aunque no deja de ser significativa la facilidad de la *Supreme Court* para mutar su jurisprudencia, en teoría, este poder de *overruling* se acepta tan sólo en cuanto se sustenta en una especial justificación.

El Tribunal Constitucional español, en su cuarto de siglo de vida, ha introducido notables cambios jurisprudenciales, pero lo ha hecho, y éste es quizá el rasgo más significativo y aún sorprendente, de modo un tanto subrepticio, y ello no ya porque tan sólo en rarísimas ocasiones el Tribunal ha recurrido de modo expreso al procedimiento previsto por el art. 13 LOTC, pese a que algunos de aquellos cambios se han originado en sus Salas y en relación con los derechos fundamentales, sino también porque, como se ha significado<sup>3</sup>, las transformaciones jurisprudenciales han tenido lugar de forma encubierta, cobijándose bajo proyecciones o prolongaciones de la doctrina anterior, generando una falsa apariencia de estabilidad. Tal actitud, absolutamente criticable a nuestro juicio, se ha tratado de explicar<sup>4</sup> en base a una idea similar a la que ha existido —y todavía hoy existe— en España en cuanto a la inconveniencia de variar el texto mismo de la Constitución, a fin de no romper el *consensus* constitutivo de la forma de Estado. Sin embargo, cualquiera que fuere la explicación subyacente a esa «apariencia de estabilidad y continuidad hermenéutica», la misma ha desencadenado efectos perniciosos, entre ellos los dos siguientes: de un

<sup>2</sup> Ugo MATTEI, *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 288.

<sup>3</sup> María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Comentario al art. 13 de la LOTC», en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 263 y ss., en particular p. 272.

<sup>4</sup> Enrique ALONSO GARCÍA, «La jurisprudencia constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988, pp. 173 y ss., en particular pp. 185-186.

lado, la artificiosidad de la apariencia, pues bajo ella subyacen notables cambios jurisprudenciales que al no presentarse como tales ni justificarse especialmente este ejercicio del poder de *overruling* del Tribunal, más parecen fruto de un puro activismo judicial que de unas necesidades objetivas; de otro lado, el desconocimiento formal por parte del Tribunal del cambio de su jurisprudencia ha propiciado patentes contradicciones entre algunas de sus sentencias<sup>5</sup>, que si en ocasiones han podido ser explicadas como el resultado de una interpretación evolutiva, en otras oportunidades tal dinámica hermenéutica no ha podido sustentar una interpretación que se ha apartado tan sustancialmente del precedente como para llegar a hacerlo irreconocible en la nueva doctrina.

En nuestra exposición de los cambios jurisprudenciales separaremos las modificaciones que el Tribunal ha introducido en su doctrina formalmente como tales, esto es, reconociendo que dichos cambios suponían un ejercicio de su facultad de *overruling*, modificaciones que se limitan a tan sólo cinco casos, de aquellos otros cambios jurisprudenciales que no han sido visualizados como tales, realizándose más o menos subrepticamente.

## 2. LOS CAMBIOS DE JURISPRUDENCIA FORMALMENTE ADMITIDOS COMO TALES

Cinco son los cambios jurisprudenciales que el Tribunal ha admitido formalmente como tales, bien que en uno de esos supuestos, en atención a la propia naturaleza del amparo suscitado, un amparo electoral, caracterizado por la nota de la perentoriedad, el Tribunal entendió innecesario plantear el cambio de doctrina ante el Pleno, tal y como dispone el art. 13 LOTC. En otro supuesto, el Tribunal tampoco entendería necesario acudir al art. 13, si bien este caso no era legalmente necesario por cuanto sería directamente el propio Pleno el que, al conocer de un recurso de inconstitucionalidad, introduciría el cambio de interpretación, que calificaría de «matización» aunque se trataba de un auténtico cambio jurisprudencial.

---

<sup>5</sup> Ya a inicios de 1984 la doctrina se hacía eco de la divergente aplicación del principio de igualdad en dos sentencias del Tribunal. Cfr. al respecto Antonio CANO MATA, «Dos sentencias divergentes del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41, enero-marzo de 1984, pp. 279-289.

A) El primero de estos cambios se refiere al derecho a la inviolabilidad del domicilio. El art. 18.2 de la Constitución Española (en adelante CE) establece la garantía constitucional de tal derecho, que reside en la interdicción de entrada y registro al domicilio, prohibición que tan sólo admite unas excepciones muy determinadas, entre ellas, la autorización mediante resolución judicial.

En su Sentencia (en adelante STC) 22/1984<sup>6</sup> el Tribunal interpretó que la resolución judicial que autoriza la entrada en un domicilio sin consentimiento del titular debía ser específica, esto es, una sentencia *ad hoc*, por lo que no cumplía con la exigencia constitucional una resolución judicial que ordenara una ejecución de sentencia que sólo podía llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, de suerte que cuando tal ingreso era negado por el titular debía obtenerse una nueva resolución judicial que autorizara la entrada.

El Tribunal se apartaba de la doctrina expuesta en su STC 160/1991<sup>7</sup>, dictada por el Pleno en los términos previstos por el art. 13 LOTC. En ella, el Tribunal abandona la exigencia de una duplicidad de resoluciones judiciales, significando que «corresponde al juez (...), de acuerdo con el art. 18.2 CE, llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y una vez realizada tal ponderación, se ha cumplido el mandato constitucional». La introducción de una segunda resolución por un juez distinto —razona ahora el Tribunal— no tiene sentido en nuestro ordenamiento, una vez producida una sentencia firme en la que se declara —como sucedía en el caso en cuestión— la conformidad a Derecho de una resolución expropiatoria que lleva anejo el correspondiente desalojo del domicilio.

B) El segundo de estos cambios jurisprudenciales viene referido al derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. Es la STC 167/2002 la que lleva a cabo el cambio de doctrina, avocándose al Pleno el conocimiento de un recurso de amparo a fin de satisfacer la exigencia del art. 13 LOTC.

En síntesis, la Sentencia establece la doctrina de que «en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la pri-

<sup>6</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero (Sala Segunda), Fundamento Jurídico (en adelante FJ) 5.º

<sup>7</sup> STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 9.º

mera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediatez y la contradicción»<sup>8</sup>.

El Tribunal admite<sup>9</sup> que en supuesto si no idénticos, sí al menos, similares al considerado en el caso concreto, había desestimado denunciadas vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la eventual falta de inmediatez en la valoración de la prueba por el órgano de apelación, al entender que el juez *ad quem* se hallaba en idéntica situación que el juez *a quo* y, en consecuencia, podía valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*<sup>10</sup>.

El cambio de doctrina responde en este caso a la conveniencia de adaptar estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) a las exigencias del art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>11</sup>.

C) El tercero de los cambios expresos de jurisprudencia se produce en relación con el principio *ne bis in idem*, considerado por el Tribunal desde su STC 2/1981 como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE). En su STC 2/2003, el Pleno avocará el conocimiento de un recurso de amparo para cumplir con la exigencia establecida por el art. 13 LOTC.

El cambio de doctrina se proyecta en relación con las siguientes cuestiones: 1) el momento de invocación en el proceso penal de la vulneración del derecho fundamental alegado; 2) la competencia del Tribunal para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de identidad como presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*; 3) la doctrina sobre la reiteración punitiva —*bis*— constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 CE, y 4) la relevancia del órgano sancionador que conoce de los hechos en primer lugar. El cambio jurisprudencial se produce fundamentalmente respecto de la doctrina establecida en las SSTC 177/1999 y 152/2001<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 1.º *in fine*.

<sup>9</sup> *Ibidem*, FJ 9.º

<sup>10</sup> STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 3.º, reiterando una doctrina recogida en las SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 2.º, y 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4.º

<sup>11</sup> La doctrina del Tribunal de Estrasburgo en relación a la cuestión ahora abordada se formula inicialmente en su Sentencia de 26 de marzo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia.

<sup>12</sup> Así lo admite el Tribunal en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 2.º, e).

Frente a la doctrina establecida en la STC 152/2001, en el sentido de que quien ve vulnerado su derecho al principio del *non bis in idem* debe invocar el derecho vulnerado en el mismo momento en que conoce la duplicidad de procedimientos sancionadores, administrativo y penal, para procurar el remedio de la violación<sup>13</sup>, el Tribunal entiende ahora que el momento de invocación en el proceso penal de la vulneración del derecho es, en el procedimiento abreviado, el comienzo del juicio oral.

Doctrina reiterada del Tribunal era<sup>14</sup> la de que no le correspondía revisar la determinación de los hechos realizada por los órganos judiciales en el proceso penal precedente [y ello, a tenor del art. 44.1.b) LOTC] ni, por tanto, su convicción acerca de la identidad existente respecto del sujeto, hechos y fundamento de la conducta sancionada doblemente; dicho de otro modo, la declaración efectuada por los órganos jurisdiccionales penales relativa a la existencia de la triple identidad requerida, auténtico presupuesto de la interdicción de incurrir en *bis in idem*, no podía ser cuestionada por el Tribunal Constitucional, constituyendo el «obligado punto de partida». El Tribunal abandona ahora tal doctrina, pues la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo por los mismos hechos y con el mismo fundamento<sup>15</sup>.

También la doctrina sobre la reiteración punitiva constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 CE cambia sustancialmente. Mientras en la STC 177/1999 el Tribunal vino a entender<sup>16</sup> que el núcleo esencial que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo, consiste en que, irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento, en la STC 2/2003, el Tribunal pasa

<sup>13</sup> STC 152/2001, de 2 de julio, FJ 6.º

<sup>14</sup> Así la haría suya en la STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 2.º

<sup>15</sup> STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5.º

<sup>16</sup> STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 4.º *in fine*.

a entender que no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental. Sigue en ello al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que realizó una ponderación similar en el caso Oliveira<sup>17</sup>.

Finalmente, el Tribunal sostiene en la STC 2/2003 la relevancia constitucional de la cuestión atinente a cuál es el órgano sancionador que actúa en primer lugar<sup>18</sup>, frente a lo sostenido en la STC 177/1999<sup>19</sup>. Dicho órgano no puede ser sino un órgano de la jurisdicción penal, verdadero *deus ex machina* que late detrás de toda la construcción jurídica de la Sentencia, como aducirá en su voto particular discrepante el magistrado señor García Manzano.

D) El cuarto giro jurisprudencial tiene como ámbito material de referencia el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE). Dos cambios de criterio pueden distinguirse con relación a tal derecho, uno muy claro, y el otro no tanto, si bien reconocido años después como tal cambio por el propio Tribunal. El común denominador de uno y otro cambio tiene que ver con el hecho de tratarse en uno y otro caso de recursos de amparo electoral, circunstancia en la que el Tribunal sustentaría<sup>20</sup> la innecesariedad de atender al art. 13 LOTC, sometiendo en consecuencia la decisión de cambio jurisprudencial al Pleno, lo que sería justificado en la propia perentoriedad del proceso electoral, cuya rapidez, constitucionalmente indispensable, podría verse notablemente dificultada si hubiese de someterse al Pleno cualquier cambio de criterio, incluso los que consisten en apartarse de una única decisión anterior de la Sala.

El primero de los dos cambios jurisprudenciales que tienen que ver con el derecho del art. 23.2 CE atañe a la legitimidad constitucional de la presentación de una candidatura electoral para unas elecciones generales y de la documentación complementaria legalmente requerida en una lengua distinta al castellano y, en su caso, a la reconocida como cooficial en una Comunidad Autónoma.

En su STC 27/1996, el Tribunal consideró<sup>21</sup> conforme con el derecho antes citado una resolución de la Junta Electoral Provincial de Asturias (un

---

<sup>17</sup> Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de julio de 1998, caso Oliveira.

<sup>18</sup> STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9.º *in fine*.

<sup>19</sup> STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 5.º

<sup>20</sup> STC 48/2000, de 24 de febrero, FJ 3.º

<sup>21</sup> STC 27/1996, de 15 de febrero, FJ 3.º

órgano de la Administración Electoral) que denegó la proclamación de una candidatura a las elecciones generales a celebrar en marzo de 1996 con fundamento en que tanto la presentación de la candidatura como la documentación complementaria se había presentado en lengua bable, que aunque minoritariamente hablada en Asturias, no era lengua cooficial de esa Comunidad Autónoma. En cuanto que las Juntas Electorales son órganos de la Administración y sólo las lenguas cooficiales se encuentran permitidas como vehículo de los procedimientos administrativos, el Tribunal entendió que ninguna quiebra del art. 23.2 CE podía imputarse a la resolución de la Junta Electoral Provincial.

El cambio jurisprudencial tenía lugar en la STC 48/2000. El supuesto de hecho era sustancialmente idéntico: denegación por la Junta Electoral Provincial de Asturias de las candidaturas presentadas para las elecciones generales de ese año por *Andecha Astur*, al no ir los documentos anexos en castellano sino en bables.

El Tribunal, abandonando su doctrina precedente, entiende ahora<sup>22</sup> que la Administración Electoral ha infringido el art. 23.2 CE, y ello, al menos, por dos razones: *a)* porque los defectos que el art. 47.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General contempla para la denegación de una candidatura son taxativos y ni en ese artículo ni en el art. 46 (norma relativa a los escritos de presentación de candidaturas) se hace referencia alguna al idioma y el hecho de que la Ley de Procedimiento Administrativo tenga carácter supletorio en nada obsta a lo anterior, y *b)* porque tanto la Administración Electoral como los jueces y Tribunales que revisen los actos y resoluciones dictados por aquélla están obligados a optar por la interpretación de la legalidad más favorable a la eficacia del derecho reconocido por el art. 23.2 CE.

El segundo de estos cambios jurisprudenciales, como ya se dijo, es menos nítido que el anterior, si bien el propio Tribunal Constitucional se hizo eco del mismo<sup>23</sup>. El cambio se produjo en relación con lo sostenido por el Tribunal en su STC 105/1991 acerca de la exclusividad del uso por parte de una candidatura de denominaciones de tipo genérico, representativas de ideologías o líneas de pensamiento tales como «socialistas», «verdes» o «liberales». En la Sentencia 107/1991, el Tribunal entendió<sup>24</sup> que «el derecho de los ciudadanos que figuran en la candidatura de un partido a acceder en condicio-

<sup>22</sup> STC 48/2000, de 24 de febrero, FJ 2.º

<sup>23</sup> *Ibidem*, FJ 3.º

<sup>24</sup> STC 107/1991, de 13 de mayo, FJ 2.º

nes de igualdad a los cargos representativos con los requisitos que señalen las Leyes comprende naturalmente el de la preservación de su identidad ante el electorado» y tal derecho podría verse conculcado «si por la Administración electoral o los órganos judiciales se admitiera la válida concurrencia de candidaturas que, presentadas por coaliciones electorales, indujeran a confusión a causa de sus denominaciones, siglas o símbolos». Aplicando de hecho esta doctrina en el caso resuelto por la STC 105/1991, el Tribunal consideró constitucionalmente legítima la decisión de una Junta Electoral que ante la similitud de denominación de una coalición electoral («Los Verdes Lista Ecologista-Humanista») con la de un partido preexistente («Los Verdes»), requirió a aquélla para que identificase su candidatura con otra denominación y, no haciéndolo, proclamó la candidatura de la coalición con una denominación diferente de la pretendida por la misma<sup>25</sup>.

En su STC 70/1995, el Tribunal vino de hecho a modificar su interpretación, entendiendo ahora<sup>26</sup> que la doctrina fijada en 1991 «no autoriza la entrega en exclusividad a un determinado grupo de representaciones auténticas de líneas de pensamiento», permitiendo, por el contrario, «que una misma corriente ideológica pueda tener diversas expresiones partidarias que, consecuentemente, lleven a representaciones que pueden parcialmente coincidir», siempre, como es obvio, que no induzcan a la confusión del electorado. En esta misma y nueva dirección, el Tribunal entenderá que ciertas representaciones de líneas de pensamiento («socialista», «liberal», «verdes»...) «ostentan un manifiesto talante genérico por ser la forma necesaria y corriente de manifestación, denominativa o gráfica, de tales líneas de pensamiento, por lo que, al ser elementos de uso común pertenecientes al dominio público, no son apropiables en exclusiva por nadie»<sup>27</sup>. En coherencia con lo que parece una matizada interpretación de su precedente doctrina, el Tribunal consideraría constitucionalmente legítima la decisión de varios órganos de la Administración electoral de proclamar las candidaturas de una coalición electoral de denominación semejante («Los Verdes Grupo Verde») a un partido preexistente («Los Verdes Alternativos»).

E) El último de los cambios jurisprudenciales no se fundamenta por el Tribunal en el art. 13 LOTC, pero, como ya se dijo, ello se explica por el hecho de que la STC 182/1997, en la que se acoge este giro jurisper-

<sup>25</sup> STC 105/1991, de 13 de mayo, FJ 3.º

<sup>26</sup> STC 70/1995, de 11 de mayo, FJ 2.º

<sup>27</sup> *Ibidem*.

dencial, se dicta en un recurso de inconstitucionalidad, para cuyo conocimiento es competente el Pleno que, como también se indicó con anterioridad, no está vinculado por su propia jurisprudencia, disponiendo de un pleno poder de *overruling*. En cualquier caso, el Tribunal admite en su Sentencia de modo explícito la necesidad de proceder a matizar su anterior doctrina<sup>28</sup>, y aunque se alude a la «matización» de la doctrina, estamos en realidad ante un verdadero *overruling*.

El cambio jurisprudencial se refiere esta vez a las fuentes del Derecho, y de modo particular, al sentido y alcance de los límites del Decreto-ley cuando recae sobre materia tributaria.

En su STC 6/1983<sup>29</sup>, el Tribunal, a los efectos de la interpretación del límite material que frente a los decretos-leyes establece el art. 86.1 CE<sup>30</sup>, vinculó el ámbito del mencionado artículo —«afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I», entre los que se encuentran el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del art. 31.1 CE— con el de la reserva de Ley que establecen los arts. 31.3 CE y 133.1 CE<sup>31</sup>, como si fueran ámbitos coextensos, de modo que cualquier modificación tributaria que afecte a los elementos o aspectos del tributo cubiertos por el ámbito de la reserva de Ley en la materia —la creación *ex novo* de tributos y la determinación de sus aspectos esenciales— quedaría vedada a su regulación mediante decreto-ley.

Esta interpretación será abandonada por el Tribunal en su STC 182/1997, al entender ahora que «no se concilia con el propio sentido literal del precepto constitucional (el art. 86.1 CE), que limita el ámbito material del decreto-ley sin referencia alguna a la reserva de Ley». La matización se lleva a cabo no sólo a la luz de una hermenéutica del art. 86 CE que se sirva de unos cánones atentos al propio sentido de su tenor literal, sino también a la luz de la propia jurisprudencia fijada por el Tribunal al interpretar el alcance del específico límite material del art. 86.1 CE<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 8.º

<sup>29</sup> STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 6.º

<sup>30</sup> El citado art. 86.1 CE dispone que los decretos-leyes «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general».

<sup>31</sup> El art. 31.3 CE dispone que «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley». A su vez, el art. 133.1 CE prescribe que «la potestad originaria para establecer los tributos corresponde al Estado, mediante Ley».

<sup>32</sup> El Tribunal recordaba —STC 182/1997, FJ 8.º— que había rechazado reiteradamen-

En definitiva, el límite material de los decretos-leyes que recaigan sobre materia tributaria no viene señalado, como entendiera inicialmente el Tribunal, por la reserva de ley, de modo que lo reservado a la ley por el art. 31.3 CE tenga que coincidir necesariamente con lo que haya de entenderse por «afectar» al deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del art. 31.1 CE. A lo que habrá que atender más bien es a si ha existido «afectación» por el decreto-ley de un derecho, deber o libertad regulado en el Título I de la CE, «lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate»<sup>33</sup>.

### 3. LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES REALIZADOS SUBREPTICIAMENTE

La mayor parte de los cambios jurisprudenciales realizados por el Tribunal lo han sido, como ya se dijo, de un modo subrepticio, esto es, sin el reconocimiento formal de tal cambio. Para el análisis de estos giros jurisprudenciales vamos a proceder a sistematizarlos en función de la materia sobre la que versen: régimen jurídico-procesal del Tribunal, fuentes del Derecho, estructura territorial del Estado, organización de los poderes públicos y derechos fundamentales.

#### A) Régimen jurídico-procesal del Tribunal Constitucional

Han sido aspectos procesales relativos al recurso de amparo los que en mayor medida se han visto afectados por los cambios jurisprudenciales, si bien el primer cambio relevante vino referido a la legitimación de las Comunidades Autónomas, o más bien de los órganos autonómicos, para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad.

---

te aquellas interpretaciones basadas en el criterio hermenéutico de la coextensión de los arts. 81. CE (norma a cuyo tenor, son leyes orgánicas, entre otras, las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas) y 86.1 CE, para fijar el ámbito de la limitación al uso del decreto-ley de modo que se hagan coincidir las menciones referentes a los derechos y libertades con la materia reservada a la Ley Orgánica.

<sup>33</sup> STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 8.º

a) El art. 32.2 LOTC legitima a los órganos colegiados ejecutivos y Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas para ejercer el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado «que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía».

En una de sus primeras sentencias, y frente a un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 11/1980, conocida como Ley Antiterrorista, el Tribunal, a partir de la idea de que las Comunidades Autónomas, en cuanto «corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política, tienen como esfera y límite de su actividad en cuanto tales los intereses que les son propios, mientras que la tutela de los intereses públicos generales compete por definición al Estado», consideraría coherente<sup>34</sup> que «la legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad frente a cualquier clase de leyes o disposiciones con valor de ley corresponda sólo a aquellos órganos o fracciones de órganos que por su naturaleza tienen encomendada la tutela de los intereses públicos generales (art. 32.1 LOTC) y que la legitimación conferida a los órganos de las Comunidades Autónomas, de acción objetivamente ceñida al ámbito derivado de las facultades correspondientes a sus intereses peculiares, esté reservada a las normas que les afecten (art. 32.2 LOTC)». A partir de esta reflexión, el Tribunal analizaría uno a uno los preceptos impugnados a fin de comprobar si afectaban a competencias propias de la Comunidad Autónoma Vasca. Al no constatarlo así, el Tribunal rechazaría el recurso. En último término, el Tribunal había interpretado la afectación del «propio ámbito de autonomía» como afectación del ámbito competencial de la Comunidad, lo que entrañaba una interpretación muy restrictiva, no contemplada, por otro lado, en tales términos por la Constitución.

El progresivo abandono de esta doctrina, objeto de un voto particular discrepante suscrito por cuatro magistrados, corre paralelo a las graduales matizaciones que el Tribunal irá estableciendo en su jurisprudencia. Y así, ya en su STC 84/1982 el Tribunal rechazará que la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad esté objetivamente limitada a la defensa de sus competencias<sup>35</sup>.

Será, sin embargo, en su STC 199/1987 donde el Tribunal culminará el cambio jurisprudencial en este aspecto. Para mayor paradoja, en la citada Sentencia el Tribunal conocía de dos recursos de inconstitucionalidad inter-

<sup>34</sup> STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 3.º

<sup>35</sup> STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 1.º

puestos por los Parlamentos vasco y catalán contra la Ley Orgánica 9/1984, también una Ley Antiterrorista, que había derogado y sustituido a la de 1980. Para el Tribunal<sup>36</sup>, «la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico, y, en este sentido, dicha legitimación se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico», lo que a su vez el Tribunal considera que no puede ser interpretado restrictivamente.

Este cambio de doctrina es por entero razonable; sin embargo, su insuficiente justificación daña, como bien se dijo<sup>37</sup>, el discurso racional del Tribunal Constitucional, pues es claro que la separación respecto del precedente, el *overruling*, como ya dijimos al aludir al caso norteamericano, debe encontrar una especial justificación, que además ha de ser explicitada por el juzgador.

La nueva doctrina ha evolucionado en el sentido de admitir progresivamente la más amplia legitimación de las Comunidades Autónomas para recurrir leyes estatales con carácter general y con independencia del principio de afectación del propio ámbito de autonomía, con el solo límite de que la ley estatal afecte exclusivamente a otra Comunidad Autónoma<sup>38</sup>.

b) Un segundo aspecto en el que se ha producido un giro jurisprudencia ha sido en relación a si los *interna corporis* podían ser impugnados por la vía del recurso de amparo.

En su primera doctrina, el Tribunal se inclina por declarar la inadmisibilidad del amparo frente a este tipo de actos en cuanto que no se trata de normas que regulen las relaciones de la Cámara con terceros vinculados con ella por relaciones contractuales o funcionariales, sino de actos puramente internos de un órgano constitucional<sup>39</sup>.

La inmunidad frente al amparo por parte de los *interna corporis acta* se iba a justificar en aras del aseguramiento de la independencia de los órganos constitucionales de los que emanan estos actos, de modo tal que esos actos sólo quedan sujetos al control jurisdiccional cuando afecten a rela-

<sup>36</sup> STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 1.º

<sup>37</sup> Luis PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto de 1991, pp. 175 y ss., en particular p. 195.

<sup>38</sup> Así puede inferirse del FJ 2.º, b), de la STC 194/2004, de 4 de noviembre.

<sup>39</sup> Auto del Tribunal Constitucional (en adelante ATC) 183/1984, de 21 de marzo, FJ 2.º

ciones externas del órgano o se concreten en la redacción de normas objetivas y generales susceptibles de ser objeto de un control normativo de constitucionalidad.

Esta doctrina cambiará significativamente con la STC 118/1988, que hace desaparecer la inmunidad de los *interna corporis acta* cuando los mismos generen una lesión de derechos susceptible de protección en vía de amparo. La Sentencia resolvía una demanda de amparo contra una Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados relativa al acceso a materias clasificadas. La doctrina de los *interna corporis acta*, afirma el Tribunal<sup>40</sup>, sólo es aplicable en la medida en que no exista lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas, impidiendo el conocimiento por el Tribunal Constitucional de lo que no sea su posible lesión. «En cuanto un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional —añade el Tribunal—, sale o trasciende de la esfera irrevivable propia de los *interna corporis acta*, y corresponde a este Tribunal el examen, pero sólo ello, de la virtual lesión de tales derechos o libertades». En definitiva, tras esta Sentencia, el respeto a los derechos también debe regir las relaciones internas de las Cámaras o, lo que es igual, las relaciones entre sus órganos y sus miembros.

c) Otro aspecto en el que se aprecia un cambio jurisprudencial tiene que ver con la doctrina en materia de impugnación en vía de amparo de sentencias de apelación anulatorias de un primer pronunciamiento absoluto, con retroacción de lo actuado en primera instancia.

Con arreglo a la doctrina tradicional, que todavía se recoge en el Auto 139/2001<sup>41</sup>, las sentencias precedentemente mencionadas no podían impugnarse en amparo de modo inmediato, sino que era necesario esperar la sentencia del órgano de instancia, esto es, del que conoció en primer término, pues si la resolución del mismo era absolutoria, es obvio que no se habría producido una vulneración definitiva e insubsanable de los derechos fundamentales que se estiman lesionados. Y si fuera condenatoria, aún no se habrían agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> STC 118/1988, de 20 de junio, FJ 2.º

<sup>41</sup> El caso que se aborda en este Auto es el de un supuesto seguido ante la jurisdicción penal en el que en la instancia se absuelve por apreciar el Juzgado ilicitud constitucional de las pruebas, mientras que, por el contrario, en apelación la Audiencia las considera lícitas y ordena retrotraer, para que sin necesidad de celebración de un nuevo juicio se dicte en instancia nueva sentencia.

<sup>42</sup> ATC 139/2001 (Sección Tercera), de 4 de junio, FJ 2.º

De modo sorprendente, casi en la misma fecha, una Sentencia de la Sala Primera, la STC 149/2001, acogía una solución diversa en un supuesto sustancialmente idéntico<sup>43</sup>. En efecto, la Sala admitía como perfectamente legítima la siguiente alternativa<sup>44</sup>: que el recurrente esperara, como efectivamente hizo en el caso en cuestión, a la nueva resolución de la Audiencia Provincial, o que optara frontalmente por impugnar la Sentencia del Tribunal Supremo, debido a la posible lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El Tribunal admitía que, en este último supuesto, el recurso de amparo no hubiera sido inadmitido por prematuro, pues ya en aquel momento podía considerarse perfeccionada, en su caso, la lesión a los efectos de su conocimiento por el Tribunal. Como bien se señalaría<sup>45</sup>, el hecho de que la Sala, sin ser necesario para la resolución del caso, haya dicho lo anterior sólo puede interpretarse como el arranque deliberado de un giro en la doctrina tradicional.

La STC 82/2002, también de la Sala Primera, por un lado, parece confirmar el aludido cambio jurisprudencial, a la par que, por otro, efectúa algunas matizaciones relevantes respecto a la doctrina establecida en la STC 149/2001. La matización se concreta en la precisión jurisprudencial de que el momento elegido para recurrir en amparo vendrá condicionado por el derecho cuya vulneración se alegue. Y así, si es el derecho a la presunción de inocencia el que se entiende vulnerado, sólo podrá recurrirse en amparo una vez finalizado el nuevo proceso penal al que conduce la retroacción de actuaciones, siempre, obvio es, que la sentencia sea condenatoria. Por el contrario, si se pretende denunciar la vulneración de otros derechos como, por ejemplo, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que no sea arbitraria, irrazonable o fruto de un error patente, será perfectamente posible hacerlo frente a la sentencia de apelación revocatoria de la sentencia penal de instancia absolutoria, mientras que tal lesión no podría analizarse en un eventual recurso de amparo fren-

---

<sup>43</sup> El supuesto era el de una retroacción de actuaciones por el Tribunal Supremo a una Audiencia Provincial, tras estimar el recurso de casación del Ministerio Fiscal contra la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia, a fin de que ésta, tomando como válidas y eficaces pruebas testificales obrantes en las diligencias y antes consideradas nulas en cuanto contrarias a derechos fundamentales, procediera a dictar nueva sentencia.

<sup>44</sup> STC 149/2001, de 27 de junio, FJ 3.º

<sup>45</sup> Juan Luis REQUEJO PAGÉS, en la crónica sobre «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2001», realizada junto a otros autores (DUQUE VILLANUEVA, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ y GÓMEZ MONTORO), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, septiembre-diciembre de 2001, pp. 205 y sigs., en particular p. 210.

te a la posterior sentencia condenatoria dictada de resultas de la retroacción de actuaciones ordenada<sup>46</sup>.

Ciertamente, las matizaciones introducidas por la STC 82/2002 no impiden hablar de un giro jurisprudencial, si bien conviene advertir que tanto esta Sentencia como la STC 149/2001 provienen de la Sala Primera, que ha vuelto a reiterar esta doctrina en su STC 4/2004<sup>47</sup>, mientras que el ATC 139/2001, dictado por la Sección Tercera, en el que se sostenía la doctrina tradicional, provenía de la Sala Segunda, lo que nos conduce a entender que el cambio jurisprudencial no está definitivamente consolidado.

d) Un último aspecto en el que se aprecia un giro jurisprudencial notable se refiere al trámite de admisión del recurso de amparo. Hasta el ATC 307/2003 (Sección Tercera), de 29 septiembre, el Tribunal venía sosteniendo<sup>48</sup> que la admisión de un recurso de amparo por una de sus Secciones no impedía la inadmisión de otro sustancialmente idéntico por una Sección distinta. Como bien advierte la doctrina<sup>49</sup>, el mencionado Auto del año 2003 corrige la jurisprudencia precedente, estimando el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la inadmisión de un recurso de amparo que planteaba «quejas relacionadas con la relevancia constitucional de la interpretación de la legalidad» que ya habían sido suscitadas por otros recursos pendientes de sentencia. La Sección coincide con el Ministerio Público en que cabe «el riesgo de que la providencia impugnada en súplica suponga un pronunciamiento anticipado sobre una cuestión que, habiendo sido admitida a trámite en anteriores procesos de amparo, no debe ser resuelta anticipadamente, sino mediante una resolución sobre el fondo», de modo que, «constatada la semejanza de las cuestiones planteadas en la presente demanda (...) con las que han de ser resueltas en los recursos —ya admitidos—, procede estimar el recurso de súplica».

De ese razonamiento se desprende que no es tanto el riesgo de un trato diferencial para quien recurrió lo que se trata de evitar, cuanto más bien el que la inadmisión del recurso pudiera interpretarse como un pronuncia-

<sup>46</sup> STC 82/2002 (Sala Primera), de 22 de abril, FJ 2.º *in fine*.

<sup>47</sup> STC 4/2004 (Sala Primera), de 14 de enero, FJ 2.º

<sup>48</sup> Así, en los AATC 124/1996 y 125/1996, ambos de 20 de mayo, y en la STC 237/1996, de 23 de julio.

<sup>49</sup> Juan Luis REQUEJO PAGÉS, en la crónica sobre «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2003», realizada junto a otros autores en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, enero-abril de 2004, pp. 289 y sigs., en particular p. 293.

miento anticipado de una cuestión que, al haber sido admitida a trámite, no puede dilucidarse sino mediante la oportuna decisión sobre el fondo.

## B) Fuentes del Derecho

Dos son los cambios jurisprudenciales que en esta materia se han producido: el primero de ellos tiene que ver con el carácter de ley orgánica de las normas penales; el segundo, con los límites constitucionales a la Ley de Presupuestos.

a) Uno de los casos más clamorosos y peor justificados de cambio de doctrina jurisprudencial<sup>50</sup> atañe a la exigencia del rango de ley orgánica para las normas penales. En su STC 25/1984, el Tribunal, en una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a la Ley de Régimen Jurídico de Control de Cambios, tras reconocer que el art. 25.1 CE «da expresión general al principio de legalidad en materia sancionadora, del que se deriva que una sanción, de privación de libertad u otra, sólo procederá en los casos previstos y significados en normas preestablecidas»<sup>51</sup>, y a la vista del art. 81.1 CE, que incluye entre las leyes orgánicas «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales», se planteaba la cuestión de si del art. 25.1 CE en conexión con el art. 81.1 CE cabría deducir una reserva de ley orgánica en materia sancionadora.

Para el Tribunal, «la “legislación” en materia penal o punitiva se traduce en la “reserva absoluta” de ley. Ahora bien, que esta reserva de ley en materia penal implique reserva de ley orgánica, es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del art. 81.1 con el mencionado art. 25.1». A juicio del Tribunal, la exigencia de ley orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los derechos fundamentales.

Un giro radical se producirá poco tiempo después, en la STC 140/1986, si bien el Tribunal trata de presentar la nueva doctrina en perfecta coherencia con la precedente, no obstante lo cual tal coherencia no existe más que en la mente de los magistrados. Para mayor paradoja, en esta Sentencia el objeto último del enjuiciamiento será de nuevo la propia Ley de Régimen Jurídico de Control de Cambios. En esta ocasión, el Pleno del Tribu-

<sup>50</sup> Luis PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre la interpretación constitucional», *op. cit.*, p. 195.

<sup>51</sup> STC 25/1984, de 23 de febrero, FJ 3.º

nal conocerá de un recurso de amparo que tiene como supuesto de hecho el que el recurrente ha sido condenado como autor de un delito monetario a una pena privativa de libertad (seis meses de arresto mayor), y que se fundamenta en que la citada Ley tipifica y sanciona los delitos monetarios con penas conjuntas de privación de libertad y multa, siendo una ley ordinaria pese a acoger normas atinentes a los derechos fundamentales de libertad y seguridad de la persona.

El Tribunal estimará el amparo demandado no por violación del contenido sustantivo de un derecho, sino de su garantía formal, aduciendo ahora<sup>52</sup> que «las normas penales suponen un desarrollo del derecho a la libertad», para añadir que «el derecho a la libertad del art. 17.1 CE es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley”: en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita». En este sentido, la conclusión del Tribunal es obvia: el Código Penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 CE. De ahí que deban tener carácter de orgánicas.

En definitiva, si dos años antes no toda norma penal debía tener el rango de ley orgánica, ahora el Tribunal manifiesta todo lo contrario, cambiando, para soslayar la patente contradicción, el parámetro de enjuiciamiento, que en la STC 140/1986 pasa a ser el art. 17.1 CE en conexión con el art. 81.1 de la propia Norma suprema, aunque sea una evidencia incontestable que es el art. 25.1 CE y no el art. 17.1 CE el que contempla la garantía de legalidad penal o, si se prefiere, el derecho a la garantía legal de la privación de libertad.

b) Un segundo giro jurisprudencial lo encontramos en relación con los límites constitucionales al contenido material de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

A partir de su STC 27/1981, el Tribunal comenzó a elaborar un cuerpo jurisprudencial sobre los límites formales y materiales que se deducen del art. 134 CE<sup>53</sup>, relativo a los Presupuestos Generales del Estado y a la Ley de Presupuestos. En síntesis, el Tribunal vino a entender que la Ley de Presupuestos tiene un contenido mínimo e indisponible constituido por la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del

<sup>52</sup> STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5.º

<sup>53</sup> STC 27/1981, de 20 de julio, en especial los FFJJ 2.º y 3.º

Estado. Al tratarse de una ley que no es sólo un conjunto de previsiones contables<sup>54</sup>, sino también «un vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno», la misma puede establecer también «disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria estatal que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan»<sup>55</sup>.

El contenido posible, aunque no necesario y eventual, de la Ley de Presupuestos sólo tiene cabida dentro de límites estrictos. Y así, para que la regulación, por una Ley de Presupuestos, de una materia distinta a su núcleo mínimo sea constitucionalmente legítima «es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión en dicha Ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno»<sup>56</sup>.

Esta jurisprudencia ha sido paulatinamente desdibujada por el Tribunal, que ha terminado desnaturalizándola. Dos hitos de este proceso los constituyen las SSTC 32/2000 y 67/2002. En la primera de ellas el Tribunal convalidará la constitucionalidad de una previsión de la Ley de Presupuestos Generales para 1991, por la que se contemplaba un incremento retribuido para aquellos funcionarios que hubieran desempeñado determinados altos cargos durante un cierto período de tiempo. El Tribunal reconocía que la sede normativa natural y técnicamente más correcta de este tipo de regulaciones de los conceptos retributivos de los funcionarios era el de las disposiciones generales que disciplinan el régimen jurídico aplicable a todos ellos, pero, a renglón seguido, señalaba que «nuestro control de constitucionalidad no es un juicio sobre la cualidad técnica del ordenamiento jurídico, ni sobre la oportunidad de las opciones adoptadas por el legislador»<sup>57</sup>. También admitía el Tribunal que se podría argumentar que, dada la temporalidad propia de las Leyes de Presupuestos, resultaría conveniente incorporar preceptos como los aquí cuestionados a la legislación funcional, pero de inmediato aducía que «el criterio de temporalidad no

<sup>54</sup> STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 4.º

<sup>55</sup> STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 12.

<sup>56</sup> STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4.º

<sup>57</sup> STC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 6.º

resulta en principio determinante de la constitucionalidad o no de una norma como la cuestionada desde la perspectiva de su inclusión en un Ley de Presupuestos»<sup>58</sup>.

Adicionalmente a todo lo anterior, el Tribunal consideraría que «dentro de los límites del contenido posible o eventual de las Leyes de Presupuestos, el legislador goza de un margen de libre configuración que este Tribunal debe respetar»<sup>59</sup>, apreciación que, a nuestro juicio, no deja de ocultar en el fondo una notable contradicción.

En la STC 67/2002, el Tribunal desestimaba una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a un precepto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992, que preveía el posible reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñara puestos de trabajo que comportaran la percepción de un complemento específico cuya cuantía no superara el 30 por 100 de su retribución básica. Frente al argumento —a nuestro juicio irrefutable— del órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de que el precepto en cuestión regulaba una materia propia del estatuto funcional, referida al régimen de incompatibilidades, el Tribunal, reiterando las discutibles matizaciones que a la teoría general de los límites constitucionales al contenido material de la Leyes de Presupuestos hizo en la STC 32/2000, añade ahora que «el hecho de que el precepto previsiblemente afecte a un número limitado de funcionarios puede poner de manifiesto que su regulación no incide en los criterios de política económica general, pero no es suficiente para negar la repercusión directa de los complementos retributivos regulados en los gastos presupuestados»<sup>60</sup>, Recordando adicionalmente que el legislador goza al efecto de un margen de libre configuración que el Tribunal debe respetar, éste entiende que el precepto cuestionado es conforme a la jurisprudencia constitucional en la materia, conclusión que sólo cabe en la imaginación de los magistrados constitucionales y que viene a certificar el giro jurisprudencial que, *de facto*, se aprecia en este ámbito material, y que se traduce en un notable fortalecimiento de la libertad de configuración del legislador en materia presupuestaria, con el subsiguiente desfiguramiento de los límites constitucionales al contenido material de las Leyes de Presupuestos.

<sup>58</sup> STC 32/2000, FJ 6.º, siguiendo la doctrina expuesta en la STC 65/1990, de 5 de abril, FJ 3.º

<sup>59</sup> STC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 6.º

<sup>60</sup> STC 67/2002, de 21 de marzo, FJ 4.º

### C) Estructura territorial del Estado

En este ámbito de la organización territorial del Estado ha habido un significativo giro jurisprudencial en lo que se refiere al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social y asistencia social. El art. 148.1.20.<sup>a</sup> CE contempla la asistencia social entre las materias sobre las que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias por la vía de sus respectivos Estatutos. A su vez, el art. 149.1.17.<sup>a</sup> atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

Durante muchos años, la jurisprudencia constitucional vino a dar por sentado que el modelo de caja única de la Seguridad Social excluía toda intervención por parte de las Comunidades Autónomas en el ámbito de las pensiones, independientemente de que éstas fueran o no contributivas. Esta interpretación iba a quebrar con la STC 239/2002. Ciertamente, la STC 76/1986 iba a convalidar la constitucionalidad de dos leyes del País Vasco que en el ámbito de la «asistencia social» establecían determinadas prestaciones, pero ello sobre la base de que no se interfería ni en el régimen jurídico básico ni en el régimen económico de la Seguridad Social.

En efecto, en su STC 76/1986, el Tribunal abordó la noción de «asistencia social», que al no hallarse precisada en el Texto constitucional, ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, deduciendo de ella «la existencia de una asistencia social externa al sistema de la Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20.<sup>a</sup>»<sup>61</sup>. Esta «asistencia social» se presentaba de esta forma como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social.

A partir de ese entendimiento y de la exigencia de dos rasgos que el Tribunal consideraría inexcusables: 1) el carácter excepcional de la Ley vasca, pues no pretendía regular con carácter general y para el futuro un sector concreto de la realidad, sino resolver un problema de justicia material planteado por la existencia de un colectivo de ciudadanos que se halla carente de protección<sup>62</sup>, y 2) su no incidencia en el sistema de la Seguridad Social,

<sup>61</sup> STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 6.º

<sup>62</sup> Las Leyes vascas se referían a los derechos profesionales y pasivos del personal que

esto es, en el conjunto normativo que integra el ordenamiento de la Seguridad Social, el Tribunal Constitucional reconocía la competencia autonómica para acordar la concesión de medidas de asistencia y, por lo mismo, la constitucionalidad de la Ley (más bien de las Leyes, pues se trataba de dos normas estrechamente relacionadas) impugnada.

En la STC 239/2002, el Tribunal se va a apartar claramente de la interpretación sostenida en 1986. Aun no admitiéndolo así, el Tribunal se separa inequívocamente del criterio de que la «asistencia social» es un mecanismo protector de situaciones específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de la Seguridad Social.

La Sentencia del año 2002 resuelve un conflicto de competencias planteado por el Gobierno de la Nación frente a dos Decretos de la Junta de Andalucía (Ejecutivo autonómico de la Comunidad Autónoma andaluza), que establecían ayudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. Obviamente, los beneficiarios de los auxilios ya estaban incluidos en el ámbito de la Seguridad Social, y además la técnica prestacional empleada por los Decretos era la propia de la Seguridad Social. La incompatibilidad de las normas objeto del conflicto con la doctrina precedente del Tribunal era, a nuestro juicio, patente. El Tribunal, sin embargo, entenderá que la Junta de Andalucía había actuado en el marco de sus competencias al dictar los mencionados Decretos, pero para llegar a tal fallo habrá de alterar sustancialmente su interpretación.

El Tribunal, en efecto, entiende ahora<sup>63</sup> que la inclusión subjetiva en el sistema de Seguridad Social, pudiendo ser un elemento a valorar en cada caso, debe ponderarse con suma cautela, pues difícilmente puede ser determinante o concluyente del deslinde competencial entre las materias «Seguridad Social» y «asistencia social». Nada impediría desde la perspectiva de la legitimidad constitucional —añadirá más adelante el Tribunal—<sup>64</sup> que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de «asistencia social» otorgasen ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del sistema de Seguridad Social, se encontraran en situación de necesidad, siempre que con

---

prestó sus servicios a la Administración Autónoma del País Vasco desde el 7 de octubre de 1936 al 6 de enero de 1978.

<sup>63</sup> STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 6.º

<sup>64</sup> *Ibidem*, FJ 7.º

dicho otorgamiento de ayuda no se modifique o perturbe el sistema de la Seguridad Social o su régimen económico.

Así planteada la cuestión, el problema se traslada a la caracterización de las ayudas objeto del conflicto. El Tribunal, prescindiendo de una interpretación finalista de los Decretos, los convalida constitucionalmente en base a argumentos tales como que los auxilios concedidos por la Junta de Andalucía no se integraban en la caja única de la Seguridad Social, pues se financiaban con los créditos de los presupuestos autonómicos<sup>65</sup>, lo que obviamente es irrelevante a los efectos del conflicto, pues la invasión competencial, como bien se afirma en uno de los votos particulares disidentes que acompañan a la Sentencia, se produce por la actuación normativa misma, al margen de la financiación.

En definitiva, la Sentencia 239/2002 no sólo supone un notable giro jurisprudencial, sino que, potencialmente al menos, tiene unas consecuencias de la mayor trascendencia.

#### D) Organización de los poderes públicos

En este ámbito se aprecia un cambio en la jurisprudencia constitucional en relación al alcance de la facultad de las Mesas de las Cámaras parlamentarias (órganos rectores de las Cámaras que ostentan su representación colegiada) de calificar y admitir a trámite los escritos parlamentarios a ellas dirigidos.

La doctrina constitucional vino tradicionalmente admitiendo que el alcance de la función calificadora y de admisión de documentos e iniciativas de la Mesa de una Cámara debía limitarse «a controlar su regularidad jurídica y viabilidad procedimental»<sup>66</sup>, de lo que deducía, por ejemplo, que el contenido de una moción que se entendiera manifiestamente contraria a Derecho o inconstitucional permitía a la Mesa acordar su inadmisión.

En esta misma dirección, y en relación con las proposiciones de ley, el Tribunal entendería<sup>67</sup> que la actividad de calificación y de admisión de la Mesa se había de limitar al control del cumplimiento de los requisitos formales y, en su caso, al «examen liminar de su adecuación a Derecho, aunque sólo podrá acordar la inadmisión cuando la contradicción o la incons-

<sup>65</sup> *Ibidem*, FJ 8.º *in fine*.

<sup>66</sup> STC 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 6.º

<sup>67</sup> STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 2.º

titucionalidad sea evidente», interpretación que era reiterada en la STC 95/1994, añadiendo ahora el Tribunal que la contradicción a Derecho o la inconstitucionalidad de la proposición habían de ser «palmarias y evidentes»<sup>68</sup> para que la Mesa pudiese acordar la inadmisión.

La doctrina expuesta iba a ser alterada en la STC 124/1995, en la que el Tribunal entendía que las facultades de calificación y admisión de documentos por parte de una Mesa de una Asamblea legislativa autonómica se circunscriben «a verificar que el escrito en cuestión reúna los requisitos reglamentariamente exigidos»<sup>69</sup>, y en relación específica con las proposiciones de ley, el Tribunal añadía que la Mesa se había de abstener de cualquier otra consideración acerca de sus contenidos, pues, de lo contrario, no sólo estaría asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que sólo al Pleno corresponde, sino que, además, y desde la óptica de la representación democrática, estaría obstaculizando la posibilidad de que se celebre un debate público entre todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria<sup>70</sup>.

La STC 38/1999, de la Sala Segunda, venía a confirmar el cambio de doctrina que había supuesto la STC 124/1995, dictada por la Sala Primera. A la consideración de que a la Mesa le corresponde estrictamente el verificar si una iniciativa parlamentaria cumple con los requisitos formales exigidos por el Reglamento de la Cámara, el Tribunal añadirá que «toda decisión de la Mesa sobre la admisibilidad y tramitación de una iniciativa legislativa promovida por un representante de los ciudadanos afecta a su derecho al libre e igual ejercicio de su cargo público, de forma que, perturbado o coartado éste, se perturba y coarta la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, infringiendo, así pues, el art. 23.1 y 2 CE»<sup>71</sup>.

En relación con las preguntas parlamentarias dirigidas al Ejecutivo, el Tribunal entendería<sup>72</sup> también que dicha facultad pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, en sintonía con lo cual, aunque en relación con este tipo de iniciativas, corresponde a la Mesa el examen del contenido material de la iniciativa, ello es exclusivamente en cuanto resulta determinante para llevar a cabo el juicio de calificación sobre la idoneidad y procedencia del procedimiento parlamentario elegido<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> STC 95/1994, de 21 de marzo, FJ 4.º

<sup>69</sup> STC 124/1995, de 18 de julio, FJ 2.º

<sup>70</sup> *Ibidem*, FJ 3.º

<sup>71</sup> STC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 3.º

<sup>72</sup> STC 107/2001, de 23 de abril, FJ 4.º

<sup>73</sup> *Ibidem*, FJ 5.º

Digamos, por último, que en su STC 177/2002, la Sala Primera reiteraría la doctrina expuesta en relación con las solicitudes de comparecencia en el Parlamento de autoridades y funcionarios públicos (en el caso en cuestión, de directivos de empresas privatizadas), entendiéndose que la extralimitación por la Mesa en sus funciones de calificación, con el resultado de inadmisión de la solicitud de comparecencia, vulneró el Reglamento, en este caso del Congreso de los Diputados, y, en consecuencia, el *ius in officium* de los parlamentarios recurrentes y, con ello, su derecho al desempeño de las funciones y cargos públicos de conformidad con lo dispuesto por las leyes, garantizado por el art. 23.2 CE<sup>74</sup>.

### E) Derechos fundamentales

Es en el ámbito de los derechos fundamentales donde encontramos mayores giros jurisprudenciales que si bien no se presentan formalmente como cambios de la doctrina constitucional, suponen, desde luego, modificaciones en muchos casos verdaderamente sustanciales. Los analizaremos atendiendo a los derechos que se ven afectados.

#### a) *El derecho a la igualdad jurídica o de trato*

Tres de los cambios jurisprudenciales que en este ámbito de los derechos se pueden constatar tienen que ver con el principio y a la par derecho a la igualdad jurídica.

1. El primero de estos giros lo hallamos en lo que atañe a la discriminación positiva que va a admitir el Tribunal en su STC 128/1987. El Tribunal, como bien se ha señalado<sup>75</sup>, eludirá en este caso el procedimiento previsto por el art. 13 LOTC mediante el recurso al desarrollo de la regla que se aplica, extrayendo consecuencia más o menos implícitas en ella y, por lo general, añadiendo supuestos de hecho conexos. En el ámbito de la discriminación positiva, el tratamiento de las medidas de acción protectora del trabajo femenino descuella particularmente. Sin embargo, contra lo que pudiera pensarse, no fue ésta la interpretación del Tribunal en sus primeros años de vida.

<sup>74</sup> STC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 10 *in fine*.

<sup>75</sup> María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Comentario al art. 13 de la LOTC», *op. cit.*, pp. 273-275.

Paradigmática resulta al efecto la STC 81/1982, en la que el Tribunal, ante una diferencia salarial que beneficia a las mujeres que prestan sus servicios en un centro hospitalario y que el representante de la Administración sanitaria justifica como una «medida proteccionista de la mujer»<sup>76</sup>, interpreta que tal trato diferencial carece de fundamento y debe por lo mismo desaparecer<sup>77</sup>, otorgando el amparo demandado y reconociendo el derecho de los demandantes del amparo a no ser discriminados, ni en el salario ni en el resto del contenido de sus relaciones laborales con respecto al personal femenino que realiza idéntico trabajo y posee idéntica cualificación.

La STC 128/1987, como antes se dijo, muestra visiblemente el radical cambio de la doctrina del Tribunal, que abandona su concepción bilateral de la discriminación, para pasar a visualizar la misma desde una óptica unilateral. Y aunque, tratando de dar coherencia y cohesión a su nueva doctrina respecto de los precedentes, a fin de ocultar de este modo su *overruling*, comienza recordando lo ya señalado en la STC 81/1982, esto es, que la protección de la mujer no es, *per se*, razón suficiente para justificar una diferencia de trato, de inmediato puntualiza que «no puede decirse sin más de lo anterior que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría que venga definido (entre otros factores concurrentes) por el sexo resultará vulneradora» del art. 14 CE<sup>78</sup> —norma que consagra el derecho a la igualdad jurídica sin discriminación—. A partir de tal idea, el Tribunal afirma que «la actuación de los Poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas»<sup>79</sup>.

En definitiva, de una etapa en la que pequeñas diferencias de trato en las condiciones laborales en favor de la mujer suscitan el rechazo del Tribunal por discriminación del varón, se pasa a otra en la que el Tribunal, sin

<sup>76</sup> STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2.º

<sup>77</sup> *Ibidem*, FJ 2.º *in fine*.

<sup>78</sup> STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 7.º *ab initio*.

<sup>79</sup> *Ibidem*, FJ 7.º *in fine*.

admitir cambio de doctrina alguna, aunque el mismo sea patente, entiende constitucionalmente legítima la discriminación positiva en favor de la mujer.

2. El segundo cambio tiene que ver con el necesario trato de igualdad a la familia, a todo tipo de familia, esto es, a la surgida del matrimonio y a la nacida de una unión de hecho. El cambio de doctrina, o si se prefiere, la contradicción jurisprudencial, encuentra como sentencias paradigmáticas las SSTC 184/1990 y 222/1992.

En la primera de esas sentencias el Tribunal consideraría que no cabía reprochar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que éste conceda una pensión de viudedad<sup>80</sup>. Y ello por cuanto en la Constitución de 1978, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes, pues mientras el primero es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1 CE), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2 CE), nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, el Tribunal concluía que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica, y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento.

Frente a la doctrina expuesta, dos años tan sólo más tarde, el Tribunal cambiaba radicalmente de criterio. En su STC 222/1992, en efecto, extendía a las uniones de hecho el derecho a la subrogación en el contrato de arrendamiento. A partir de la interpretación de que la Constitución no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio<sup>81</sup>, el Tribunal, aun admitiendo que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes, considera que aunque «la unión de carácter matrimonial proporciona a terceros una certeza jurídica nada irrelevante cuando del ejercicio de derechos frente a particulares se trata (...), certeza mucho más débil —hasta

<sup>80</sup> STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.º

<sup>81</sup> STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5.º

el extremo, eventualmente, de requerir prueba— en el caso de la unión *more uxorio*, carente, por definición, de toda formalidad jurídica», tal consideración no daba una razón suficiente para la diferenciación enjuiciada. «La mera procuración —añade el Tribunal—<sup>82</sup> de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 CE) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata» (art. 39.1 CE, que prevé que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»).

No deja de ser paradójico que mientras la igualdad que el Tribunal postula entre la familia matrimonial y las uniones de hecho se traduce en la declaración de inconstitucionalidad de una norma que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido, tal principio de igualdad no se traduce, por el contrario, en la declaración de inconstitucionalidad de una norma con efectos materialmente semejantes, como es la que impide extender el derecho a la pensión de viudedad a los miembros supervivientes de una unión de hecho. Que el principio de igualdad entre la familia matrimonial y las uniones de hecho opere en las relaciones entre particulares, pero no en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos es algo tan paradójico que no puede pensarse que es ésa la razón de la divergencia interpretativa del Tribunal, debiendo, pues, concluirse que estamos ante un nuevo giro jurisprudencial subrepticio.

3. El último giro jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad jurídica, aunque en este caso no sólo con tal derecho, sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE), lo encontramos en relación con las particularidades de la jurisdicción militar respecto a la acusación particular y a la acción civil.

El art. 108, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, establecía: «No se podrá ejercer, ante la jurisdicción militar, la acusación particular ni la acción civil, cuando el perjudicado y el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, sin perjuicio de ejercer la acción civil ante la jurisdicción ordinaria». Tal norma era en gran medida tributaria de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en su STC 97/1985, y en relación con un precepto del Código de Justicia Militar entonces vigente, que disponía que en ningún caso se admitiría la querrela, limitando a continuación el ejercicio de la acción privada a los procedimientos seguidos por

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, FJ 6.º

delitos sólo perseguibles a instancia de parte, había interpretado<sup>83</sup> que aunque el precepto del Código de Justicia Militar se hallaba en pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva enlazado con el derecho que el art. 125 CE reconoce a todos los ciudadanos para ejercer la acción popular, encontraba su convalidación constitucional en el hecho de que estaba pensado «para evitar discusiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas», lo que a su vez se conectaba con las particularidades estructurales de las Fuerzas Armadas: «la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para afianzar aquellos fines (los altos fines que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 CE), no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados».

Esta doctrina, que determinaba la legitimidad constitucional de la interdicción del ejercicio de la acción privada en aquellos casos en que pretendiera ser ejercitada por un militar frente a otro, hallándose ambos ligados orgánicamente, sería determinante en el diseño dado a este instituto procesal por el legislador. A partir de esta doctrina, cobró pleno sentido la previsión antes mencionada del art. 108 de la Ley Orgánica 4/1987.

Frente a tal doctrina, en su STC 115/2001, el Tribunal, conociendo de un recurso de amparo avocado por el Pleno, otorgaba el amparo demandado por un militar, interpretando que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el antes transcrito precepto, no encontraba justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley *ex* art. 14 CE<sup>84</sup>, al margen ya de interpretar asimismo que la exclusión del ejercicio de la acusación particular que, frente al régimen legal general, llevaba a cabo el precepto citado, produce, como consecuencia, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción *ex* art. 24.1 CE, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar<sup>85</sup>.

El Tribunal no sólo otorgaba el amparo demandado, sino que, en lógica armonía con su interpretación, planteaba ante el propio Pleno, de acuerdo con lo previsto por el art. 55.2 LOTC, una cuestión interna de consti-

<sup>83</sup> STC 97/1985, de 29 de julio, FJ 4.º

<sup>84</sup> STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ 10.

<sup>85</sup> *Ibidem*, FJ 11.

tucionalidad respecto a la posible inconstitucionalidad del precepto varias veces citado, cuestión que era resuelta mediante la STC 179/2004<sup>86</sup>, en la que el Tribunal declaraba la inconstitucionalidad de la norma, reiterando la doctrina sentada tres años antes, en patente contradicción con la que fijara en su STC 97/1985.

b) *Los derechos y garantías del art. 24 CE*

Varios giros jurisprudenciales se aprecian en la doctrina del Tribunal relativa a la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de las garantías del debido proceso legal (art. 24.2 CE).

1. El primero de esos cambios se produce en relación con la interpretación de una norma procesal laboral: en un primer momento, el art. 22 de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1568/1980, que establecía la posibilidad de, llegado el último día del plazo fijado para recurrir, formalizar el recurso en el Juzgado de Guardia, viniendo obligado en tal caso el recurrente a comparecer ante la Magistratura de Trabajo el día siguiente hábil, al objeto de dejar constancia de ello. Tal norma tendría su continuidad en el art. 45 de la Ley de Procedimiento Laboral, texto articulado aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990. Absolutamente contradictorias serían algunas de las decisiones adoptadas al respecto por el Tribunal Constitucional, lo que propiciaría que la doctrina científica apreciara<sup>87</sup> una verdadera mutación jurisprudencial.

Varias Sentencias pueden recordarse al efecto. En su STC 3/1986, la Sala Segunda no manifiesta duda alguna sobre la constitucionalidad del mencionado precepto<sup>88</sup>, mientras que en la STC 175/1988, la Sala Primera considera que la razón de ser del art. 22 citado no es clara en un sistema de unidad jurisdiccional como el que la Constitución implica, entendiéndose que en tanto se mantenga dicho precepto, no puede ser interpretado de forma rigurosa<sup>89</sup>. La Sala Segunda, en la STC 83/1991, aun reconociendo que los requisitos de la norma que nos ocupa nos afectan por lo general al

<sup>86</sup> STC 179/2004, de 21 de octubre.

<sup>87</sup> Cfr. al efecto María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Comentario al art. 13 de la LOTC», *op. cit.*, pp. 275-277.

<sup>88</sup> STC 3/1986, de 14 de enero, FJ 2.º

<sup>89</sup> STC 175/1988, de 3 de octubre, FJ 4.º

derecho a la tutela judicial efectiva, iba a matizar que «es posible que interpretaciones inflexibles o con consecuencias desproporcionadas desde el punto de vista de la finalidad de la norma sí puedan resultar contrarias al mismo»<sup>90</sup>. Finalmente, ya de modo inequívoco, la Sala Primera, en relación con el art. 45 de la Ley de Procedimiento Laboral, texto articulado de 27 de abril de 1990, sustancialmente semejante al art. 22 del texto legal de 1980, en su STC 125/1994, consideraba que el mantenimiento de la obligación de notificar al Juzgado o Sala de lo Social (con anterioridad a la Magistratura de Trabajo) la presentación de escritos en las condiciones previstas por el mencionado art. 45<sup>91</sup> había perdido gran parte de su significación, apareciendo en esencia como una fórmula de descargar sobre el justiciable los eventuales defectos de comunicación de la oficina judicial. El incumplimiento de este deber de notificación se traduce en la caducidad de la acción. Ante la gravedad de las consecuencias aparejadas al incumplimiento de la exigencia prevista por el citado art. 45, y la escasa justificación legal para amparar tal resultado<sup>92</sup>, la Sala elevaba al Pleno una cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el mencionado precepto legal al considerarlo lesivo del art. 24 CE.

Un nuevo giro jurisprudencial se producirá, sin embargo, en la Sentencia del Pleno número 48/1995, en la que éste se pronuncia acerca de la cuestión interna de inconstitucionalidad, confirmando la legitimidad constitucional de la norma cuestionada al interpretar que la misma no podía ser calificada de arbitraria o infundada, enlazándola, por el contrario, con la naturaleza imperativa, de orden público, de las reglas procesales y entendiendo que, lejos de ser una medida restrictiva del derecho del justiciable al acceso a la jurisdicción, constituye una excepción flexibilizadora de la norma general sobre el lugar de presentación de documentos<sup>93</sup>, olvidando el Pleno que lo realmente cuestionado por la Sala era lo desproporcionado de los efectos aparejados al incumplimiento de la notificación. Por lo demás, no dejaba de resultar sorprendente que de los seis magistrados de la Sala Primera que unánimemente habían planteado la cuestión interna de inconstitucionalidad, sólo tres de ellos formularan voto particular disiden-

<sup>90</sup> STC 83/1991, de 22 de abril, FJ 2.º

<sup>91</sup> El recurrente ha de dejar constancia en el Juzgado o Sala de lo Social de la presentación de un escrito o documento el último día de un plazo ante el Juzgado de Guardia de la sede del Juzgado o Sala de lo Social competente, y ello debe hacerse justamente el día siguiente hábil, por el medio de comunicación más rápido.

<sup>92</sup> STC 125/1994, de 25 de abril, FJ 5.º

<sup>93</sup> STC 48/1995, de 14 de febrero, FJ 4.º

te frente a la Sentencia del Pleno, lo que entrañaba un notable cambio de criterio por parte de los tres restantes en el corto plazo de diez meses que media entre ambas Sentencias.

2. El segundo cambio jurisprudencial tiene que ver con la validez probatoria de las declaraciones inculcatorias vertidas ante la policía. Ha sido doctrina consolidada del Tribunal desde su STC 31/1981, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o Tribunal que ha de dictar sentencia. En coherencia con ello, el Tribunal entendió que las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente que no constituye *per se* pruebas de cargo.

Ahora bien, en la STC 201/1989, el Tribunal efectuaba una importante matización al señalar<sup>94</sup> que la doctrina anterior «no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, pues, de una parte, cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia». Y de otra parte, «cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituída, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el art. 730 de la Ley procesal penal, esto es, solicitando su lectura en el juicio oral».

En una dirección no muy distante, la STC 138/1992 otorgaba al atestado policial una cierta virtualidad probatoria. «El atestado —señalaba el Tribunal—<sup>95</sup> equivale en principio a una denuncia, pero también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, que expuestos por los agentes de la Policía Judicial con su firma y las

<sup>94</sup> STC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 3.º

<sup>95</sup> STC 138/1992, de 13 de octubre, FJ 3.º

demás formalidades exigidas por los arts. 292 y 293 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser calificados como declaraciones testificales».

En definitiva, la doctrina expuesta entrañaba no privar de toda eficacia probatoria a las declaraciones verificadas en las diligencias policiales o sumariales. La STC 51/1995 iba, sin embargo, a llevar a cabo un notable giro jurisprudencial al significar el Tribunal<sup>96</sup> que «las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial». Con este giro jurisprudencial es obvio que el Tribunal refuerza notablemente el alcance procesal de la presunción de inocencia.

3. Un giro realmente trascendente se ha producido en la STC 58/2004 en relación con el Derecho comunitario europeo y, más en concreto, con el planteamiento de la cuestión prejudicial contemplada inicialmente por el art. 177 TCCEE y más tarde por el art. 234 TCE<sup>97</sup>.

La jurisprudencia tradicional al respecto se fijó por primera vez en la STC 28/1991, en la que el Tribunal, frente a la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el Derecho interno, entiende que serán los órganos jurisdiccionales ordinarios quienes, en los procesos correspondientes, habrán de pronunciarse sobre tal contradicción, a cuyo fin dichos órganos están facultados u obligados, según los casos, para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. «Y debe añadirse —aduce finalmente el Tribunal<sup>98</sup>— que en esa labor de los órganos jurisdiccionales ordinarios, en su caso mediatizada por el Tribunal de Justicia (de Luxemburgo), ninguna intervención puede tener este Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad». De modo más específico, en relación a lo que ahora interesa, en su STC 111/1993, el Tribunal señalaba<sup>99</sup>: «Sin perjuicio de que el art. 177 del TCCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario europeo y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad, ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE

<sup>96</sup> STC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 5.º

<sup>97</sup> Cfr. al efecto Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «Le contrôle de “communautarité” de l'ordre juridique interne réalisé par le juge national et ses conséquences sur le système constitutionnel», en *Mélanges à la mémoire de Louis Favoreu* (próxima publicación).

<sup>98</sup> STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6.º

<sup>99</sup> STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2.º

cuando el juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación que ha de darse a una Directiva» (comunitaria).

La mencionada doctrina, ciertamente, ya ponía el acento en la «razonabilidad» del no planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del juez nacional. Un amplio desarrollo de tal doctrina sería acogido por otra Sentencia del mismo año, la STC 180/1993. El Tribunal insiste en un primer momento en su idea de que «la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es una cuestión excluida del ámbito del recurso de amparo»<sup>100</sup>. Ahora bien, de inmediato, el Tribunal efectúa una importante matización: «Lo anterior —nos dice<sup>101</sup>— no significa que la determinación de la norma aplicable al caso carezca siempre y en todos los casos de relevancia constitucional alguna (...). Este Tribunal está llamado a ejercitar un cierto control sobre la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, si bien este control sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable o ha sido fruto de un error patente; o si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo». En definitiva, el recurso de amparo sería pertinente no tanto frente al incumplimiento de la obligación que puede recaer sobre un órgano jurisdiccional de plantear ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo una cuestión prejudicial, cuanto frente a la irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente de la resolución judicial en cuanto al fondo del asunto.

Esta evolución jurisprudencial iba a culminar en la STC 58/2004, en la que a partir de los matices doctrinales introducidos en la STC 180/1993, el Tribunal iba a dar un paso decisivo en orden a hacer avanzar su doctrina en este punto al señalar que «el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador de Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías»<sup>102</sup>. Ciertamente, esta doctrina ya había sido consagrada dos años antes<sup>103</sup>, pero ahora se avanza en ella un tanto más. El Tribunal advierte que no le corresponde a él resolver acerca de la pretendida contradicción

<sup>100</sup> STC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3.º

<sup>101</sup> *Ibidem*, FJ 4.º

<sup>102</sup> STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11.

<sup>103</sup> STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9.º

entre la normativa interna y el Derecho comunitario, sino, única y exclusivamente, si el juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías.

Al proyectar la doctrina que acabamos de exponer al caso concreto, el Tribunal considera que el órgano judicial, por las circunstancias que en tal caso se dan, debía de haber planteado, conforme a la propia doctrina del Tribunal de Luxemburgo, la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 TCE. Y ello aunque el órgano judicial del caso señalara que no albergaba duda interpretativa alguna, pues «la existencia o inexistencia de una duda —a los efectos ahora considerados— no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva), sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su interpretación»<sup>104</sup>.

De resultas de tal razonamiento, el Tribunal Constitucional considera que se ha producido un «exceso de jurisdicción». Al no plantear la cuestión prejudicial, el órgano judicial nacional ha preterido el sistema de fuentes relativo al control de normas, violando una de las garantías que integran el debido proceso y por lo mismo, el derecho del art. 24.2 CE a un proceso con todas las garantías. Por todo ello, el Tribunal otorga el amparo demandado.

La STC 58/2004, aun siendo fruto de una cierta evolución jurisprudencial, más que de un giro radical, supone un verdadero hito, si bien aún es pronto para poder apreciar si el Tribunal, como parece revelar este fallo, aceptará resueltamente su condición de juez comunitario, obligándose a una colaboración leal con el Tribunal de Luxemburgo.

4. Un cierto cambio jurisprudencial se aprecia, asimismo, en relación a la titularidad por parte de las personas jurídico-públicas del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, cuestión que, sin embargo, viene siendo objeto de una jurisprudencia ondulante, si es que no, lisa y llanamente, contradictoria.

Desde sus primeros años de funcionamiento, el Tribunal hubo de resolver recursos de amparo interpuestos por personas jurídico-públicas, admitiéndolos sin especiales matizaciones. Así, en la STC 4/1982, el Tribunal entendía que el derecho fundamental acogido por el art. 24.1 CE de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales era predicable de todos los sujetos jurídicos, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos<sup>105</sup>. En su STC 19/1983, el Tribunal consideraba que la expresión «todas las per-

<sup>104</sup> STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 13.

<sup>105</sup> STC 4/1982, de 8 de febrero, FJ 5.º *ab initio*.

sonas» que utiliza el art. 24 CE hay que interpretarla en relación con el derecho de que se trata, es decir, con «la tutela efectiva de jueces y Tribunales», que comprende lógicamente, en principio, a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso<sup>106</sup>.

Habría que esperar a la STC 64/1988 para que el Tribunal abordara esta problemática con un mayor detenimiento. Partiendo de su doctrina de que el derecho del art. 24.1, en cuanto derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, corresponde a las personas físicas y jurídicas, y entre estas últimas tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, el Tribunal efectuaba la matización de que no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental<sup>107</sup>.

En otros fallos ulteriores<sup>108</sup>, el Tribunal introduciría distintos matices a la doctrina precedente. Sería, sin embargo, en la STC 175/2001 donde iba a dar un giro importante en la materia que nos ocupa, de lo que no dejaba de ser significativo el hecho de que el amparo que desencadenaría tal Sentencia fuere avocado por el Pleno. El Tribunal, en efecto, partía de una nueva doctrina: «el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental, protege, antes que nada, a los individuos frente al poder. Por extensión, también (...) ampara a otros sujetos privados que son creación y expresión de las libertades de los ciudadanos»<sup>109</sup>, mientras que «sólo en supuestos excepcionales una organización jurídico-pública disfruta —ante los órganos judiciales del Estado— del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva»<sup>110</sup>.

El giro jurisprudencial que tal doctrina entrañaba iba, sin embargo, a verse desnaturalizado<sup>111</sup>, pues la nueva interpretación iba a hacerse seguir de tal número de matices y correcciones que, *de facto*, la contundencia con que la nueva doctrina era expuesta parecía quedar eclipsada. Dicho de otro modo, las excepciones que el Tribunal enumeraba frente a la nueva interpretación eran tan amplias que más bien parecían dirigidas a retornar a la

<sup>106</sup> STC 19/1983, de 14 de marzo, FJ 2.º

<sup>107</sup> STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1.º

<sup>108</sup> Así, entre otras, las SSTC 197/1988, de 24 de octubre, y 123/1996, de 8 de julio.

<sup>109</sup> STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 4.º

<sup>110</sup> *Ibidem*, FJ 5.º *ab initio*.

<sup>111</sup> En análogo sentido, Juan Luis REQUEJO PAGÉS en la crónica sobre «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2001», realizada junto a otros autores en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, septiembre-diciembre de 2001, pp. 205 y sigs., en particular pp. 210-211.

doctrina precedente<sup>112</sup>. No ha de extrañar por ello que la Sentencia vaya acompañada de cuatro votos particulares.

Como prueba de las incongruencias de la jurisprudencia constitucional resultantes de la propia contradicción latente en su doctrina en el punto que nos ocupa, cabe recordar que mientras en la STC 239/2001 el Tribunal consideraba que la Constitución no legitima a las personas públicas para defender en amparo sus propios actos y competencias<sup>113</sup>, en la STC 173/2002 razonaba, sorprendente y contradictoriamente, que «aunque la Generalitat (institución en que se organiza políticamente el autogobierno de Cataluña) impetra el amparo constitucional en defensa de un acto dictado en el ejercicio de sus potestades administrativas, lo que supone que no es titular, en toda su extensión, del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 CE, ello no implica que esté desposeída de las garantías procesales previstas en el art. 24 CE ni, por tanto, del derecho al proceso debido y a no padecer indefensión»<sup>114</sup>. A partir de aquí, el Tribunal no sólo admitirá la legitimación de la Generalitat de Cataluña para recurrir en amparo en este caso, sino que otorgará el amparo demandado.

La contradictoria dialéctica doctrina general/excepciones a la misma, en la que éstas terminan desvirtuando aquélla, se sigue manteniendo en la jurisprudencia más reciente, como muestra significativamente la STC 250/2005<sup>115</sup>.

5. Un reciente, y aún incipiente, giro jurisprudencial se aprecia en relación a la doctrina de la prescripción en la muy controvertida STC 63/2005 de la Sala Segunda. En esencia, la Sala considera contraria al derecho a la tutela judicial efectiva la interpretación seguida por la Sentencia recurrida en amparo (de la Audiencia Provincial de Orense) de acuerdo con la cual, para estimar interrumpido el plazo de prescripción en cada caso señalado, basta con la simple presentación de una denuncia o de una querrela sin necesidad de que para ello medie acto alguno de interposición judicial<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> En síntesis, las excepciones fijadas frente a la nueva doctrina son éstas: los entes públicos son titulares del derecho del art. 24.1 en los supuestos en que procesalmente ostenten una situación análoga a la de los particulares; las personas jurídico-públicas son titulares, asimismo, del derecho de acceso al proceso cuando el legislador así lo haya previsto, aunque ciertamente la libertad del legislador no sea total; gozan, en fin, las personas jurídico-públicas del derecho a no sufrir indefensión.

<sup>113</sup> STC 239/2001, de 18 de diciembre, FJ 3.º Esta doctrina encuentra su antecedente en la STC 257/1988, de 22 de diciembre.

<sup>114</sup> STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 4.º

<sup>115</sup> STC 250/2005, de 10 de octubre, FJ 3.º

<sup>116</sup> STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5.º

La doctrina constitucional tradicional sobre la prescripción de delitos aparecía compendiada, entre otras, en la Sentencia del Pleno del Tribunal 64/2001, pudiendo resumirse así<sup>117</sup>:

a) En cuanto que la Constitución no establece imperativamente un determinado régimen de prescripción de las infracciones penales, ni tan siquiera impone su propia existencia<sup>118</sup>, es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, así como con los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción de las infracciones. En este sentido, la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, quedando, pues, deferida a la voluntad del legislador «sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución».

b) Configurada legislativamente, la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no quiere decir que la resolución judicial que en un proceso penal se adopte en materia de prescripción sea irrevisable en sede constitucional.

c) El canon aplicable para la revisión de la resolución judicial en sede de amparo es el propio del art. 24.1 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente, reforzado ese canon por tratarse de un supuesto en el que están en juego otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, los del art. 17 CE.

d) La trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución.

<sup>117</sup> STC 64/2001, de 17 de marzo, FJ 3.º

<sup>118</sup> Ello no obstante, en la STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 1.º, el Tribunal significó que «sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas».

La Sala Segunda del Constitucional, en su Sentencia 63/2005, reitera en un primer momento la doctrina tradicional del Tribunal para, a continuación, siguiendo la a todas luces rechazable, y por lo demás endémica, pauta jurisprudencial de dictar un *overruling* no sólo sin reconocerlo, sino, más allá de ello, tratándolo de embozar en una supuesta continuidad jurisprudencial, establecer unos matices de tal naturaleza que, *de facto*, vienen a entrañar una nueva y bien discutible —no tanto, a nuestro juicio, desde una óptica material, cuanto más bien por la forma en que lo hace, en flagrante contradicción con el art. 13 LOTC— interpretación.

Señala la Sala<sup>119</sup> que la decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción de un delito «debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la *ratio legis* o fin de protección de dichas normas». Por lo mismo, añade la Sala, «no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una interpretación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal». De esta forma, la Sala, poco más o menos, viene a considerar que una interpretación apegada a la legalidad es insuficiente; al demandar una interpretación finalista, ciertamente, ya requerida en la anterior jurisprudencia, pero no hasta el extremo de convertirla en la única clave de arco de la hermenéutica judicial en la materia, no sólo se está separando visiblemente de la jurisprudencia anterior del propio Pleno, sino que está incitando a los jueces y Tribunales a una interpretación en el mejor de los casos *extra legem*, algo que todavía resulta más paradójico si se advierte que constituía doctrina consolidada del Pleno del Alto Tribunal que la regulación de la prescripción era una cuestión de libre configuración legal.

La Sala razona que los plazos de prescripción responden, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de la imposición de la pena legalmente prevista, y ello se traduce en una incitación a los órganos judiciales y a los acusadores públicos y privados a actuar diligentemente. A partir de tal consideración, que nos parece incontrovertible, y que es obvio que introduce un elemento teleológico en el instituto, el Tribunal —más bien habría que matizar que es la Sala— entiende que la voluntad manifestada por el legislador penal de que

---

<sup>119</sup> STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3.º

el ejercicio del *ius puniendi* se constriña a un marco temporal preestablecido se vería contrariada de considerarse que, para estimar interrumpido el plazo de prescripción, basta con la simple presentación de una denuncia o querrela sin necesidad de mediación judicial alguna. Tal interpretación de la norma penal (art. 132.2 del Código Penal), a juicio de la Sala, que ciertamente no deja de ser discutible, no se compadece con la esencia y fundamento de la prescripción penal ni, consecuentemente, satisface la exigencia constitucional de que en esta materia, «toda decisión judicial adoptada manifieste un “nexo de coherencia” con la norma que le sirve de fundamento y con los fines que justifican la existencia de esta causa extintiva de la responsabilidad penal».

La Sala añade un argumento adicional: el de que si «la prescripción penal supone una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* motivada por el mero transcurso de un periodo de tiempo más o menos dilatado, lógicamente sólo los órganos que en nombre del Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos»<sup>120</sup>. Esta interpretación se hace derivar de modo inmediato de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del *ius puniendi* estatal, «ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito, sino el delito mismo». En definitiva, para la Sala, sólo el juez podrá llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el art. 132.2 del Código Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión.

Vaya por delante que, a nuestro juicio, la argumentación inmediatamente precedente nos parece perfectamente razonable en lo que atañe a la necesaria intervención judicial; incluso dota al instituto de la prescripción de unas garantías adicionales perfectamente coherentes con los valores en juego. No entramos ahora a valorar si esa interpretación ha de conducir en la realidad de los hechos a obstaculizar la persecución del delito, un bien de la mayor trascendencia en nuestro ordenamiento constitucional si recordamos que, a tenor del art. 10.1 CE, el respeto a la ley (también, y en mayor medida aún diríamos, a la ley penal) es fundamento del orden político y de la paz social. Es éste un aspecto que propicia una acentuada especulación.

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, FJ 5.º

El problema, a nuestro modo de ver, es que una interpretación como la esbozada en esta Sentencia constitucional no sólo va en contra del legítimo ejercicio de sus potestades constitucionales por parte de los órganos integrantes del Poder Judicial, potestades que incluyen la interpretación de la legalidad ordinaria, ciertamente, «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» (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), si bien nada obstaba a la sentencia del órgano judicial penal con anterioridad a la STC 63/2005, sino que, más allá de ello, la Sentencia de la Sala va en buena medida contra el legislador, sin estar facultada para ello, pues sólo al Pleno corresponde tal censura al Poder Legislativo. Y creemos que ello es así por cuanto la Sala construye una interpretación del art. 132.2 del Código Penal que claramente desborda la literalidad del precepto, lo que aún choca más si recordamos que el Pleno del Constitucional había venido considerando el régimen de la prescripción como una materia de libre configuración del legislador, que puede actuar en este ámbito con plena libertad, como ya expusimos precedentemente. Y a todo ello ha de añadirse la objeción más grave. La Sala, aunque no lo reconozca, como es lamentable pauta habitual por parte del «intérprete supremo de la Constitución», incurre en una brutal contradicción con la jurisprudencia anterior del propio Pleno, y actuando al margen de las previsiones de su propia Ley Orgánica, sin razón aparente alguna, ignora con absoluto desparpajo la inequívoca previsión del art. 13 LOTC.

Por si hubiera alguna duda, nos bastará con hacer una breve síntesis de la jurisprudencia constitucional precedente en materia de prescripción para apreciar la inconsecuencia de la Sentencia de Sala. La Constitución no establece imperativamente un determinado régimen de prescripción de las infracciones penales, por lo que la regulación de esta institución es una cuestión de libre configuración legal y la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción es una cuestión de mera legalidad que, en consecuencia, a los Tribunales ordinarios corresponde decidir. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su interpretación del art. 114 del Código Penal de 1973, norma reiterada casi en sus mismos términos por el art. 132.2 del Código Penal de 1995<sup>121</sup>, ha venido entendien-

<sup>121</sup> A tenor del art. 132.2 del vigente Código Penal de 1995: «La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena».

do que la presentación de una querrela constituye una actuación procesalmente idónea para interrumpir el plazo de prescripción, y si estamos, como ha venido diciendo el juez de la Constitución, ante una cuestión de legalidad ordinaria —aun siendo conscientes de la dificultad de separar la mera legalidad de la constitucionalidad—, es al Tribunal Supremo a quien compete la interpretación unificadora de la doctrina. Y aunque ello no exima del control en sede de amparo de las decisiones judiciales relativas al instituto de la prescripción, el canon aplicable para tal control ha de ser el del art. 24 CE, lo que, fundamentalmente, entraña una exigencia de resolución judicial razonada. Es obvio que la Sala, ahora, exige mucho más que eso, y con ello no sólo está desbordando el sano principio de autolimitación en la función enjuiciadora, que, como bien se dice en uno de los dos votos particulares que acompañan a esta Sentencia<sup>122</sup>, hace «inadecuado en línea de principio el comprometernos con la elaboración de doctrina sobre el sentido de las normas de legalidad ordinaria más allá de donde sea imprescindible por estrictas exigencias constitucionales», sino, lo que es peor, está fijando una doctrina que, se reconozca o no, se aparta —por no decir que quiebra frontalmente— de modo notable de la jurisprudencia precedente del propio Pleno, lo que hubiera exigido el recurso al art. 13 LOTC.

Los argumentos de la Sentencia, como antes se avanzó, nos pueden parecer perfectamente pertinentes, pero nos parece, a la par, que hubiera sido mucho más adecuado al respectivo rol de cada órgano constitucional, no sólo un pronunciamiento del Pleno (que no sólo lo entendemos como un puro aspecto de idoneidad o funcionalidad, sino como el cumplimiento de un mandato legal), sino un pronunciamiento más por la vía del control normativo que por la del amparo, pues se nos antoja preferible una censura directa al legislador, o por lo menos, una delimitación del contenido constitucionalmente conforme del art. 132.2 del Código Penal, antes que una interpretación extremadamente forzada de tal precepto que tiene todos los visos de invadir la competencia constitucional de la Sala Segunda del Supremo para interpretar una norma de legalidad ordinaria. Ciertamente, el control normativo del precepto penal por el Pleno no dejaría de ser frontalmente contradictorio con la jurisprudencia precedente, que, como ya vimos, ha reconocido un amplio margen de maniobra en la capacidad configuradora del instituto de la prescripción por parte del legislador, pero no es menos cierto que el Tribunal no está vinculado por su pro-

<sup>122</sup> Voto particular formulado por el magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas a la Sentencia 63/2005, dictada en el recurso de amparo núm. 6819/2002.

pia jurisprudencia. Al no deferir la cuestión al Pleno, la STC 63/2005, con independencia de que se puedan compartir sus argumentos nucleares, presenta indiscutibles visos de arbitrio judicial.

c) *El derecho de asociación*

El derecho de asociación, en su vertiente de libertad negativa, esto es, de libertad de no asociarse, pues una asociación coactiva no sería una auténtica asociación, ha propiciado un giro jurisprudencial que a nuestro juicio se presenta más que como una mutación de la doctrina del Tribunal, como una flagrante contradicción jurisprudencial.

Ya desde su primera doctrina<sup>123</sup> el Tribunal admitió esta doble vertiente, positiva y negativa, de la libertad asociativa. A partir de la libertad negativa de asociación, en su STC 179/1994, el Tribunal resolvía tres cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, declarando la inconstitucionalidad de dos preceptos de la Ley de 29 de junio de 1911, en cuanto implicaban la adscripción forzosa a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación<sup>124</sup>.

La nueva Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, Ley 3/1993, de 22 de marzo, en su art. 13.1 establecía un régimen de pago obligatorio del llamado «recurso cameral permanente» (una exacción del 2 por 100 girada sobre las cuotas tributarias del Impuesto de Actividades Económicas y exigible a cada empresario) que en la práctica suponía un régimen de adscripción forzosa a las Cámaras. Así lo entendió la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que planteó una cuestión de inconstitucionalidad frente a tal precepto y algunos otros de la misma Ley.

En su fallo, el Tribunal recuerda que la Constitución admite la legitimidad de la llamada «Administración corporativa», es decir, de las «corporaciones no territoriales», «corporaciones sectoriales de base privada» o «entes públicos asociativos». Entre los tres criterios fijados por su doctrina<sup>125</sup> a la hora de determinar si una asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria, puede superar un adecuado control de constitucionalidad, el Tribunal se referirá al elemento teleológico: la

<sup>123</sup> Así, en la STC 5/1981, de 13 de febrero.

<sup>124</sup> STC 179/1994, de 16 de junio.

<sup>125</sup> Entre otras, SSTC 67/1985, de 24 de mayo; 132/1989, de 18 de julio; 139/1989, de 20 de julio; 113/1994, de 14 de abril, y la ya mencionada 179/1994, de 16 de junio.

adscripción obligatoria a estas Corporaciones públicas, en cuanto «tratamiento excepcional respecto del principio de libertad», debe encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo<sup>126</sup>. Esto dicho, el Tribunal efectúa una matización que a la postre va a resultar decisiva por cuanto en ella va a estar la última *ratio* de la apreciación de la legitimidad constitucional de las normas impugnadas, y con ello, del abandono de su anterior jurisprudencia, algo chocante y absolutamente discutible y contradictorio. El Tribunal, como antes decíamos, matiza que «no puede erigirse en juez absoluto de dicha dificultad (la dificultad de obtener los fines de interés público perseguidos por tales corporaciones sin la adscripción forzosa a las mismas), en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación»<sup>127</sup>.

El Tribunal elabora de esta forma un criterio constitucional que trata de articular los dos principios constitucionales en tensión: el principio general de libertad y la libertad negativa de asociación (arts. 10.1 y 22 CE), por un lado, y la legitimidad constitucional de la Administración corporativa, en la que se encomiendan funciones jurídico-públicas a ciertas agrupaciones sociales (arts. 9.2, 36 y 52 CE), por otro. Tal criterio consiste en entender que la afiliación obligatoria a los entes corporativos se justifica, en lo que ahora importa, por las características de los fines de interés público que se persigan y de las que ha de resultar, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a aquella afiliación. Este criterio, a su vez, impone un estudio sobre si resulta o no «difícil» que «los fines perseguidos, los efectos pretendidos puedan conseguirse» sin la adscripción obligatoria<sup>128</sup>.

El Tribunal se muestra exquisitamente deferente hacia el legislador cuando constata que: «El legislador en la Exposición de Motivos de la Ley aquí cuestionada ha señalado expresamente que resulta imposible que las funciones atribuidas a las Cámaras (de Comercio, Industria y Navegación) puedan desarrollarse eficazmente sin la afiliación obligatoria, entendiéndose que sólo con la plenitud subjetiva que deriva de ésta podrían obtenerse los fines a cuya efectividad aspira. Y, así las cosas, este Tribunal, examinando los fines de seguridad jurídica perseguidos con la recopilación de costum-

<sup>126</sup> STC 107/1996, de 12 de junio, FJ 4.º

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> *Ibidem*, FJ 9.º

bres y usos normativos mercantiles o de eficacia en la actuación administrativa a que se aspira con la función de asesoramiento y sugerencia de reformas, o de promoción de la competitividad exterior pretendida con el Plan Cameral, no encuentra base para concluir que, manifiestamente, tales fines podrían obtenerse sin dificultad por una pluralidad de asociaciones o por la propia Administración, precisamente en los mismos términos que se esperan de unas Cámaras dentro de las que conviven intereses, experiencias y conocimientos que abarcan todo el círculo de protagonistas de un importante sector de la vida económica»<sup>129</sup>.

En definitiva, la dificultad para obtener unos determinados fines sin esa adscripción obligatoria sitúa al Tribunal, según su propio juicio, no en la zona de certeza negativa propia de un concepto jurídico indeterminado, dentro de la cual resultaría lícito al Tribunal destruir la presunción de constitucionalidad de la norma impugnada, sino en la zona de incertidumbre o penumbra, en la que ha de reconocerse al legislador un amplio margen de apreciación, todo lo cual conduce al Tribunal, en clamoroso contraste con la STC 179/1994, a considerar constitucionalmente legítimas las normas impugnadas, bien que la Sentencia irá acompañada de un voto particular disidente firmado por el presidente y tres magistrados.

Este cambio de interpretación es, por lo demás, mayormente criticable por cuanto, como bien se ha puesto de relieve<sup>130</sup>, entraña un entendimiento programático de la legislación, en sintonía con el cual la ley sólo es enjuiciable en relación con el fin perseguido, sin que quepa fiscalización jurisdiccional alguna en punto a su idoneidad para la efectiva consecución del mismo, pues ello queda deferido plena y absolutamente al legislador. Ello nos retrotrae a la concepción constitucional decimonónica: la Constitución como programa que requiere de la *interpositio legislatoris*.

#### d) *El derecho a la objeción de conciencia*

El derecho a la objeción de conciencia ha propiciado, asimismo, un nítido cambio jurisprudencial. El Tribunal, con muy buen criterio a nuestro juicio, partiendo de la conexión existente entre la objeción de concien-

<sup>129</sup> *Ibidem*, FJ 10.

<sup>130</sup> Juan Luis REQUEJO PAGÉS, «Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante 1996», realizada junto a Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 9, 1997, pp. 261 y sigs., en particular p. 271.

cia y la libertad de conciencia, en su primera jurisprudencia, interpretaba que la objeción de conciencia constituía una especificación de la libertad de conciencia, por cuanto ésta supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. A partir de aquí, el Tribunal entendía<sup>131</sup> que «puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 CE emplee la expresión “la Ley regulará”, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia»<sup>132</sup>.

La doctrina precedente sería reiterada, entre otras, en la STC 35/1985, en la que el Tribunal insistía en que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar es un derivado de la libertad ideológica establecida en el art. 16.1 CE<sup>133</sup>. Y en sintonía con esta doctrina, el Tribunal entendió que el derecho a la objeción de conciencia frente al aborto existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no una determinada regulación, pues «la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»<sup>134</sup>.

En abierto y, a nuestro juicio, censurable contraste con la doctrina expuesta, el «intérprete supremo de la Constitución», en sus Sentencias 160 y 161/1987, daba un giro jurisprudencial radical, rechazando que la objeción de conciencia constituya, *per se* o por derivación del art. 16 CE, un verdadero derecho fundamental (en el sentido técnico con que la Constitución utiliza este concepto: los derechos fundamentales y libertades públicas son los únicos susceptibles de protección en vía de amparo, junto al derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar)<sup>135</sup>. Más

<sup>131</sup> STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 6.º

<sup>132</sup> El art. 30.2 CE dispone: «La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia...».

<sup>133</sup> STC 35/1985, de 7 de marzo, FJ 2.º *ab initio*.

<sup>134</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 14.

<sup>135</sup> STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3.º

aún, el Tribunal, a la vista de la naturaleza excepcional del derecho: derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España, vendrá a caracterizarlo como «derecho constitucional autónomo, pero no fundamental»<sup>136</sup>.

Para terminar de apartarse de su doctrina anterior, el juez de la Constitución, con escasísima fortuna a nuestro juicio, añadiría que sin el específico reconocimiento constitucional del derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar, no podría ejercerse tal derecho, «ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales” por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos»<sup>137</sup>.

Este desafortunadísimo cambio jurisprudencial vendría a desencadenar un notable debilitamiento del derecho a la objeción de conciencia, ofreciéndonos como paradigma de una interpretación formalista que conduce a la radical inversión de los principios y valores constitucionales.

#### 4. LAS INFLEXIONES PARCIALES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Vamos a aludir, finalmente, a lo que hemos denominado inflexiones parciales de la jurisprudencia constitucional, queriendo referirnos con ello a aquellos giros jurisprudenciales que, sin romper de modo frontal con la doctrina preestablecida, introducen matices, si es que no, lisa y llanamente, cambios que operativizan en ciertos supuestos, sin que ello suponga un abandono con carácter generalizado de la doctrina precedente.

Estas inflexiones se han producido en aspectos relativos al régimen jurídico-procesal constitucional, particularmente, en lo que se refiere a la comparecencia de las partes del proceso *a quo* en el procedimiento constitucional resultante de una cuestión de inconstitucionalidad, y a los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad.

---

<sup>136</sup> *Ibidem.*

<sup>137</sup> *Ibidem.*

**A) La hipotética comparecencia de las partes del proceso «a quo» en el procedimiento constitucional resultante de una cuestión de inconstitucionalidad**

I. El art. 37.2 LOTC, refiriéndose al procedimiento constitucional relativo a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales, dispone que el Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en plazo común improrrogable de quince días. Al guardar silencio la norma en torno a la posible personación de las partes del proceso *a quo* en el que se suscita la cuestión de inconstitucionalidad, se planteaba la problemática interpretativa acerca de si era o no posible la personación de tales terceros hipotéticamente interesados.

El Tribunal, en uno de sus primeros fallos<sup>138</sup>, ponía de relieve la importancia de «abrir todas las posibilidades del debate» suscitado por el planteamiento de una cuestión de esta naturaleza, bien que de inmediato dejaba claro que en ese debate debía de dar intervención «a todos los llamados por el art. 37.2 de la LOTC». Esa apertura del debate procesal parecía, pues, quedar circunscrita a los órganos o autoridades mencionados por el citado precepto. Y en efecto, la interpretación aperturista, por así llamarla, iba a ser expresamente desechada en el ATC 132/1983, en el que el Tribunal significaba<sup>139</sup>: «En nuestro sistema sólo están legitimados para comparecer en las cuestiones de inconstitucionalidad los órganos taxativamente enumerados en el art. 37.2 de la LOTC», para añadir que «esta configuración del proceso constitucional en el caso de las cuestiones no permite en modo alguno la comparecencia en ellas de otras personas y ni siquiera de las que fueron parte en el proceso con motivo del cual se suscita la cuestión». El Tribunal iba a rechazar que se pudiera crear por ello una situación de indefensión para las personas físicas o jurídicas cuyos intereses pudieran ser afectados por la Sentencia constitucional por cuanto tal Sentencia es la

<sup>138</sup> STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 2.º

<sup>139</sup> ATC 132/1983, de 23 de marzo, FJ único.

resultante «de un proceso estrictamente objetivo en el que en ningún caso pueden hacerse valer derechos subjetivos o intereses legítimos».

En este primer pronunciamiento respecto del precepto de la LOTC, el Tribunal dejaba ya sentados los dos ejes axiales que iban a fundamentar su interpretación de la norma: *a)* Se trata de un procedimiento estrictamente objetivo, como es propio de los procedimientos de inconstitucionalidad, y por lo mismo, no es aceptable que, tanto en uno como en otro procedimiento (en el recurso y en la cuestión), pretendan hacerse valer intereses distintos a la pura o simple impugnación o defensa de la Ley recurrida o cuestionada<sup>140</sup>, y *b)* Esta imposibilidad de comparecencia de otras personas y ni siquiera de las que fueron parte en el proceso con motivo del cual se suscita la cuestión no supone situación alguna de indefensión para aquellas personas físicas o jurídicas cuyos intereses pudieran verse afectados por la Sentencia constitucional, y ello precisamente en base a la naturaleza objetiva del proceso en el que en ningún caso pueden hacerse valer derechos subjetivos e intereses legítimos<sup>141</sup>, fueran cuales fueren los intereses que se tengan en el mantenimiento o invalidación de la Ley o en los actos y situaciones jurídicas realizados y desarrollados en aplicación de tal Ley<sup>142</sup>. El Tribunal tratará de dar mayor solidez a este argumento al apostillar que las partes del proceso *a quo* han sido oídas por el Juez o Tribunal antes de adoptar su decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, en el pertinente trámite de audiencia contemplado por el art. 35.2 LOTC, por lo que sus alegaciones al respecto son conocidas por el propio Tribunal Constitucional<sup>143</sup>.

II. Esta reiterada e incommovible doctrina se iba a ver afectada por la Sentencia de 23 de junio de 1993, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ruiz Mateos<sup>144</sup>. En este fallo, el Tribunal de Estrasburgo no sólo consideró violado el art. 6.1 del Convenio de Roma al rebasarse el plazo razonable a que alude tal precepto, sino que también lo entendió infringido por violarse el derecho a un proceso equitativo, noción que engloba el principio de igualdad de armas y el proceso contradictorio.

El Tribunal Europeo, en síntesis, a partir de la consideración de que el derecho a un proceso contradictorio implica la oportunidad para una de

<sup>140</sup> ATC 172/1986, de 20 de febrero FJ único.

<sup>141</sup> ATC 46/1987, de 14 de enero, FJ 2.º

<sup>142</sup> ATC 309/1987, de 12 de marzo, FJ 1.º

<sup>143</sup> ATC 295/1992, de 14 de octubre, FJ único.

<sup>144</sup> Puede verse en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 184-185, agosto-septiembre de 1996, pp. 119 y sigs.

las partes de tener conocimiento de las observaciones o pruebas presentadas por la otra, así como la de discutir las, y aun reconociendo la singularidad de los procedimientos constitucionales (que tienen en consideración la especificidad de la norma que ha de aplicarse y la importancia de la decisión que debe dictarse para el sistema jurídico vigente), interpretaría que en aquellos procesos constitucionales referidos a una ley concerniente directamente a un círculo restringido de personas (como el supuesto enjuiciado por el Tribunal Europeo), en los que tal ley se someta al Tribunal Constitucional en el marco de un procedimiento relativo a un derecho de naturaleza civil del que son parte personas pertenecientes a ese círculo, debía garantizarse a tales personas «libre acceso a las observaciones de las otras partes y una posibilidad verdadera de comentarlas».

El Tribunal de Estrasburgo rechazará que resulte preservado el derecho en cuestión como consecuencia del conocimiento por el Tribunal Constitucional de las alegaciones de la parte quejosa, que pudo estudiar a través de las memorias que tal parte había dirigido a la jurisdicción civil al amparo del trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC. Tal trámite, a juicio absolutamente suscribible del Tribunal Europeo, no salvaguardó el principio de igualdad de armas por cuanto mientras el Abogado del Estado conoció de antemano los argumentos de los Ruiz Mateos y pudo discutirlos en última instancia ante la alta jurisdicción, no sucedió otro tanto a la recíproca. Por todo ello, el Tribunal Europeo consideró vulnerado el derecho a un proceso equitativo contemplado por el art. 6.1 del Convenio de Roma.

III. El fallo del órgano jurisdiccional europeo hubiera debido desencadenar un cambio jurisprudencial, pero no ha sido exactamente así. Si acaso se puede hablar de una inflexión jurisprudencial parcial que se circunscribe al supuesto específicamente contemplado en el caso Ruiz Mateos, bien que se aprecie una pauta tendencial proclive a un cambio más amplio de jurisprudencia, de la que son buena prueba los votos particulares progresivamente más apoyados en esa misma dirección.

En su Auto de 21 de diciembre de 1993, posterior a la Sentencia de la instancia jurisdiccional europea, el Tribunal se manifestaba en el sentido de que no procedía apartarse de su tradicional doctrina respecto al art. 37.2 LOTC, adoptando un radical cambio de criterio respecto del tenor literal de tal norma, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Europeo, si bien, significativamente, matizaba: «fundamentalmente porque, con independencia de otras consideraciones más generales, no existe identidad entre éste (el asunto del caso) y el resuelto en aquélla (en la Sentencia de Estrasburgo), tanto en cuanto al carácter y posición de los sujetos como a

la naturaleza de los procesos en que la cuestión se plantea y las pretensiones en ellos ejercitadas»<sup>145</sup>. Ello, en todo caso, dejaba abierta la posibilidad de un futuro *overruling*, particularmente cuando esas identidades, inexistentes en el caso concreto, se produjeran. Con todo, no dejaba de ser paradójico el apego del Tribunal a la ley procesal, que no prohíbe por lo demás la personación de terceros interesados, aunque no la contemple, cuando en otras ocasiones su desapego ha sido notorio.

En su Auto de 6 de junio de 1995, en una extensa fundamentación jurídica<sup>146</sup>, el Tribunal, reafirmando en su inquebrantable doctrina de rechazo de toda interpretación analógica o extensiva del art. 37.2 de la LOTC, se afanaba en subrayar la virtualidad del trámite de audiencia contemplado por el art. 35.2 de la propia norma legal —conforme al cual el órgano judicial *a quo* oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad—, que presenta una doble finalidad: «de una parte, ciertamente colaborar en el proceso de formación de la decisión del juzgador *a quo* respecto de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero también el trámite de alegaciones sirve para que las partes tengan la oportunidad de que su parecer pueda ser apreciado por este Tribunal Constitucional si se plantea la cuestión». Ello es posible por cuanto que tales alegaciones en el incidente procesal contemplado por el art. 35.2 LOTC, si existen, han de ser incorporadas a la documentación remitida al Tribunal Constitucional, tal y como prevé el art. 36 LOTC. En definitiva, para el juez de la Constitución, la importancia del trámite de audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal no puede ser minimizada, reduciéndola a un trámite meramente formal.

Tan enjundiosa argumentación había de entenderse deudora de la contraria e inapelable interpretación del Tribunal Europeo. Ello no obstante, no dejaba de ser insuficiente, incluso para algunos de los miembros del Tribunal. Y así, frente a este Auto dictado por el Pleno, dos magistrados (los señores Gimeno Sendra y Jiménez de Parga), en un voto particular disidente, expresaban su discrepancia respecto del sentir de la mayoría.

En su argumentación, los discrepantes se inclinaban por una interpretación parcialmente diferente de la tradicional, al entender que «cuando el objeto de una cuestión de inconstitucionalidad lo constituya una norma

<sup>145</sup> ATC 378/1993, de 21 de diciembre, FJ 2.º

<sup>146</sup> ATC 174/1995, de 6 de junio, FJ 2.º Esta doctrina sería reiterada en el ATC 178/1996, de 26 de junio, FJ 3.º

cuyo destinatario no lo sea una generalidad de personas, sino una sola, es claro que una eventual sentencia de inconstitucionalidad ha de circunscribir sus límites subjetivos de la cosa juzgada exclusivamente a dicha persona, razón por la cual debiera permitírsele su intervención (y no en calidad de coadyuvante, sino incluso de parte principal) a fin de que pueda ejercitar con amplitud su derecho de defensa». Innecesario es decir que esta *dissenting opinion* era por entero deudora del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por lo demás en el propio voto particular se daba a entender con la alusión explícita a tal fallo. Proyectando tal interpretación al caso concreto, los dos magistrados entenderían que se debía de conferir trámite de audiencia al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio en tanto en cuanto el cuestionamiento del órgano judicial que planteaba la cuestión afectaba a la adscripción forzosa de comerciantes, industriales y nautas a las referidas Corporaciones de Derecho público, así como al llamado «recurso cameral», disposiciones todas ellas que de una manera singular (por no decir que exclusiva) afectaban a las Cámaras de Comercio.

Tan sólo seis meses después, en un Auto de 19 de diciembre de 1995, el Tribunal, inquebrantable, insistía en su doctrina tradicional, si bien efectuaba una matización que no podía pasar desapercibida, al significar: «Es necesario recordar, una vez más, que este Tribunal Constitucional ha declarado que no puede modificar los preceptos de su Ley Orgánica y que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37 de la LOTC (...) el legislador español ha configurado el proceso al que dan lugar las cuestiones de inconstitucionalidad en forma tal que sólo se permite la comparecencia en él de los órganos taxativamente enumerados en el propio precepto y en los supuestos que contempla, de modo que quedan excluidas del proceso cualesquiera otras personas físicas o jurídicas, fueran cuales fueren los intereses que tengan en el mantenimiento o en la invalidación de la Ley»<sup>147</sup>.

El Tribunal reiteraría de nuevo que la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo no afectaba a su doctrina sobre el art. 37.2 LOTC, por cuanto la misma se circunscribía a aquellas leyes que carecieran de la nota de generalidad que es inherente a la mayoría de las leyes<sup>148</sup>. En todo caso, ello presuponia, implícitamente, admitir la modulación de la doctrina tradicional aunque esa inflexión quedara circunscrita a los excepcionales supuestos de una ley de caso único o singular. En todo caso, no deja de llamar la aten-

<sup>147</sup> ATC 349/1995, de 19 de diciembre, FJ 3.º

<sup>148</sup> *Ibidem*, FJ 4.º

ción la prepotente autosuficiencia del Tribunal a la hora de insistir en que la doctrina sentada en sede jurisdiccional europea no afectaba a la jurisprudencia tradicional del «intérprete supremo de la Constitución». La posición del Tribunal parece muy alejada de aquella otra sustentada tiempo atrás que podía compendiarse en la afirmación de que nada que tenga que ver con los derechos fundamentales puede ser ajeno al Tribunal.

Por lo demás, el hecho de que el Tribunal acentúe su vinculación al texto del art. 37.2 LOTC, que en realidad, como ya se ha dicho, no prohíbe la intervención de partes distintas a las expresamente previstas por la norma, tenía todos los visos de una excusa beatífica. Frente a ella, en un voto particular, el magistrado señor Gimeno Sendra argumentaría, con toda razón a nuestro entender, que el art. 37.2 LOTC, aunque no prevé la intervención de partes distintas a las expresamente previstas, tampoco puede prohibir dicha intervención de aquellas que, en aplicación del art. 24.1 CE, puedan ostentar un interés legítimo.

El Tribunal reiteraría punto por punto su jurisprudencia tradicional en su Auto de 26 de junio de 1996<sup>149</sup>, dictado por el Pleno, si bien objeto de una *dissenting opinion* apoyada en esta ocasión por tres magistrados, para los que el art. 37 de la LOTC no se erige en obstáculo legal alguno para impedir la excepcional entrada en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, de aquellas personas que puedan verse directamente afectadas, «no sólo por las polémicas leyes de caso único, sino también por aquellas disposiciones con rango de ley que pueden circunscribir sus efectos a un reducido número de personas»<sup>150</sup>.

La doctrina expuesta ha sido reiterada por el Tribunal incluso de modo implícito, como sería el caso de la STC 96/2001, en la que, utilizando el instrumento procesal de la Sentencia para pronunciarse sobre la inadmisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad, justifica tal modo de proceder, frente al rechazo en trámite de admisión mediante Auto, en el hecho de que las razones que le impidan entrar a resolver sobre la validez de la norma cuestionada no sean aparentes *prima facie*, o aparezcan de tal modo que resulte aconsejable «abrir todas las posibilidades del debate, dando intervención “a todos los llamados por el art. 37.2 LOTC”»<sup>151</sup>, lo que presupone reafirmar la interpretación tradicional.

<sup>149</sup> ATC 178/1996, de 26 de junio.

<sup>150</sup> Voto particular al Auto recaído en la cuestión de inconstitucionalidad 3227/1995, formulado por el magistrado señor Gimeno Sendra y al que se adhieren los magistrados señores Mendizábal Allende y Jiménez de Parga, punto 1.

<sup>151</sup> STC 96/2001, de 5 de abril, FJ 5.º

IV. El cambio jurisprudencial extremadamente matizado que el Tribunal ha admitido tan sólo respecto de las leyes de caso único o particulares, acomodándose así, bien que a nuestro juicio tan sólo formalmente, a la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parece que va a poder convertirse en auténtico cambio, plenamente respetuoso con los derechos del art. 24 CE, en una línea incluso más abierta que la esbozada por los votos particulares mencionados, bien que ello vaya a ser posible, según parece, no de resultas de un radical giro jurisprudencial, sino como consecuencia de una reforma legal. En efecto, el proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional<sup>152</sup> —nos ceñimos al texto del Proyecto por cuanto que en el momento de redactar este trabajo (enero de 2006) no se ha avanzado más lejos en el *iter* legislativo—, introduce como texto del art. 37.2 (pasando el actual 37.2 a ser el art. 37.3) un nuevo apartado del siguiente tenor: «Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los quince días siguientes a su publicación para formular alegaciones, en el plazo de otros quince días». De prosperar esta determinación, y no albergamos dudas de que así será, se habrá culminado un proceso, ciertamente demasiado lento, en el que el Tribunal ha dado más signos de aferrarse a una interpretación formalista del texto legal antes que de abandonar, como hizo el Tribunal de Estrasburgo, una interpretación materialmente sensibilizada por la primacía que siempre deben tener los derechos fundamentales.

## B) Los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad

I. El apego a su propia Ley Orgánica que ha demostrado el Tribunal Constitucional al interpretar el art. 37.2 LOTC se ha transformado en absoluto desapego en lo que se refiere a la interpretación de los efectos temporales de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, ámbito en el que, como bien se ha dicho<sup>153</sup>, el Tribunal ha venido a entender

<sup>152</sup> Publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 60-1, 25 de noviembre de 2005.

<sup>153</sup> Ángel J. GÓMEZ MONTORO, «Comentario al art. 39 de la LOTC», en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 578 y sigs., en particular p. 583.

que le corresponde decidir con libertad a la vista del caso concreto, sin que las previsiones legales supongan un límite para casi nada<sup>154</sup>.

A la vista de los arts. 39 y 40 de la LOTC, no parece haber mucha duda acerca de la nulidad de los preceptos inconstitucionales y, por lo mismo, de la eficacia *ex tunc* de las sentencias declaratorias de tal inconstitucionalidad, con la limitación que contempla el art. 40.1 LOTC: imposibilidad de revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la Ley inconstitucional, supuesto al que el Tribunal equipararía, por exigencias del principio de seguridad jurídica, el de aquellas situaciones establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes<sup>155</sup>, en lo que habría de constituir con el devenir del tiempo una reiterada jurisprudencia, de lo que es bien reveladora la STC 234/2001<sup>156</sup>.

Tal fue la línea interpretativa del Tribunal en su primer decenio de vida. Así, en la STC 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»<sup>157</sup>. En otros fallos, el juez de la Constitución señalaría que la inconstitucionalidad desencadena los efectos propios de la nulidad *a radice*<sup>158</sup> o de la invalidez de la norma *ex origine*<sup>159</sup>. Y en sintonía con todo ello, el Tribunal aludiría en otro momento<sup>160</sup> al carácter declarativo de las sentencias que ponen fin a los recursos de inconstitucionalidad. Así consideradas tales sentencias, era perfectamente coherente que el Tribunal recordara<sup>161</sup> la eficacia *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, pues,

<sup>154</sup> Cfr. al efecto Ramón PUNSET BLANCO, «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los arts. 39.1 y 40.1 de la LOTC», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995, págs. 33 y sigs.

<sup>155</sup> STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

<sup>156</sup> En esta Sentencia, el Tribunal señala que «al igual que en otras ocasiones, y por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), es preciso declarar que únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC)». STC 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 13.

<sup>157</sup> STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 4.º *ab initio*.

<sup>158</sup> STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5.º

<sup>159</sup> STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 1.º

<sup>160</sup> STC 99/1986, de 11 de julio, FJ 12.

<sup>161</sup> STC 171/1985, de 13 de diciembre, FJ 2.º

una vez expulsados los preceptos inconstitucionales de nuestro ordenamiento jurídico, «no cabe, por tanto, que los apliquen los Tribunales de Justicia, ni en el supuesto aquí planteado ni en ningún otro»<sup>162, 163</sup>.

II. El planteamiento ante el Tribunal de asuntos cuya resolución entrañaba una especial complejidad iban a llevar al «intérprete supremo de la Constitución», progresivamente, a modular los efectos de sus decisiones, pasando en algún caso, como se constataba en el voto particular que acompañaba a la Sentencia de la que vamos a ocuparnos a renglón seguido<sup>164</sup>, de ser legislador negativo a serlo positivo, algo muy común por lo demás entre los Tribunales Constitucionales de nuestro tiempo.

El supuesto del caso sería la presunta inconstitucionalidad de determinados preceptos 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, sobre la base de su vulneración del principio de igualdad, 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, cuando, por el contrario, el legislador, en relación a los funcionarios civiles de la República, no había atendido al momento de su incorporación a la Administración a fin de hacerlos acreedores a los derechos reconocidos por la legislación de amnistía. Así se aduciría en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, y así lo entendería el Tribunal Constitucional.

El Tribunal se veía obligado a precisar el alcance del fallo<sup>165</sup> a la vista de que la vulneración del principio de igualdad no era el resultado de una mención expresa a la fecha desencadenante de la exclusión inconstitucional, sino de una remisión al contenido normativo de preceptos legales anteriores, lo que impedía la invalidación parcial del texto legal cuestionado por eliminación de aquella parte del mismo causante de la discriminación, no siendo posible tampoco que la declaración de inconstitucionalidad afec-

<sup>162</sup> STC 152/1986, de 4 de diciembre, FJ único.

<sup>163</sup> «Declarada la inconstitucionalidad —dirá en otro momento el Tribunal (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 6.º *ab initio*)—, los efectos de esta declaración no sólo han de incidir en el proceso judicial que está en la base del presente, sino que deben deparar también —en mérito de la nulidad que nuestra Ley Orgánica prescribe (art. 39.1)— la definitiva expulsión de aquella disposición (...) del ordenamiento».

<sup>164</sup> Voto particular formulado por los magistrados señores Rubio Llorente y Díez-Picazo a la STC 116/1987, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 107/1986.

<sup>165</sup> STC 116/1987, de 9 de julio, FJ 10.

tara a la totalidad del art. 1<sup>166</sup>, puesto que, desde la perspectiva de la igualdad jurídica a que los militares profesionales de la República tienen derecho, ningún reproche cabía hacer al reconocimiento de los beneficios de la amnistía plena que la Ley llevaba a cabo con relación a los militares profesionales republicanos anteriores al comienzo de la Guerra Civil, que recibían así el mismo trato que el dispensado a los funcionarios civiles. Consecuentemente, el Tribunal, en su fallo, declaraba que el art. 1 de la Ley era parcialmente inconstitucional y, por tanto, nulo en cuanto excluía del ámbito de aplicación del Título I de la misma a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936.

La realidad, sin embargo, era que no podía visualizarse ninguna nulidad de ninguna parte del precepto en cuestión, pues lo que se producía, de hecho, como bien se señalaba en el voto particular ya mencionado, era un reajuste dentro del texto legal que convertía al Tribunal en verdadero legislador positivo<sup>167</sup>.

III. La Sentencia 45/1989 iba a marcar el punto de inflexión en el tema que nos ocupa. El Tribunal abordaría en ella la posible inconstitucionalidad de la tributación conjunta para los miembros de un matrimonio exigida por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entendiendo 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.

<sup>166</sup> A tenor del art. 1.º de la Ley: «El presente Título es de aplicación a los oficiales, suboficiales y clases a que se refiere el art. 1.º del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, y el artículo único de la Ley 10/1980, de 14 de marzo» (a tenor, a su vez, del artículo único de esta última norma legal, de modificación del mencionado decreto-ley «son profesionales, a los solos efectos de aplicación de los beneficios económicos derivados del Real Decreto-ley 6/1978, quienes, con anterioridad al 18 de julio de 1936, se hubieran reenganchado en algún Cuerpo militar, pertenecieran en esta fecha a las Fuerzas de Orden Público o fueran miembros del Escuadrón de Escolta del Presidente de la República o alumnos de las Escuelas de Marinería de la Armada»).

<sup>167</sup> En chocante contraste con este fallo, el Tribunal, en su Sentencia 11/1981, tras reivindicar su facultad de dictar sentencias interpretativas, precisaría: «Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explicitada en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4.º). Ciertamente, la STC 116/1987 no era una sentencia interpretativa, pero no nos cabe duda de que lo que el Tribunal venía a hacer era justamente lo que seis años antes había señalado que le estaba vedado.

El Tribunal, al tratar de discernir los efectos de su Sentencia, se iba a plantear con algún detenimiento por vez primera la posibilidad de romper la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad<sup>168</sup>. 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, por entero inexacta, bastando para constatarlo con la lectura del art. 40.1 de la LOTC—, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento».

A partir de aquí, el juez de la Constitución 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, que es lo que ocurre en el caso en cuestión respecto de algunos artículos de la Ley. 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. Por todo ello, el Tribunal concluye 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, efectuando, por último, el Tribunal la importante matización de que, con independencia de la fórmula utilizada (nulidad o simple inconstitucionalidad), la ilegitimidad constitucional de los preceptos enjuiciados hacía jurídicamente imposible su aplicación al ejercicio fiscal de 1998, ya que el impuesto a él correspondiente, aunque ya devengado, no podía ser liquidado y exigido de acuerdo con preceptos contrarios a la Constitución.

IV. Con posterioridad, se han sucedido sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, sentencias que limitan temporalmente la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad o, incluso, aquellas otras que difieren la nulidad.

A) Paradigmática de la inconstitucionalidad sin nulidad sería la STC 13/1992, en la que el juez de la Constitución declarararía la inconstitucionalidad de determinadas partidas presupuestarias de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y 1989 por violación de compe-

---

<sup>168</sup> El planteamiento del problema, en la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

tencias autonómicas. En cuanto que la anulación de tales partidas presupuestarias podría suponer graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales, afectando no sólo a situaciones jurídicas consolidadas, sino también, y particularmente, a la política económica y financiera 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 Generalitat 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<sup>169, 170</sup>.

B) En otras Sentencias, el Tribunal se manifestó 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 algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad»<sup>171</sup>. 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 por parte del Estado 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 caso 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 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 mencione a las Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, sino porque al mencionar tan sólo a éstas, sin ninguna

<sup>169</sup> STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 17.

<sup>170</sup> Esta doctrina sería reiterada, entre otras, en la STC 16/1996, de 1 de febrero, FJ 8.º, y en la STC 68/1996, de 18 de abril, FJ 14.

<sup>171</sup> STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

referencia a las distintas entidades crediticias comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley, se excluía a las Comunidades Autónomas de un ámbito competencial reconocido en sus Estatutos de Autonomía. El Tribunal decidió<sup>172</sup> que la inconstitucionalidad del precepto debía ser remediada por el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa. Son las Cortes Generales a quienes 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 término dentro de un plazo de tiempo razonable». Todo ello conduce al Tribunal a que, no obstante la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal, no proceda, sin embargo, la de su nulidad en lo que de regulación expresa en él se contiene.

En la STC 208/1999, se reproduce a grandes rasgos el caso anterior. El Tribunal consideraría que el art. 7.º 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 a las Comunidades Autónomas recurrentes<sup>173</sup>. A la vista de los términos en que se declara la inconstitucionalidad, el Tribunal iba a considerar<sup>174</sup> que «ha 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 en la defensa de la competencia 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

<sup>172</sup> STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23.

<sup>173</sup> STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 7.º

<sup>174</sup> *Ibidem*, FJ 8.º

acabe cuanto antes. «La lealtad constitucional —añade el Tribunal— obliga a todos»<sup>175</sup>, y en este caso especialmente al Estado, a ponerle fin en el plazo más breve posible»<sup>176</sup>.

Similar es el supuesto abordado por la STC 235/1999, en la que la declaración de inconstitucionalidad recae 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 de Coordinación Bancaria, que excluía a las Comunidades Autónomas de un ámbito competencial estatutariamente reconocido. El Tribunal, como ya significara en la STC 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»<sup>177</sup>. Son las Cortes Generales, reiteraría el Tribunal, quienes deben determinar cuál haya de ser 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 Tribunal iba a reiterar la doctrina ya expuesta, esto es, que de la nulidad inmediata, asociada, como regla general, a los pronunciamientos de inconstitucionalidad, no cabía esperar la reconstrucción de unas previsiones legales cuya ausencia era causa de esa misma inconstitucionalidad, y tampoco podía el Tribunal impartir pautas o instrucciones positivas. A mayor abundamiento, la declaración de nulidad generaría un vacío normativo, sin duda no deseable en materia tan relevante como es el régimen sancionador de los establecimientos financieros de crédito. Así las cosas, al Tribunal no le restaba más que reiterar el llamamiento al legislador estatal, recordándole el inexcusable imperativo constitucional que sobre él pesaba en orden a la reparación con presteza de tal situación contraria al bloque de la constitucionalidad. Para el juez de la Constitución, la declaración de

<sup>175</sup> STC 209/1990, de 20 de diciembre, FJ 4.º

<sup>176</sup> STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 8.º *in fine*.

<sup>177</sup> STC 235/1999, de 16 de diciembre, FJ 13.

inconstitucionalidad del precepto y la reiteración de la necesaria intervención legislativa bastaba —así cabía esperarlo en virtud del principio de lealtad constitucional— para propiciar una pronta sanación de la situación inconstitucional, no estimando el Tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad, difiriendo su eficacia a un determinado momento.

b) En el segundo de los casos a que con anterioridad nos referíamos, la vulneración del orden competencial es el fruto de una específica norma estatal invasiva de competencias autonómicas. Es el supuesto de la STC 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, establecida por la Ley 6/1992, era inconstitucional por invadir competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

El Tribunal, ante los graves perjuicios a los recursos naturales de la zona controvertida que podrían derivarse de anular 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<sup>178</sup>, 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 radica 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 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 de los intereses generales en juego, circunstancia que conduce al Tribunal 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, hablar-

---

<sup>178</sup> STC 195/1998, de 1 de octubre, FJ 5.º

se 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 sólo 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 sólo no lleva aneja la nulidad, sino que en un período no dilatado de tiempo está llamada a desaparecer. Inconstitucionalidad sin nulidad llamada *a posteriori* a dejar de serlo. Una situación en verdad paradójica.

V. En resumen, el devenir del tiempo se ha traducido en una serie de inflexiones jurisprudenciales que, lejos de manifestarse en una misma dirección, presentan múltiples variantes cuyo común denominador es impedir el inicial automatismo jurisprudencial en la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad. Estas mutaciones jurisprudenciales podrían en alguna medida quedar subsumidas en la siguiente reflexión del Tribunal: «La declaración de nulidad 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»<sup>179</sup>.

Particular relevancia presenta la precedente reflexión cuando la declaración de inconstitucionalidad lo es por vulneración del orden constitucional de competencias, pues la declaración de invalidez del precepto constitucionalmente ilícito no puede ser a costa de un sacrificio desproporcionado en la efectividad de otras normas constitucionales. Quiere ello decir que el constitucionalmente omnipresente principio de proporcionalidad también habrá de ser tenido en cuenta a la hora de ponderar las consecuencias que puede encerrar una declaración de nulidad.

VI. El Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOTC, al que ya se ha aludido, viene a normativizar los cambios jurisprudenciales expuestos, dándoles carta de naturaleza legal, por lo menos en esta primera fase del procedimiento legislativo que tal Proyecto ha de seguir.

<sup>179</sup> STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 8.º

El texto del Proyecto introduce una serie de modificaciones en la redacción del vigente art. 39 LOTC que pueden ser compendiadas como sigue:

1.<sup>a</sup> Flexibiliza la anterior vinculación automática entre inconstitucionalidad y nulidad a través de una doble previsión: *a)* posibilitando a la Sentencia que, motivadamente, con la finalidad de preservar valores e intereses constitucionalmente tutelados, declare tan sólo la inconstitucionalidad, y *b)* permitiendo que la Sentencia difiera los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años, período que nos parece disparatadamente dilatado.

2.<sup>a</sup> Posibilita al Tribunal para que cuando la Sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, pueda conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Incumplido tal plazo por el legislador, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia.

Todo ello no hace sino corroborar la indudable capacidad de *indirizzo politico* de las Sentencias constitucionales y el progresivamente mayor rol de legislador positivo que asumen los Tribunales Constitucionales de nuestro tiempo.

## 5. REFLEXIÓN FINAL

La conclusión de todo lo expuesto, a nuestro modo de ver, es inequívoca: el Tribunal Constitucional ha utilizado en poquísimas ocasiones el mecanismo procesal que la LOTC le otorga para que pueda llevar a cabo formalmente su poder de *overruling*, mecanismo que, por cierto, no es objeto de modificación de ningún género en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC. Sin embargo, como tal circunstancia no es indicaria de un aquietamiento de su jurisprudencia, es decir, de una jurisprudencia estática, inamovible, sino que, bien al contrario, a la vista está la cantidad e intensidad de las mutaciones jurisprudenciales del Tribunal, la situación a la que se ha desembocado viene dada por la modificación de los precedentes doctrinales al margen de lo previsto por la LOTC. Como con la sola salvedad, quizá, del recurso electoral, respecto del cual el Tribunal, como ya vimos, sí argumenta las razones por las que no se acomoda a la exigencia legal del art. 13 LOTC, era difícil, por no decir que imposible, buscar argumentos en los que sustentar el olvido de los mandatos de su pro-

pia Ley ordenadora, el Tribunal ha adoptado la más que criticable técnica de embozar sus giros jurisprudenciales, que presenta no como tales, sino como la resultante de un proceso evolutivo natural de su jurisprudencia, para lo que emplea argumentos de dispar naturaleza y de diversa enjundia, que en bastantes ocasiones, por su manifiesta debilidad, revelan un puro y simple voluntarismo judicial, todo ello sin ignorar que, a veces, lisa y llanamente, el Tribunal ha echado una tupida capa de silencio sobre el cambio o giro jurisprudencial, por evidente que el mismo fuera. Todo ello se ha traducido en la aparición de flagrantes contradicciones en la jurisprudencia constitucional, algo que si todo órgano jurisdiccional viene obligado a evitar, en mayor medida aún es exigible del llamado a velar por la guarda de la Constitución.