

ORDEN CONSTITUCIONAL Y ACTIVIDAD DE OFICIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (*)

RAFAEL GIL CREMADES

SUMARIO: I. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO.—II. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 55.2 DE LA LOTC: 1. *La admisión de pretensiones declarativas de inconstitucionalidad en las demandas de amparo.* 2. *Las incitaciones al Tribunal Constitucional para que enjuicie la constitucionalidad de la ley aplicada.* 3. *La autocuestión de inconstitucionalidad.*—III. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIÓN (ARTÍCULO 39.1 DE LA LOTC).—IV. UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MUY POCO ACTIVO.

I. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

En Francia, el Presidente de la República, el Primer Ministro, los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado, y una fracción de los miembros de estas Cámaras Legislativas (60 Diputados o 60 Senadores), pueden someter al Consejo Constitucional el texto aprobado, pero no promulgado, de una ley ordinaria para que verifique si determinados puntos de la misma son conformes a la Constitución. Es posible, pues, un control de constitucionalidad de las leyes denominadas ordinarias para diferenciarlas de las orgánicas, de carácter facultativo —sólo tiene lugar si las autoridades políticas legitimadas por la Constitución lo estiman necesario— y preventivo, antes de su promulgación e integración en el ordenamiento jurídico. Por otra parte, este control ha sido interpretado por el Consejo Constitucional como global y pleno, como una última lectura de todo el texto de la ley sometida a su decisión, de forma que aquél se considera investido de poderes de oficio que en cualquier circunstancia le habilitan para resolver sobre la constitucionalidad de disposiciones no contempladas por los pro-

(*) Agradezco vivamente a José Luis Cascajo Castro, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca, su competente y generoso interés por este estudio.

motores de la consulta. De ahí que no sean infrecuentes decisiones del Consejo en las que éste juzga preceptos distintos de los mencionados en la solicitud presentada y que incluso no guardan relación alguna con ellos; sobre los que, por tanto, no puede decirse que exista propiamente litigio.

Esta práctica, por la que el Consejo Constitucional amplía autónomamente el objeto del proceso, ha sido vivamente discutida en medios tanto jurídicos como políticos. Para unos, constituye un claro abuso de poder que nos acerca peligrosamente a un gobierno de jueces; es un comportamiento impropio de un órgano jurisdiccional que como tal ha de juzgar siempre dentro del ámbito litigioso definido en las pretensiones de parte, y que convierte en imprevisible la jurisprudencia constitucional. Para otros, la letra de la Constitución francesa de 1958 obliga en efecto a admitir esta facultad de invocación oficial —es la ley en su conjunto la que se somete al Consejo—, pero hay que ser consecuentes con ello y reconocer al mismo tiempo que el Consejo Constitucional no es en puridad un órgano jurisdiccional. Y están los que, por el contrario, afirman que dicho control ilimitado es sin duda jurisdiccional porque conduce a resultados que gozan de la autoridad absoluta de la cosa juzgada. Un tal poder de iniciativa, añaden, es por lo demás inherente a la naturaleza objetiva de la justicia constitucional: el control de constitucionalidad de las leyes se produce en el marco de un contencioso esencialmente objetivo, en defensa de la Constitución, en el que consecuentemente las partes tienen un papel secundario, el procedimiento es inquisitivo, y el principio de contradicción pierde importancia. Por último, estos defensores de un juez constitucional en acción, que aprovecha la ocasión que le brinda la apertura de un proceso para, sin apenas cortapisas, hacer que prevalezca siempre el orden constitucional, creen ver en otros sistemas europeos de justicia constitucional técnicas de enjuiciamiento similares o equivalentes. Es el caso de Thierry Di Mano, que en su monografía sobre el tema hace referencia a ejemplos sacados de Austria, Alemania, España e Italia, que, a su juicio, probarían que el Consejo Constitucional francés no representa en este punto una «herejía» jurisdiccional (1). De nuestra Ley reguladora del Tribunal Constitucional (LOT) cita concretamente: *a*) la posibilidad de que se declare inconstitucional la ley cuya aplicación lesionó determinados derechos fundamentales o libertades públicas (art. 55.2), y *b*) la extensión de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos impugnados de una ley a los demás de la misma que guarden relación con aquéllos (art. 39.1). Según Di Mano, el hecho de que las Salas del Tribunal puedan autoplantearse

(1) THIERRY DI MANO: *Le Conseil Constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica, París, 1994, págs. 70-95.

(*se saisir d'office*) si la ley aplicada al que recurre en amparo es inconstitucional desde el punto de vista del respeto de los derechos fundamentales, y eleven esta cuestión al Pleno, abriéndose de oficio un proceso distinto, ha de interpretarse como un autocuestión de inconstitucionalidad que situaría a nuestro Tribunal Constitucional en línea con su homólogo francés e incluso por encima de él, en cuanto que el Consejo Constitucional nunca puede instar por propia iniciativa un proceso (*ne se saisit jamais de lui-même*); y por lo que se refiere a la ampliación del fallo de inconstitucionalidad a disposiciones sobre las que el Tribunal no ha sido requerido, se estaría también ante una nueva actuación oficial equiparable a la que a veces despliega el Consejo Constitucional francés.

¿Son exactas tales comparaciones? Para saberlo hay que empezar por contar una historia de ya algunos años y, como se verá, nada sencilla.

II. LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD PREVISTA EN EL ARTICULO 55.2 DE LA LOTC

En nuestro sistema de justicia constitucional, que en un recurso de amparo se intente o se llegue a abrir la vía prevista en el artículo 55.2 de la LOTC ha tenido en la práctica un origen diverso: una pretensión (1), la incitación de cualquiera de los que intervienen en el proceso de amparo constitucional (2), o la actuación exclusivamente oficial del Tribunal Constitucional (3).

1. *La admisión de pretensiones declarativas de inconstitucionalidad en las demandas de amparo*

Una de las primeras cosas que tuvo la oportunidad de hacer el Tribunal Constitucional fue despejar las dudas sobre si los particulares podían formularle auténticas pretensiones declarativas de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley; sobre si pretensiones de este género podían ser también objeto del recurso de amparo. En fecha tan temprana como la de 5 de noviembre de 1980, esto es, durante el cuarto mes de funcionamiento del Tribunal, una de sus Secciones ya afirmó, en efecto, que de acuerdo con el artículo 55.2 de la LOTC cabe la impugnación indirecta o mediata de leyes que lesionen derechos fundamentales o libertades públicas, siempre que se haya impugnado directamente un acto de un poder público del que derive inmediatamente la lesión del derecho fundamental o de la libertad pública (Auto 81/1980). El recurrente había solicitado la anulación de la inclusión —establecida en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas— de las pensiones o haberes pasivos entre los rendimientos del trabajo, por considerarla incompatible con el deber

impuesto en la Constitución a los poderes públicos de garantizar unas pensiones suficientes. El Tribunal inadmitió el recurso, pero no porque fuera imposible que apareciese en la demanda de amparo una pretensión declarativa de inconstitucionalidad, sino porque ésta había sido formulada en abstracto: la norma legal no se había aplicado al actor o, si se le había aplicado, no había reaccionado contra el correspondiente acto administrativo. Si hubiera mediado una intervención de los órganos de aplicación jurídica —vino a decir el Tribunal— su impugnación por lesión de derechos fundamentales podría extenderse, en principio, a la propia ley aplicada. Y en el Auto 66/1981 se dijo también que las lesiones de derechos fundamentales por normas con fuerza de ley son recurribles ante el Tribunal Constitucional cuando la Administración o los Tribunales hayan aplicado la norma legal a la que se imputa el menoscabo sufrido.

Esta interpretación, elaborada en el ámbito restringido de las Secciones, fue asumida y desarrollada poco después por el Pleno en la Sentencia 41/1981, de 18 de diciembre, resolutoria de tres recursos de amparo acumulados cuyo conocimiento aquél había recabado. Fueron objeto de estos procesos las leyes del último tercio del siglo XIX que habían configurado y perpetuado a favor del Banco Hipotecario de España un procedimiento especial y expeditivo que le permitía obtener del Juez, sin la participación del deudor hipotecario, el secuestro y la posesión interina de la finca hipotecada, así como, de persistir la falta de pago, su enajenación en subasta pública. Para las Sociedades recurrentes, los actos judiciales producidos de acuerdo con tal procedimiento les habían colocado en una situación de indefensión contraria a la Constitución, por lo que debían ser anulados. A esta pretensión anudaron otra en la que pedían directamente al Tribunal que declarara la inconstitucionalidad y la derogación de la legislación aplicada por los jueces. Por otra parte, como los recurrentes admitían llanamente que las resoluciones que estimaban dañosas para sus derechos de defensa habían sido adoptadas dentro de la más estricta legalidad, el objeto de sus quejas no era otro, en definitiva, que el contraste de esas leyes con la Constitución. Así lo entendió el Tribunal: la inconstitucionalidad y la derogación de los preceptos que se atacaban eran la premisa del amparo que se solicitaba, de forma que éste no podía prosperar si las leyes impugnadas eran constitucionales y, en consecuencia, los órganos jurisdiccionales habían actuado dentro del marco de la Constitución por ser conformes a ésta los textos legales que se aplicaron. El Pleno aceptó este planteamiento, y justificó su corrección procesal diciendo que una interpretación racional del apartado 2 del artículo 55 de la Ley del Tribunal «obliga a entender que la inconstitucionalidad de la ley que lesiona derechos fundamentales y libertades públicas puede ser alegada por el recurrente de amparo. De este modo, puede admitirse una

pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos y siempre que sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley» (Fundamento Jurídico [F.J.] 1). Texto en verdad importante porque en él quedó definida la extensión de la jurisdicción del Tribunal como juez de las libertades a todos los supuestos en los que la defensa de éstas exija inevitablemente un juicio previo de constitucionalidad sobre la ley que rigió el acto de aplicación que originó el recurso de amparo. Acababa de nacer el amparo frente a leyes, hecho cuya trascendencia no pasó desapercibida. Ignacio Borrajo Iniesta publicó un extenso comentario de la Sentencia en el que celebró que a partir de la misma ya no cabía referir la función de control de la constitucionalidad de las leyes exclusivamente a los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, ni seguir afirmando que sólo en estos últimos pueden hacerse valer pretensiones contra las leyes; el control de las leyes pueden ser necesario en la vía de amparo, y en esta vía los particulares pueden cuestionar las leyes vigentes por inconstitucionalidad, pretendiendo su anulación (2).

(2) IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)», *Revista de Administración Pública*, 98 (1982), págs. 167-220. Este mismo autor defendió con vigor la tesis de que ante peticiones de esta naturaleza las Salas, y en los casos de avocación el Pleno, estaban obligados a pronunciarse expresamente en el propio fallo de amparo sobre la declaración solicitada, sin que fuera imprescindible para ello la posterior apertura de una cuestión de inconstitucionalidad; tesis que no ha tenido efecto práctico alguno porque ciertamente no encaja en el recurso de amparo frente a leyes construido por el Tribunal Constitucional sobre la base de un artículo de su Ley reguladora en el que literalmente se le obliga a sustanciar la cuestión por el procedimiento adecuado. Ni las Salas, ni el Pleno como tribunal de amparo, tienen competencia, pues, para fallar con efectos generales sobre peticiones de inconstitucionalidad sostenidas por particulares. Lo único que pueden hacer en este tipo de recursos de amparo es otorgar éste si entienden que la ley del caso es inconstitucional, pero sin que ese ineludible juicio de disconformidad con la Constitución pueda aparecer en la Sentencia en forma de declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la ley. Esta declaración «explícita y con todas las garantías» —según la expresión utilizada durante la tramitación parlamentaria de la LOTC (*Tribunal Constitucional. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, pág. 352)— corresponde realizarla, en su caso, al Pleno cuando resuelva la obligada cuestión de inconstitucionalidad. Y de esta forma se ha comportado siempre el Tribunal Constitucional. Existe, no obstante, un voto particular del magistrado Rafael de Mendizábal Allende, en la Sentencia 18/1994, en el cual se defiende la capacidad del Tribunal Constitucional para crear un trámite que permitiría paralizar el proceso de amparo hasta que el Pleno resuelva sobre la constitucionalidad de la ley, y enjuiciar después el caso concreto. Un comentario del mismo en ANTONI ROIG BATALLA: «En torno al voto particular de la STC 18/1994, de 20 de enero. La autocuestión o control sucesivo de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, 44 (1995), págs. 299-322.

La claridad con que en este punto se había pronunciado el Tribunal Constitucional movió a los abogados a citar el artículo 55.2 de la LOTC en las demandas de amparo constitucional; y desde entonces se ha producido una sucesión ininterrumpida de suplicos de naturaleza objetiva. Esta reiteración no ha hecho, sin embargo, retroceder al Tribunal de su primera doctrina. Con toda naturalidad ha procedido a examinar todas las peticiones, sometiéndolas eso sí a un control cada vez más severo (3). Son, en efecto, numerosos los requisitos, tanto de admisibilidad como de fondo, que aquéllas deben reunir para que puedan prosperar.

Están, en primer lugar, los que se exigen en los amparos ordinarios. Por ejemplo, que la inconstitucionalidad pretendida haya sido objeto de debate en la vía judicial previa (Auto 662/1984). Que exista una vulneración actual de derechos o libertades, y concretamente de los derechos y libertades recogidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución (Autos 84/1981, 43/1982, 104/1987, 1197/1987). Así, por falta de este requisito fue inadmitido el recurso de amparo promovido por la Asociación Profesional de la Magistratura frente a la designación por las Cortes Generales —en lugar de por los propios Jueces y Magistrados— de los vocales del Consejo General del Poder Judicial de procedencia judicial, recurso en el que aquélla afirmó que cuando se aprobó el precepto de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial en que se confería a las Cámaras Legislativas dicha elección, se había violado el derecho de los Jueces y Magistrados a elegir y ser elegidos por los integrantes del Poder Judicial vocales de su órgano de gobierno. Para el Tribunal tal derecho no existía en nuestro ordenamiento (Auto 942/1985) (4). La ley denunciada se juzga, pues, única-

(3) Año 1981: Auto 84. Año 1982: Sentencia 63; Auto 403. Año 1983: Sentencias 10, 16, 65, 102. Año 1984: Autos 157, 183, 235, 491, 492. Año 1985: Sentencia 92; Autos 155, 255, 281, 589, 942. Año 1986: Sentencias 107, 140, 148; Autos 180, 224, 244. Año 1987: Sentencia 162; Autos 104, 1197. Año 1988: Sentencias 67, 99, 118, 139, 243, 265. Año 1989: Sentencias 40, 193. Año 1991: Sentencias 158, 216. Año 1993: Sentencia 119; Auto 46. Año 1994: Sentencias 98, 240, 281. Año 1995: Sentencia 12. Año 1996: Sentencias 47 y 110. Sólo en un caso no entró a considerar las peticiones de declaración de inconstitucionalidad de una ley aplicada en la vía judicial (Auto 116/1992).

(4) «A diferencia de lo que puede decirse que ocurre en lo previsto en otros preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (por ejemplo, en su art. 67), el artículo 55.2 no contempla un caso de “transformación procesal”, según el cual, el recurso de amparo, por su modo de planteamiento, devenga recurso abstracto de inconstitucionalidad. Lejos de esto, el apartado 2.º del artículo 55 establece sólo un enlace secuencial entre dos procesos constitucionales que, sobre objetos distintos, se resuelven también independientemente. Es, así, reiterada la doctrina del Tribunal en orden a cómo para plantear la Sala ante el Pleno esta cuestión de inconstitucionalidad es preciso que previamente la primera haya estimado el recurso de amparo (...) En el caso actual, sin embargo, lo que los recurrentes piden desborda este mecanismo de la Ley Orgánica. Se aduce,

mente desde el punto de vista de su contraste con determinados derechos constitucionales (5).

Luego están los requisitos procesales específicos de este recurso de amparo con vocación de control objetivo del ordenamiento. La norma legal —entendiendo por tal la que tiene valor de ley (6)— cuya anulación se pide ha tenido que ser aplicada al recurrente; ha tenido que traducirse, por obra de los órganos de aplicación jurídica, en una norma jurídica individualizada. Si no

ciertamente, la inconstitucionalidad de la disposición de la Ley de la que son aplicación los actos impugnados, pero esta invocación (...) se hace (...) para que el Tribunal, directamente, entre a conocer de la constitucionalidad de la Ley, exigencia ésta que viene impuesta por el mismo planteamiento de los actores, que alegan un derecho cuya existencia dependería de la previa declaración de inconstitucionalidad de aquélla. Razonando de este modo, la vía que quiere abrirse no es la prevista en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el amparo no podría resolverse antes, sino después del enjuiciamiento directo de la Ley misma; antes de este examen no existe, en rigor, derecho que pueda decirse violado y sólo, en su caso, a resultas de una hipotética declaración de inconstitucionalidad de la Ley, el derecho alegado sería reconocible y, por ello, amparable. El planteamiento, pues, contemplado desde el proceso de amparo, entraña una clara autoreferencia lógica: la razón de pedir (el derecho que se dice violado) sólo existiría en el caso de que lo pedido (la pretensión objetiva de inconstitucionalidad que la demanda entraña) fuese estimado. Sólo en este supuesto —posponiéndose, en contra de lo claramente dispuesto por el artículo 55.2, el proceso de amparo al procedimiento de declaración de inconstitucionalidad— cobra verdadero sentido la queja formulada. Una queja que, por no formularse en defensa de derecho alguno hoy existente en el ordenamiento, y sólo sobre la base de un “derecho” que es un *dubium* constitucional, no puede reconocerse como planteable en el recurso de amparo (...) En el caso actual, se pide del Tribunal, en realidad, no el amparo del derecho violado sino —lo que sólo puede alcanzarse mediante un proceso diferente— la declaración misma de la existencia del derecho. El derecho no preexiste, pues, a la queja (...)» (FJ. 3).

(5) Sorprende por ello que en la Sentencia 193/1989, resolutoria de un recurso de amparo en el que su promotor —candidato a diputado a la Asamblea Regional de Murcia que, por no obtener su partido el mínimo del 5 por 100 de los votos válidos emitidos en el conjunto de las circunscripciones exigido en la Ley Electoral autonómica, no había sido proclamado electo— consideró infringidos no sólo los artículos de la Constitución sobre el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos (arts. 14 y 23.2), sino también su proclamación de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular» (Preámbulo), el valor del pluralismo político (arts. 1.1 y 6), y el carácter proporcional de la representación (arts. 68.2 y 3, y 152.1, párrafo 1.º), se pueda leer que «sólo en el supuesto de que este Tribunal previamente otorgara el recurso de amparo por estimar que han sido conculcados derechos fundamentales susceptibles de este recurso, podría la Sala plantear al Pleno una cuestión de inconstitucionalidad (según dispone el art. 55.2 de la LOTC) y entrar a enjuiciar la adecuación del precepto legal discutido con las distintas normas constitucionales que en la demanda se aducen y que no recogen derechos fundamentales de los señalados en el artículo 53.2 de la Constitución» (FJ. 2).

(6) El Tribunal considera que tienen rango de ley las resoluciones del Presidente de una Cámara Legislativa (Auto 244/1986).

hay un acto de aplicación de la ley, ésta no puede ser impugnada (Sentencia 162/1987; Autos 157/1984, 183/1984, 491/1984, 662/1984, 255/1985, 281/1985). Por ejemplo, la pretensión de que se elevase al Pleno la cuestión, reiteradamente planteada al Tribunal, de la insuficiencia constitucional del solo emplazamiento edictal previsto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, no prosperó porque ni siquiera se había publicado el anuncio en el *Boletín Oficial del Estado* (Sentencia 102/1983). Otro caso es el de la mujer que se acogió a la tutela del Tribunal para que se le reconociera su derecho a la igualdad y a no ser discriminada en el acceso a la Academia General del Aire, que formuló en su demanda la pretensión de que el Pleno se pronunciara sobre la constitucionalidad de la norma que difería el acceso de la mujer a las pruebas de selección para el ingreso en determinados Cuerpos y Escalas militares a la realización de las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura en las Fuerzas Armadas (Real Decreto-Ley 1/1988). Pues bien, aunque para la Sala esta disposición prolongaba «la situación de desigualdad en el acceso a la enseñanza superior militar en perjuicio de la población femenina» no elevó la cuestión al Pleno porque la norma con fuerza de ley era posterior a la negativa de acceso a las pruebas (Sentencia 216/1991). Esta exigencia se mantiene también rígidamente para las leyes singulares o de caso único, y para las que algunos denominan autoaplicativas (7). Y tampoco puede pretenderse en abstracto que el Tribunal se pronuncie sobre la constitucionalidad de una norma distinta de la que ha sido tenida en cuenta por el órgano de aplicación jurídica (Sentencia 158/1991).

Por otro lado, la lesión o el menoscabo sufridos han de poderse imputar a la propia ley. Esto es, la norma con fuerza de ley aplicada sólo podrá ser cuestionada en el proceso de amparo si la lesión del derecho fundamental o de la libertad pública proviene de su mismo enunciado; no, por tanto, cuando la situación lesiva sea imputable únicamente a la autoridad de aplicación jurídica por la forma en que ésta la interpretó y aplicó. Existen, pues, casos en los que se concede el amparo, pero no se abre la cuestión de inconstitucionalidad porque no se ha cumplido este requisito procesal de fondo. Por ejemplo, el resuelto en la Sentencia 119/1993. La arrendadora de una finca rústica a la que se había paralizado su acción de desahucio hasta que acreditara la celebración del acto de conciliación ante la Junta Arbitral exigido en la Ley de Arrendamientos Rústicos, obtuvo del Tribunal Constitucional que su proceso prosiguiera sin más di-

(7) Auto 46/1993, sobre una ley autonómica que declaraba de utilidad pública la expropiación forzosa de edificios concretos. Sentencia 118/1988, sobre el amparo solicitado por Diputados a los que una resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados hacía más difícil el acceso a materias clasificadas.

laciones; sin embargo, su petición subsidiaria de que el Pleno examinara la constitucionalidad de esa carga impuesta por la Ley no fue atendida. La razón de este rechazo fue que su situación de indefensión no tenía su origen en la ley sino en la insistencia del órgano judicial en que se documentara algo imposible: el intento de aveniencia ante un órgano que la Administración no había creado todavía. Del mismo modo, en supuestos de indefensión judicial provocada por la falta de emplazamiento personal y directo, la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tampoco se atribuyó a la ley —a pesar de que en ésta sólo se contemplaba como obligatoria la notificación edictal—, sino al Tribunal por haber renunciado a interpretar aquélla de conformidad con la Constitución, en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental; y como las resoluciones judiciales impugnadas no eran consecuencia ineludible de la aplicación de la ley, la Sala estimó que no procedía hacer uso de la previsión contenida en el artículo 55.2 de la LOTC (Sentencias 63/1982 y 86/1984) (8). También se imputó al intérprete judicial —y no al legislador— la vulneración de ese mismo derecho fundamental en un caso en el que aquél —de acuerdo con la terminología impropia utilizada en la Ley de Procedimiento Laboral— tuvo por desistido (9) al actor de un recurso de suplicación que, infringiendo lo prescrito literalmente en dicha Ley procesal, no había consignado en efectivo el capital coste de las pensiones a cuyo pago había

(8) En el FJ. 3 de la Sentencia 63/1982 se justifica ampliamente por qué a pesar de estimarse el amparo no se eleva al Pleno cuestión alguna de inconstitucionalidad: «El principio de mantenimiento de la Ley (...) aconseja en este caso reducir el alcance de la decisión estimatoria, sin hacer uso de la facultad que el artículo 55.2 de la LOTC nos otorga para plantear ante el Pleno del Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 64 de la LJCA. Esta cuestión sólo ha de plantearse cuando el acto del poder que se anula es consecuencia ineluctable de la aplicación de la norma, y no puede decirse que ello haya sido así en el presente asunto, pues el artículo 64 citado no veda el emplazamiento directo de quienes puedan comparecer como demandados en razón de ser titulares de un derecho o de un interés legítimo ya defendido en el procedimiento administrativo, cuando aparecen suficientemente identificados en el escrito de interposición del recurso o en la demanda. Para estos supuestos, la insuficiencia de la norma (...) puede ser suplida por las correspondientes de la LEC y, en esta interpretación, el artículo 64 no es contrario a la Constitución, permite que pueda buscarse dentro de la vía judicial originaria el remedio contra la indefensión y puede ser mantenido en tanto que el legislador no dé una nueva regulación de la materia más plenamente ajustada a la Constitución».

La lesión del derecho fundamental no estaba, pues, en la norma procesal discutida, sino en la forma en que fue aplicada. Los magistrados de lo contencioso-administrativo debieron darse cuenta —viene a decir el Tribunal Constitucional— de que, a la luz de la Constitución, la norma era insuficiente, de que existía una laguna legal, y de que ésta podría colmarse fácilmente acudiendo al resto del ordenamiento procesal anterior a la Constitución.

(9) Se trata propiamente de una renuncia.

sido condenado en la sentencia de instancia (Sentencia 99/1988). Puede igualmente citarse el caso decidido en la Sentencia 265/1988 relativo a la eficacia civil de la disolución por la Iglesia Católica de un matrimonio canónico. El juez civil aplicó la legalidad vigente (Acuerdo con la Santa Sede, Código Civil y Ley 30/1981), y acordó el reconocimiento de eficacia civil de la dispensa de matrimonio rato y no consumado concedida por el Papa, precisando en su Auto que, según esa misma legalidad, no cabía recurso alguno, quedando a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente. El marido, que no había tenido arte ni parte en la tramitación de la dispensa, reaccionó frente a esta legislación pactada, pidiendo en amparo que se declarara inconstitucional por impedir su derecho de defensa. Y el Tribunal Constitucional —como ya hiciera en ocasiones anteriores en las que también se cuestionó tan delicada y ambigua normativa— no quiso acudir a lo previsto en el art. 55.2 de la LOTC, argumentando que el juez había leído mal las leyes (10).

Por último, desde la Sentencia del Pleno 10/1983, las pretensiones de esta naturaleza encontraron un nuevo obstáculo: la ley aplicada y juzgada incompatible con los derechos fundamentales sólo puede ser eventualmente declarada inconstitucional cuando sea posterior a la Constitución. Cinco concejales comunistas del Ayuntamiento de Madrid que por haber sido expulsados de su partido habían perdido su cargo de acuerdo con lo previsto en la Ley de Elecciones Locales de 17 de julio de 1978, pidieron al Tribunal Constitucional que, además de restablecer sus derechos como miembros del Partido Comunista y ordenar su reincorporación al Ayuntamiento, declarara la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma electoral aplicada. El Tribunal desestimó esta última pretensión argumentando lo siguiente: el «hecho de que la lesión de los derechos fundamentales, aunque tiene su origen inmediato en un acto de la administración electoral, procede, mediatamente, de una norma de Ley preconstitucional (...) podría llevar, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.º del citado artículo 55 de la LOTC a que, una vez otorgado el amparo y anulado el acto por el que se declaró el cese de los recurrentes y se nombró a quienes habían de sustituirles, este Tribunal plantease ante sí mismo la cuestión, para que

(10) Donde la norma decía que «contra el Auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente», el Tribunal Constitucional leyó lo siguiente: contra el Auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio (con oposición o sin ella) o se acordara el archivo o sobreseimiento, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular la pretensión en el procedimiento correspondiente.

a través de un nuevo proceso, se declarase, en su caso, la inconstitucionalidad del artículo 11.7 de la Ley 39/178. Aunque el citado artículo 55.2 de la LOTC —sigue diciendo el Tribunal— no hace distinción alguna, no puede ser pasada por alto, sin embargo, la diferencia que, según doctrina de este Tribunal, media entre las leyes preconstitucionales y las posteriores a la Constitución, pues en tanto que la invalidez de estas últimas sólo puede ser declarada por este Tribunal, tienen todos los órganos judiciales la facultad de entender derogadas, y en consecuencia inaplicar, las anteriores a la Constitución que consideren incompatibles con ésta (...). Esta diferencia, que también opera cuando el órgano decisor es este propio Tribunal Constitucional, hace innecesario acudir al referido procedimiento previsto en el artículo 55.2 de la LOTC citado» (FJ. 5). Tal distinción, basada en el tiempo, entre leyes anteriores y posteriores a la Constitución de 1978 apareció, en efecto, en dos de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes promulgadas antes de que se constituyera el Tribunal Constitucional, que llegaron a interponerse durante el plazo de los tres meses siguientes a dicho acto de constitución, entre el 15 de julio y el 15 de octubre de 1980; recursos en los que, a iniciativa de senadores y diputados, se pretendió la depuración del Régimen Local heredado del centralismo franquista, y de la legislación sobre derecho de huelga y conflictos colectivos de trabajo aprobada en 1977 (11). En el primer caso, los recurrentes vinieron a ser los portavoces de la inquietud presente en ciertos círculos ante las resistencias que pudiera encontrar la aplicación inmediata de la Constitución recién promulgada (12). Algunos pensaron que como la reforma política que desbloqueó desde dentro la autocracia y facilitó la transición a la democracia no había afectado al grueso de las leyes de la dictadura, debía aprovecharse la puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional para que éste interviniera, diciendo la última palabra, en la labor de eliminar del ordenamiento preconstitucional todo aquello que fuera incompatible con la Constitución. Con este propósito, le pidieron que declarara inconstitucional y nula, por infracción del principio constitucional de autonomía de los municipios y provincias, una buena porción de normas legales, en particular de aquellas que imponían un control de oportunidad sobre los actos de los entes locales. El Tribunal, por mayoría, consideró que era competente para declarar inconstitucionales y nulas, y por ello deroga-

(11) Disposición Transitoria segunda, número uno, de la LOTC, y Auto 135/1982. Los escritos de los recursos (tramitados bajo los números 186 y 192/1980) fueron publicados por LUIS PRIETO SANCHÍS en el núm. 59 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, págs. 201 y sigs.

(12) SANTIAGO VARELA y MIGUEL SATRÚSTEGUI: «Constitución nueva y leyes viejas», *Revista del Departamento de Derecho Político*, 4(1979), págs. 59-77.

das, las leyes preconstitucionales, y que incluso debía hacerlo por razones de orden constitucional, sin perjuicio de que también los jueces y tribunales pudieran entender derogadas por la Constitución dichas leyes y, en consecuencia, no aplicarlas al caso litigioso (Sentencia 4/1981, FJ. 1.D) (13). Criterio que, sin que se produjera voto discrepante alguno, fue reiterado en el segundo de los recursos citados. El Tribunal mantuvo su competencia —compartida con los jueces ordinarios— «para decidir la derogación del Derecho positivo anterior por la fuerza normativa de la Constitución en cuanto norma», entendiendo que esa derogación era la consecuencia jurídica de un juicio previo de inconstitucionalidad, de contraste entre la Constitución y la ley preconstitucional. Lo que, sin embargo, no hizo esta vez fue llevar dicha consecuencia al fallo, en el que, a diferencia de lo sucedido en la sentencia anterior, sólo hay declaraciones de inconstitucionalidad, no de derogación (Sentencia 11/1981, FJ. 2) (14). Esta fue cabalmente la doctrina que el Tribunal Constitucional opuso a los concejales recurrentes en la Sentencia 10/1983 para —a pesar de ampararles porque la norma electoral que les habían aplicado contradecía el derecho a permanecer en los cargos públicos representativos hasta que se celebre un nuevo proceso electoral— no abrir el procedimiento declarativo que hubiera permitido como aquéllos deseaban, expulsarla definitivamente del ordenamiento jurídico. Ocurrió lo propio en la Sentencia 16/1983 referente igualmente al tema de la duración del mandato representativo (15); y en esta línea ha seguido moviéndose el Tribunal hasta el presente.

(13) El magistrado Francisco Rubio Llorente formuló un voto particular en el que defendió que el rigor jurídico exigía no hablar de inconstitucionalidad e invalidez más que en los casos de incompatibilidad entre la Constitución y una ley posterior a ella; pero admitió —contradiéndose, como señaló MANUEL ARAGÓN («La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al Régimen Local anteriores a la Constitución», *REDC*, 1, 1981, pág. 201)— que la vía del artículo 55.2 de la LOTC era «remedio suficiente para invalidar las Leyes anteriores a la Constitución que infrinjan los derechos fundamentales y libertades públicas que ésta garantiza». Por otra parte, expresó que sólo a los órganos del Poder Judicial competía entender de la derogación de las leyes por la Constitución.

(14) Excepcionalmente, por razones de seguridad jurídica, el Tribunal volvió a declarar derogada por obra de la Constitución una norma legal preconstitucional en la Sentencia 83/1984. Un comentario crítico de ésta en LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO: «Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad», *REDC*, 13 (1985), págs. 147-156.

(15) Resulta inexplicable que en su FJ. 2 se diga de la Sentencia 10/1983 que en ella el Tribunal declaró la pérdida de vigencia de la norma electoral cuestionada, cuando lo cierto es que su pronunciamiento de incompatibilidad constitucional en el que basó el otorgamiento del amparo solicitado no salió de los fundamentos jurídicos.

2. *Las incitaciones al Tribunal Constitucional para que enjuicie la constitucionalidad de la ley aplicada*

Para que en el proceso de amparo constitucional se cuestione la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley no se ha exigido, sin embargo, que el debate sea abierto precisamente por el demandante y a través del cauce formal de una pretensión en sentido procesal estricto. Han sido, en efecto, numerosos los casos en los que cualquier excitación, tanto del recurrente como de los demás participantes en el proceso, ha sido suficiente para dotar a éste de una dimensión objetiva.

Es cierto que el Tribunal, a través de una de sus Secciones, comenzó rechazando que en un recurso de amparo se pudiera alegar de alguna forma la inconstitucionalidad de la ley efectivamente aplicada al recurrente (16); pero no lo es menos que esta primera actitud de rechazo no ha tenido continuidad alguna. Las Salas se han mostrado siempre receptivas y abiertas en este tema. En la primera Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de enero de 1981, su Sala Segunda no tuvo inconveniente alguno en admitir en un recurso de amparo promovido contra la ejecución automática por los Jueces civiles de una Sentencia de separación matrimonial del Tribunal de la Rota que había modificado a favor de la esposa el régimen de custodia y visita de los hijos acordado por la jurisdicción civil, que la parte demandada evocara la posible inconstitucionalidad de un Tratado internacional, del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos celebrado en 1979 entre el Estado español y la Santa Sede. Idéntica actitud mostró la Sala Primera ante la postura del recurrente —una Sociedad minera que no había sido emplazada individualmente en un proceso administrativo en el que resultó condenada— de unir a su queja por indefensión la sugerencia de que el Tribunal examinara la posible derogación o inconstitucionalidad sobrevenida de la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 que únicamente imponía la citación mediante anuncios (Sentencia 9/1981). Y la primera cuestión de inconstitucionalidad elevada al Pleno tuvo su arranque en

(16) A un capitán al que se había denegado el ascenso a comandante en aplicación de una Ley de 22 de diciembre de 1955, y que alegó ante el Tribunal Constitucional el carácter discriminatorio de la Ley, se le contestó que esa supuesta inconstitucionalidad «no puede ser en modo alguno objeto del recurso de amparo, pues nuestro sistema, a diferencia, por ejemplo, del existente en la República Federal Alemana, si bien contempla la posibilidad de impugnar en esta vía las decisiones o actos sin valor de Ley de las Cortes o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 42 de la LOTC), excluye de este recurso las normas legales, cuya invalidación sólo puede buscarse o a través del recurso de inconstitucionalidad que no está abierto a los simples ciudadanos (art. 32 de la LOTC) o a través de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por Jueces o Tribunales» (Auto 25/1980, de 30 de septiembre, FJ. 4).

la alegación hecha por un Subcomisario de Policía —que, tras diez años de jubilado por imposibilidad física, volvió al servicio activo, y a quien la Administración y la Justicia denegaron, en aplicación de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios Civiles del Estado de 1966, sus peticiones de abono de los trienios vencidos y de que, cuando se jubilara definitivamente, se le computaran los servicios prestados desde su reincorporación al Cuerpo Superior de Policía— sobre el carácter discriminatorio de esa Ley preconstitucional (Sentencia 10/1981 y Auto 39/1981).

Desde entonces, nunca ha ocurrido que el Tribunal haga oídos de mercader a tales iniciativas (17). Con talante antiformalista, incluso ha permitido que cuando provienen de la parte actora —que es lo más frecuente— ésta puede formularlas bien en la demanda bien en el trámite posterior de alegaciones. Pero las ha sometido a un control riguroso. Para que puedan ser admitidas o analizadas en cuanto al fondo deben reunir ciertos requisitos, que en definitiva son los mismos que los que el Tribunal ha exigido a las pretensiones propiamente dichas, ya descritos en el apartado anterior.

Desde la perspectiva de lo que es el recurso general de amparo constitucional, se requiere, por ejemplo, que, para que no padezca su carácter subsidiario, la controversia habida en la vía judicial previa haya abarcado también la constitucionalidad de la ley aplicada. Faltó este presupuesto procesal en el caso decidido en la Sentencia 14/1982. Unas Sociedades acreedoras que se había opuesto a la proposición de pago redactada por la Sociedad incurso en suspensión de pagos, instaron en sede constitucional que, además de la anulación de múltiples actos judiciales, se considerara derogada y se declarara inconstitucional por el Pleno la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 en la que se impedía el recurso de casación en estos incidentes de oposición, y se permitía que cuando los acreedores fueran más de doscientos, en lugar de convocarles a Junta, el Juez decidiera la tramitación por escrito del convenio de suspensión de pagos. La Sala llegó a rebatir que la referida exclusión de la casación constituyera una restricción del derecho al proceso (FJ. 5); pero no entró a enjuiciar la constitucionalidad de la Ley porque ésta no había sido cuestionada en las sucesivas instancias civiles, en las que sólo se habían discutido temas de mera legalidad, sin que en momento alguno se denunciara que las resoluciones judiciales eran

(17) Año 1982: Sentencia 14; Auto 351. Año 1983: Sentencias 5, 20, 22, 28, 29, 30, 53, 60, 101; Autos 88, 89, 175, 215. Año 1984: Sentencias 32, 93; Autos 87, 213. Año 1985: Sentencia 75. Año 1986: Sentencia 6; Auto 573. Año 1987: Sentencias 29, 113; Auto: 1379. Año 1988: Sentencias 27, 209. Año 1989: Sentencias 138, 186. Año 1990: Sentencias 71, 119, 207. Año 1991: Sentencias 74, 187. Año 1992: Sentencia 2; Auto 171. Año 1993: Sentencias 12, 209. Año 1994: Sentencias 18, 31, 47, 76, 106, 204, 263. Año 1995: Sentencia 90.

inconstitucionales por aplicar una ley preconstitucional que, a juicio de los recurrentes en amparo, era discriminatoria y contraria a la tutela judicial efectiva (FJ. 8). No obstante, hay veces en las que el Tribunal olvida esta exigencia. Es lo que sucedió en uno de los siete recursos de amparo resueltos por el Pleno en 1983, promovidos por Concejales elegidos en abril de 1979 y cesados posteriormente en aplicación de la Ley de Elecciones Locales de 1978, por haber perdido su militancia en el partido político que les había presentado (Sentencia 20/1983). Está también la necesidad de agotar la vía judicial previa. Por no concurrir este presupuesto, el Tribunal evitó pronunciarse sobre la norma procesal que excluía del recurso de apelación los asuntos referentes a cuestiones del personal al servicio de la Administración Pública (Sentencia 6/1986) (18). Tampoco cabe esperar pronunciamiento alguno del Tribunal si no hay lesión efectiva y comprobada. Así, en un recurso de amparo en el que se debatió si el derecho a ser juzgado por un órgano judicial independiente e imparcial era compatible con un procedimiento en el que un mismo juzgador sea el que instruya y falle, la Sala empezó por examinar de qué forma se había aplicado la ley que permitía tal acumulación de funciones instructoras y de enjuiciamiento en un solo órgano, analizando las actuaciones efectivamente realizadas. Esta investigación fáctica le llevó a comprobar que no había existido la pretendida acumulación puesto que la recurrente no fue juzgada ni condenada por el Juez que realizó las actuaciones previas de la causa, sino por otro que no tuvo intervención alguna en las mismas y que, por tanto, pudo evaluar libremente la prueba producida en el juicio oral. No había habido, por tanto, lesión de los derechos fundamentales que tenga por causa la aplicación de la ley; por lo que no cabía hacer en abstracto pronunciamiento alguno sobre ésta (Sentencia 113/1987) (19). Finalmente, como en cualquier otro recurso de amparo, sólo corresponde al Tribunal Consti-

(18) La Sala rechazó la correspondiente alegación con el siguiente argumento, ya adelantado por el Abogado del Estado: «En el presente caso, el recurrente, si estima que el artículo 94.1.a) de la LJCA (...) era inconstitucional, pudo recurrir la Sentencia aquí impugnada en apelación y plantear a la Sala correspondiente el problema que suscita en amparo; dicha Sala habría podido, de entender aplicable tal precepto al caso, estimarlo derogado por la Constitución, dado que la Ley es preconstitucional, o plantear la cuestión de inconstitucionalidad (...), y finalmente, en caso de que hubiera dictado resolución inadmitiendo el recurso, el solicitante de amparo habría podido recurrir contra tal resolución y plantear en vía de amparo la impugnación del precepto legal» (FJ. 1). Semejante rigor no casa con la doctrina constitucional de que los recursos cuya interposición es exigible para entender agotada la vía judicial no son todos los posibles o imaginables, sino sólo aquellos que puedan ser conocidos y ejercitados por los litigantes, sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente; por ello se explica que el Tribunal lo abandonara años más tarde al resolver un caso similar (Sentencia 35/1990, FJ. 2).

(19) Lo hará en la Sentencia 145/1988 resolviendo dos cuestiones de inconstitucionalidad.

tucional garantizar el respeto a los derechos fundamentales, defendiendo no cualquier norma de la Constitución, sino únicamente aquella parte de la misma que constituye el canon de este tipo de recursos, esto es, sus artículos 14 a 30 (Sentencias 76/1994, FJ. 2; 106/1994, FJ. 3 sobre el derecho de propiedad). Pueden, no obstante, reseñarse casos en los que se produjo un juicio de contraste de la norma legal con otros artículos de la Constitución. Así operó el Pleno por avocación en un recurso de amparo en el que razonó (Sentencia 209/1988) que la declaración conjunta del Impuesto sobre la Renta obligatoria para los casados era, además de discriminatoria, contraria al principio de igualdad que debe inspirar el sistema tributario (Constitución, art. 31.1). Ocurrió lo mismo en el siguiente caso: El Ministerio de Defensa separó del servicio a un guardia civil porque éste había sido condenado a una pena de privación de libertad superior a seis años. Contra esta resolución administrativa no cabía, según la Ley Procesal Militar, recurso alguno. En la vía judicial previa y en el proceso de amparo, el guardia civil alegó frente a la norma legal que en ella se vulneraba su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos (Constitución, art. 24.1), concretamente su derecho a recabar la tutela de ese derecho fundamental ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (Constitución, art. 53.2), así como la función de control que la Constitución atribuye a los Tribunales sobre la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1). El Pleno, que había avocado el recurso, aceptó todos estos motivos y decidió plantear la cuestión de inconstitucionalidad sobre la norma procesal aplicada, precisando que ésta debía ser examinada no sólo desde la perspectiva del derecho fundamental vulnerado sino también en relación con el carácter subsidiario del recurso de amparo y la perspectiva del control de la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de la misma a los fines que la justifican (Sentencia 18/1994).

Y desde la perspectiva propia de este recurso de amparo, calificado por el Tribunal Constitucional como específico y no estrictamente concreto (Sentencia 29/1987, FJ. 4), lo importante sigue siendo —como lo era respecto de las pretensiones— que la violación denunciada resulte inescindible de la norma con valor de Ley; para lo cual es previo que ésta haya sido aplicada correctamente. Sólo cuando el Tribunal otorga el amparo y entiende que la lesión del derecho fundamental vulnerado se ha producido a causa de una recta interpretación y aplicación de la norma, procede a enjuiciar la constitucionalidad de la ley (Sentencia 60/1983). Si a los efectos de la resolución del recurso de amparo no deviene imprescindible examinar la constitucionalidad de la norma legal aplicada porque la lesión del derecho fundamental proviene directamente de

la forma en que aquélla se ha interpretado, el Tribunal se ciñe a otorgar el amparo por este solo motivo, sin plantearse una hipotética depuración objetiva del ordenamiento. No de otra forma actuó, por ejemplo, respecto de un Banco que interpuso recurso de casación en el orden jurisdiccional laboral, constituyendo el depósito legal exigido a disposición no del Presidente del Tribunal Supremo —tal y como este Tribunal interpretó que debió hacerse—, sino de la Magistratura de Trabajo. La Sala declaró inconstitucional la inadmisión del recurso de casación por haberse acordado en base a un defecto no esencial, pero no pasó a dilucidar si, como pensaba la Sociedad recurrente, la Ley era discriminatoria al imponer dicha carga a los empresarios y no a los trabajadores (Sentencia 53/1983). Y en un caso de indefensión derivada de la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo contra un Decreto por falta de la legitimación activa corporativa prevista en la ley procesal, que el solicitante de amparo atribuyó a esta última, el Tribunal entendió, por el contrario, que la indefensión provenía de que la inadmisión no se había producido en aplicación razonada de una causa legal, por lo que resultaba improcedente hacer un juicio abstracto sobre la constitucionalidad de la ley al hilo de un amparo que no precisaba de este enjuiciamiento para poder ser otorgado (Sentencia 93/1984). Puede cerrarse este relato de casos con los referentes a las Sociedades de televisión por cable de alcance local que fueron requeridas para que cesaran sus emisiones y desmontaran sus instalaciones por carecer de la concesión administrativa previa para emitir prescrita en la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones. Alegaron, entre otras cosas, que las resoluciones administrativas impugnadas habían vulnerado su derechos a la libertad de expresión y comunicación al aplicar un precepto legal que era inconstitucional. Para el Tribunal, en cambio, el origen de esa lesión no estaba propiamente en la ley aplicada —que en este punto se limitaba a calificar la Televisión de servicio público esencial de titularidad estatal—, sino en la ausencia de regulación legal del régimen concesional de esa modalidad de Televisión, omisión que venía a impedir no sólo la posibilidad de obtener la correspondiente concesión o autorización administrativa para su gestión indirecta, sino incluso la de instar su solicitud, lo que equivalía a una pura y simple prohibición de la gestión por los particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance local y transmitida mediante cable. En ese vacío legislativo estaba el fundamento último de las resoluciones recurridas, en las cuales se exigía una concesión administrativa que no era posible obtener (Sentencias 31 y 47/1994).

De otro lado, el Tribunal Constitucional considera que no es necesario el procedimiento declarativo de inconstitucionalidad cuando la norma con valor de Ley ha dejado de existir durante la tramitación del recurso de amparo (dero-

gación sobrevenida) (20), o ya ha sido declarada inconstitucional (21), o sobre ella se elevó al Pleno en otro recurso de amparo la pertinente cuestión de inconstitucionalidad (22). Y en alguno de estos supuestos (Sentencias 2/1992 y 138/1989) la no utilización del artículo 55.2 de la LOTC aparece reforzada por la presencia de otro obstáculo, creado enteramente por el Tribunal Constitucional, a cuyo origen se ha hecho referencia anteriormente: que no puede haber declaración explícita de inconstitucionalidad cuando la Ley es anterior a la Constitución (23). Existe, sin embargo, un caso —muy comentado— en el que el Tribunal no tuvo inconveniente en saltárselo, que merece ser contado en detalle. A un matrimonio —celebrado el 27 de diciembre de 1980— se le obligó a hacer declaración conjunta del Impuesto sobre la Renta correspondiente al ejercicio 1980. El marido alegó ante el Tribunal Constitucional que tal exigencia era discriminatoria para los contribuyentes casados respecto de los unidos de hecho, y le pidió que declarase el derecho de él y de su esposa a tributar en

(20) Un Banco, que había sido multado por la Administración Vasca por adelantar unilateralmente la hora de entrada al trabajo, opuso a esta sanción que las normas del Estatuto de los Trabajadores sobre las infracciones laborales de los empresarios no cumplían las exigencias derivadas del principio de tipicidad. La Sala acogió este razonamiento y reconoció al recurrente el derecho a no ser sancionado sino en aplicación de normas que definan la conducta ilícita y la sanción correspondiente; pero estimó innecesario acudir a lo dispuesto en el artículo 55.2 de la LOTC porque las normas legales denunciadas ya habían sido derogadas (Sentencia 207/1990). También las Sentencias 2/1992, sobre la no consideración como asalariado del empresario a su cónyuge a efectos del régimen general de la Seguridad Social; y 1/1993, sobre la prescripción de que en el procedimiento laboral se tuviera que declarar desierto el recurso de suplicación cuando dos letrados de oficio lo consideraran infundado.

(21) Que la Ley prescribiera la inembargabilidad absoluta de las prestaciones percibidas por los beneficiarios de la Seguridad Social fue denunciado en amparo como una excepción al régimen general —que limita esa inembargabilidad a la cantidad fijada legalmente en concepto de salario mínimo interprofesional— de carácter discriminatorio. El Tribunal entendió también que se estaba ante un caso claro de desigualdad en la ley; pero como ya había declarado inconstitucional el precepto legal cuestionado (Sentencia 113/1989), se limitó a anular la resolución judicial que lo había aplicado, estimando innecesario el trámite previsto en el artículo 55.2 de la LOTC (Sentencia 138/1989).

(22) El Congreso de los Diputados denegó la autorización que la ley exigía para la prosecución de los procesos civiles en defensa del honor iniciados contra sus miembros. Este acuerdo parlamentario fue recurrido en amparo porque se entendió que obstaculizaba indebidamente la tutela judicial. También para la Sala había vulneración de ese derecho constitucional, por lo que declaró que procedía, sin necesidad de trámite parlamentario alguno, proseguir la tramitación del proceso civil iniciado por el solicitante de amparo. No obstante, no hizo uso de la facultad prevista en el artículo 55.2 de la LOTC porque en otro recurso de amparo (el resuelto por la Sentencia 243/1988) ya había elevado esta cuestión al Pleno (Sentencia 186/1989).

(23) Véanse también las Sentencias 5, 20, 28, 29 y 30 de 1983; 75 y 90 de 1995.

función de sus rentas respectivas. El Ministerio Fiscal interpretó esta demanda en el sentido de que el agravio al principio de igualdad se imputaba en el fondo a la norma y no a las resoluciones administrativas y jurisdiccionales impugnadas; se invocaba el principio de igualdad ante la Ley y no en aplicación de la Ley. Abundando en ello, el Abogado del Estado observó que la pretensión deducida por el demandante equivalía, por su amplitud, a una impugnación en bloque del sistema fiscal español de imposición sobre la renta familiar. Y el Pleno, que recabó para sí el conocimiento y la decisión del recurso, aceptó sin reservas esta interpretación: el asunto principal suscitado por el recurrente era si el régimen de declaración conjunta y acumulación de las rentas de los cónyuges comportaba una discriminación por razón del matrimonio; indirectamente, aquél venía a cuestionar la misma conformidad a la Constitución de la Ley preconstitucional 44/1978, de 8 de septiembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La diferencia de trato por razón de matrimonio derivaba, por tanto, de las disposiciones mismas de la Ley. De esta forma el Tribunal, incitado por el Ministerio Fiscal y el Abogado de Estado, delimitó un objeto procesal que, como puso de relieve críticamente el magistrado Fernando García-Mon en un voto particular al que se adhirió otro magistrado, desbordaba la queja concreta de la lesión que supuso para el recurrente que, habiéndose casado cuando sólo faltaban unos días para que finalizara el período impositivo, se le practicara a pesar de ello una liquidación conjunta por todo el año fiscal. Luego fundamentó un juicio de igualdad con arreglo al cual era discriminatorio imponer una mayor carga tributaria sobre el contribuyente casado respecto de quien, con la misma renta, no lo está; otorgó el amparo solicitado, y aunque la ley era anterior a la Constitución, sometió a sí mismo la cuestión de inconstitucionalidad sobre determinados artículos de la ley aplicada (Sentencia 209/1988). Este último paso lo justificó diciendo que había que considerar postconstitucionales las disposiciones legales aplicadas al haber sido asumidas las reglas de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de Régimen Fiscal del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Argumento en verdad nada convincente, con el que quiso dejar expedito el camino a su firme voluntad de intervenir en un tema polémico, que había saltado de las páginas de la literatura jurídica a los periódicos. El protagonismo del Tribunal fue claro en este caso.

3. *La autocuestión de inconstitucionalidad*

Que el propio Tribunal Constitucional, de oficio, pueda autoplantearse la inconstitucionalidad de la ley correctamente aplicada al caso, es algo que se

dió por supuesto al comienzo de su andadura por una de sus Secciones (24). El Pleno, en cambio, en un asunto del que conoció por avocación, descartó en un primer momento tal posibilidad. En el recurso de amparo promovido por la Sociedad «Antena 3» frente a la Administración del Estado, que no había contestado a su petición de que se le concediera la gestión de un canal nacional de televisión, entendió, en efecto, que, para no caer en incongruencia, no debía enjuiciar si el monopolio estatal sobre la televisión, heredado del Estado autoritario y perpetuado en el Estatuto de la Radiodifusión y Televisión de 1980, era o no contrario a la libertad de expresión, cuestión que, por no aparecer incluida en las peticiones de la demanda, quedaba fuera del amparo concreto solicitado (Sentencia 12/1982, FJ. 2). Esta postura de la mayoría del Tribunal —de ella se desmarcó el magistrado Francisco Rubio Llorente, que en un voto particular a la Sentencia no tuvo reparo alguno en afirmar que «la gestión de un servicio público que, como sucede con la televisión, implica el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede organizarse en forma de monopolio estatal», y que «la Constitución no admite el monopolio estatal sobre ningún medio de comunicación» (25)— ¿significaba un no rotundo a su competencia para, sin mediar pretensión alguna, suscitar él mismo, con ocasión de un recurso de amparo, el debate sobre el posible origen legal de la lesión denunciada y comprobada? El hacer posterior del Tribunal despeja la pregunta en sentido negativo, y permite suponer, con bastante fundamento, que este primer rigor formal no era en verdad sino una razón construida *ad hoc*, para no tener que implicarse en el examen de una opción del legislador constitucionalmente problemática. Idéntica cautela se observa en la Sentencia 66/1982, de la Sala Segunda, sobre la eficacia civil de las sentencias eclesiásticas, un tema que, como se ha visto, ya había abordado el Tribunal en su primera sentencia. En esta ocasión, la sentencia eclesiástica había sido dictada en causa de nulidad de matrimonio canónico iniciada antes del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español de 1979, pero concluida cuanto éste ya estaba vigente. Era aplicable, por tanto, el derecho transitorio previsto en el Acuerdo, con arreglo al cual en las causas pendientes seguía rigiendo el principio de vinculación de los Jueces civiles a lo decidido por los Tribunales eclesiásticos. A pesar de ello, el Juez de Primera Instancia no otorgó efectos civiles a la sentencia. Por su parte, el Tribunal Constitucional se comportó de la siguiente manera: de un lado, estimó el amparo dentro de lo pedido y alegado por la recu-

(24) Auto 114/1980, de 17 de diciembre, FJ. 2.

(25) También en la literatura jurídica se consideró inconstitucional el monopolio de la televisión: FERNANDO SAINZ MORENO: «La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional», *REDC*, 2(1981), págs. 209-213.

rente; y de otro, dirigió su atención *motu proprio* hacia la constitucionalidad del propio régimen transitorio pactado, para acto seguido interrumpir bruscamente esta vía de enjuiciamiento que él mismo había abierto. «No podemos menos de constatar —dijo en el último fundamento jurídico— que este acuerdo del Estado español y la Santa Sede tiene rango de tratado internacional y, por tanto, como aprecia el Fiscal, se inserta en la clasificación del artículo 94 de la Constitución española, sin que, respecto a él se hayan, institucionalmente, denunciado estipulaciones contrarias a la propia Constitución ni procedido conforme al artículo 95 de la misma y, una vez publicado oficialmente el Tratado, forma parte del ordenamiento interno. Este Tribunal no debe, sin haber sido previamente requerido por los órganos constitucionales previstos, entrar en el examen de la supuesta contradicción cuando ningún órgano judicial ha planteado cuestión constitucional, ni la han solicitado las partes». Aparentemente, el Tribunal Constitucional rechazó de plano que pueda tomar la iniciativa en una cuestión interna de inconstitucionalidad. Según sus palabras, al posibilidad procesal de provocar una declaración sobre un Tratado internacional sólo estaría en manos de las partes en el proceso de amparo constitucional, del Poder judicial a través de la cuestión de inconstitucionalidad, y del Gobierno o las Cámaras Legislativas en un control previo de inconstitucionalidad. No obstante, todo apunta a que este discurso, con el que el Tribunal intentó justificar su inactividad procesal, fue redactado bajo la presión de la trascendencia política del tema. La propia Sala, citando la Sentencia 1/1981, abunda en el exquisito cuidado con el que ha de ser tratado, sin daño para el sistema y la armonía institucional, el tránsito de un Estado confesional a una Constitución informada por los principios de aconfesionalidad del Estado y de unidad de la jurisdicción (26).

En cualquier caso, la incertidumbre sobre la posible participación activa del Tribunal Constitucional en un recurso de amparo dejó de existir a partir de la Sentencia 22/1985, en la que aquél tuvo que decidir sobre las peticiones que le hizo un militar en situación de servicios civiles que había reclamado, sin éxito, del Ministerio de Cultura el cobro de determinadas retribuciones. Sus peticiones fueron dos: que anulara la Sentencia de la Audiencia Nacional que había declarado inadmisibile por incompetencia su recurso contencioso-administrativo, y que ordenara retrotraer las actuaciones procesales para que aquélla

(26) Este fue también el parecer de Rodrigo Bercovitz sobre la Sentencia 1/1981: «Me inclino a creer que el Tribunal ha tratado de evitar la consideración de esa problemática en la medida en que ello no fuese absolutamente imprescindible para conceder el amparo» («La ejecución de las sentencias eclesiásticas de separación matrimonial por la Jurisdicción Civil después de la Constitución», *REDC*, 3 (1981), pág. 139).

se pronunciara sobre su propia competencia antes de dictar sentencia. Todo ello basado en que el órgano judicial había lesionado sus derechos fundamentales al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la tutela judicial y a no ser discriminado. Pues bien, la Sala, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 84 de la LOTC, añadió a esos motivos de inconstitucionalidad el de la posible incompatibilidad de la propia Ley procesal —que permitía apreciar la incompetencia del órgano judicial en la sentencia— con la tutela judicial efectiva. Abrió así un debate en el que la representación actora afirmó dicha incompatibilidad; el Ministerio Fiscal defendió que la norma era constitucional si se interpretaba en el sentido de que la declaración de inadmisibilidad del recurso en la sentencia no supone que se cierre para el actor la posibilidad de replantearlo ante el órgano judicial competente; y el Abogado del Estado achacó la situación de indefensión producida a la negligencia del recurrente. Para la mayoría de la Sala (hubo un voto discrepante) el origen de la lesión denunciada no estaba en la falta de diligencia del solicitante de amparo ni en la voluntad del Juez o en una decisión *contra legem*. Estaba en una decisión *secundum legem*, en la letra de la ley, en la aplicación de un precepto cuyo tenor literal no ofrecía duda alguna. Sólo ignorando o deformando el sentido meridiano del enunciado legal podía alcanzarse una interpretación del mismo acorde con la Constitución. La libre facultad de dictar en la sentencia la inadmisión del recurso por incompetencia del órgano no era compatible con el derecho a un acceso sin obstáculos innecesarios a la tutela judicial efectiva. Esta sola razón objetiva bastaba, pues, para otorgar el amparo solicitado, y elevar la cuestión al Pleno. Paso este último que, sin embargo, no llegó a franquearse porque la norma procesal era preconstitucional. La lectura restrictiva que, desde la Sentencia 10/1983, había hecho el Tribunal Constitucional del artículo 55.2 de la LOTC —introduciendo en él una distinción, que la ley no hace, entre leyes anteriores y posteriores a la Constitución— impidió que toda la actividad desplegada por la Sala para configurar un ámbito nuevo de enjuiciamiento, desembocara en la apertura de un proceso constitucional puramente declarativo.

También hubo una cierta actividad inquisitiva del Tribunal en el proceso resuelto por la Sentencia 153/1988. Para un detenido que, de acuerdo con la Ley Antiterrorista, había sido incomunicado, se instó procedimiento de *habeas corpus* ante el Juzgado de Instrucción de San Sebastián, que, en aplicación de la regla específica prevista para estos casos en la Ley reguladora de dicho procedimiento, se declaró incompetente, inhibiéndose en favor de los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional. Este Auto de inhibición fue recurrido en amparo, solicitándose su anulación, fundamentalmente por haberse quebrantado el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Nada se pidió ni alegó sobre la ley aplicada por el Juez. No obstante, la Sala del Tribunal Cons-

titucional, leyendo entre líneas, entendió que existía la pretensión de que se cuestionase aquélla ante el Pleno. «En realidad —dijo en el FJ. 2—, de las alegaciones formuladas por la representación del recurrente se deduce que lo que en el fondo, aunque no expresamente, pretende es que este Tribunal, a través de la vía prevista en el artículo 55.2 de la LOTC, proceda a declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del artículo 2, párrafo segundo, de la referida Ley Orgánica 6/1984, ya que del conjunto de su argumentación se desprende con toda nitidez que es ese precepto legal el que, por contradecir presuntamente los artículos 17.4, 24.2 y 14 de la Constitución, se halla en abierta discrepancia con el Texto fundamental, habiéndose limitado el Juez de Instrucción de San Sebastián a aplicarlo.» Esta pretensión declarativa —construida por el Tribunal mediante una labor de integración de la demanda de amparo— no llegó, sin embargo, a prosperar porque se comprobó que de hecho la tutela judicial había sido dispensada de forma rápida y sin perjuicio alguno para los derechos constitucionales del detenido.

Donde sí llegó a haber actividad de oficio más apertura de autocuestión de inconstitucionalidad fue en otro tema igualmente procesal: la nulidad formal de las actuaciones judiciales por infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, y más concretamente su declaración de oficio por el Juez o Tribunal que, según la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, sólo puede hacerse «antes de que hubiere recaído sentencia definitiva» (art. 240.2). Literalmente, este último inciso obligaba al órgano judicial a no atender aquellas peticiones de nulidad de actuaciones presentadas cuando ya existe sentencia firme; y así se interpretó en la práctica, convirtiéndose en inatacables en la vía judicial ordinaria situaciones patentes de indefensión de las que tuvo conocimiento el Tribunal Constitucional a través de recursos de amparo incitados por los propios jueces, que vieron esta vía constitucional como la única abierta para remediar semejantes violaciones de los derechos de las partes en el proceso. Este problema constitucional —en el que estaba en juego la misma naturaleza subsidiaria del recurso de amparo al haberse entendido que, en tales casos, era forzoso acudir directamente a él para proteger derechos fundamentales— fue afrontado por el Tribunal de forma no uniforme. La Sala Primera (Sentencia 110/1988) se autoplanteó la cuestión de la legitimidad constitucional de la norma aplicada, pero no la elevó al Pleno. Fiel al principio de conservación, concentró sus esfuerzos en hallar una interpretación constitucionalmente adecuada de la misma que fue la siguiente: «Por Sentencia definitiva sólo puede entenderse la ya definitivamente ejecutada de manera que pueda el Juez o Tribunal sentenciador, mientras no lo ha sido, de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones.» Interpretación sin duda forzada, que no convenció a los especialistas, de la que, por ejemplo, se ha dicho con razón que

«no sólo tiró por tierra conceptos jurídicos procesales que estaban acuñados desde hacía decenas de años, sino que también puso en entredicho un principio importantísimo dentro de nuestro ordenamiento jurídico cual es el de la inmutabilidad de las sentencias firmes pasadas en autoridad de cosa juzgada» (27). Consecuencias iconoclastas que en cambio no cabe achacar a la Sala Segunda que en sus Sentencias 211, 212 y 213/1989 calificó de razonable la interpretación literal que los jueces habían hecho del artículo 240.2 de la LOPJ, y pidió al Pleno que juzgara de su constitucionalidad tanto desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, como de la posible desnaturalización del recurso de amparo constitucional. Al final, el Tribunal defendió la constitucionalidad de la norma cuestionada: que el recurso de amparo constitucional llegue en la actualidad a convertirse en el único y exclusivo remedio frente a situaciones de indefensión causadas por vicios procesales detectados después de la firmeza de la sentencia, a falta de otros aplicables por los Tribunales ordinarios, no es una consecuencia contraria a la Constitución porque de ésta no cabe derivar «la exigencia constitucional de que, frente a la lesión de derechos fundamentales imputable a un órgano judicial en el proceso, hubiera de aplicarse en todo caso un medio de corrección de aquélla por los propios tribunales ordinarios y no sólo mediante el recuso de amparo constitucional» (Sentencia 185/1990, FJ. 3).

Otra autocuestión que acabó siendo desestimada por el Pleno fue la relativa a la carga procesal de tener que comunicar a los órganos del orden jurisdiccional social la presentación de escritos y documentos realizada excepcionalmente en el Juzgado de Guardia. En el caso concreto, se trataba de una acción de despido cuya caducidad había sido declarada por haberse incumplido dicho requisito. Para el solicitante de amparo, esa declaración era inconstitucional porque la norma procesal había sido interpretada de forma incompatible con la tutela judicial efectiva; para la Sala (Sentencia 125/1994), es en la misma ley donde se obstaculiza injustificadamente el acceso al proceso; y para la mayoría del Pleno (Sentencia 48/1995) —una mayoría lograda con dificultad, después de haber sido sustituido el Magistrado Ponente— la carga era legítima (28). No se produjo, por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad que, tras la Sentencia 125/1994, algunos consideraron muy probable (29), y que contó con

(27) VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 283.

(28) Esta postura se ha consolidado en las Sentencias 68 y 87/1995 y 2/1996.

(29) FERNANDO VALDÉS DAL-RE y M.^a EMILIA CASAS BAAMONDE: «Tutela judicial, competencia de la jurisdicción social y acceso al proceso de trabajo», *Derecho Privado y Constitución*, 4 (1994), págs. 59-61.

el apoyo del Ministerio Fiscal y de dos Magistrados integrantes de la Sala que había elevado la cuestión, para los que con ella se hubiera servido mejor a la seguridad jurídica, evitando «que los Jueces y Tribunales incurran en contradicción al interpretar y señalar la sanción de ese supuesto o plus de exigencia a la parte, respecto de una actividad que en buena ley competente a la oficina judicial».

Y el último caso que hasta ahora (septiembre 1996) puede citarse de elevación espontánea al Pleno de una cuestión de inconstitucionalidad es el recurso de amparo ganado por la «Radio y Televisión de Andalucía», en el que esta empresa pública denunció indefensión por el hecho de que la Junta Electoral Central no le comunicara los recursos ante ella presentados por fuerzas políticas andaluzas disconformes con el reparto de los espacios electorales acordado por la Dirección de la empresa (Sentencia 103/1996). La Sala, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 84 de la LOTC, consideró relevante abrir audiencia sobre la compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales de la norma del régimen electoral general por la que las resoluciones de los recursos contra los acuerdos de las Juntas electorales provinciales no son recurribles en la vía jurisdiccional. A juicio de la Sala —juicio sobre el que, a su vez, deberá pronunciarse el Pleno— se estaría, en efecto, ante una lesión del derecho de acceso a la jurisdicción, «que no ha podido ser reparada por los Jueces y Tribunales ordinarios, toda vez que el legislador ha impuesto como única vía posible de sanación la del amparo constitucional, con lo que se contraría un principio que, como el de subsidiariedad del amparo, sólo puede excepcionarse a través de la LOTC» (FJ. 7).

III. LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXION (ART. 39.1 DE LA LOTC)

Con arreglo a la LOTC, «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, *así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*» (art. 39.1). Esta regla sobre el contenido de los fallos estimatorios pronunciados en los diferentes procesos de declaración de inconstitucionalidad (recursos, cuestiones externas o internas) ha sido invocada no sólo por el Tribunal, sino también por los participantes en dichos procesos.

A) Comenzando por estos últimos, y concretamente por los actores, hay que volver a recordar el primer recurso de inconstitucionalidad resuelto por el Tribunal (Sentencia 4/1981). Los demandantes pidieron que fueran declarados

inconstitucionales y nulos tanto un gran número de disposiciones de la legislación de Régimen Local —cinco textos promulgados entre 1944 y 1977— como «la de aquellas otras de la misma legislación a las que el Tribunal considere oportuno extenderse por conexión o consecuencia». Esta última pretensión abierta e indeterminada sólo fue estimada respecto de un artículo del Texto Refundido de 1955 en el que, junto con otro directamente impugnado, se regulaba el régimen de tutela de las Entidades locales por razones económicas, artículos que fueron juzgados incompatibles con la autonomía local (FJ. 10.F). Y con una fórmula todavía más genérica cerraron su pretensión los Diputados que impugnaron el Real Decreto-Ley 17/1977 regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo: que se declarara la inconstitucionalidad/nulidad de aquellas otras disposiciones a las que el Tribunal considere oportuno extenderse por vía de conexión o consecuencia. Faltaba en ella la precisión de que esa posible declaración suplementaria nunca podría afectar a otra ley distinta de la recurrida. Este hecho no pasó desapercibido al Defensor del Estado, el cual recordó y sistematizó los requisitos que, según la LOTC, han de concurrir para que el Tribunal pueda extender su pronunciamiento a preceptos no comprendidos entre los específicamente impugnados: que la Sentencia sea declarativa de la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados o de alguno de ellos, que exista una relación de conexión o de consecuencia entre los preceptos declarados inconstitucionales y aquellos otros a los que se extiende la inconstitucionalidad, y que estos últimos pertenezcan a o queden comprendidos en la misma ley, disposición o acto con fuerza de Ley; requisitos todos ellos que no eran sino consecuencia obligada del principio de congruencia. El Tribunal (Sentencia 11/1981, FJ. 27), ante la probabilidad de que en el futuro una petición semejante deviniera cláusula de estilo, afrontó particularmente el tema, y compartió, hasta con elogio, todo lo observado por el Abogado del Estado. De esta forma se evitó que volvieran a producirse pretensiones que por su generalidad trasladan de hecho al Tribunal la carga de hallar y justificar conexiones normativas precisas. Algo parecido, sin embargo, se intentó en 1991 por Diputados opuestos a la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que recurrieron junto a preceptos específicos otros conexos de los que sólo citaron algunos a título de ejemplo. El intento no tuvo éxito. El Tribunal se limitó a examinar la pretendida conexión respecto a los preceptos mencionados expresamente en el escrito de interposición del recurso (Sentencia 214/1994, FJ. 6.D) (30).

(30) El Tribunal ha parado también en seco el intento de trasladar esta técnica procesal a los conflictos positivos de competencia: «... no caben en la estructura del presente proceso constitucional impugnaciones globales e indeterminadas, pues el artículo 63 LOTC, en diversos pasajes,

También en un caso el órgano judicial promotor de una cuestión de inconstitucionalidad dirigió ésta por conexión a todos los supuestos regulados en una norma procesal, a pesar de que sólo uno de ellos era relevante para la causa donde surgió el incidente. Se trataba, en efecto, de una causa penal seguida frente a un Consejero autonómico por un presunto delito de injurias cometido en el territorio de la Comunidad Autónoma, cuyo conocimiento, según lo establecido en el ordenamiento autonómico, correspondía al Tribunal Superior de Justicia. El Tribunal Constitucional respetó los términos generales del Auto judicial y, de conformidad con el artículo 39.1 de su Ley Orgánica, declaró inconstitucional por falta de competencia del legislador autonómico toda la norma cuestionada, en la que también se otorgaba fuero privilegiado a los Consejeros en los supuestos de responsabilidad criminal por delitos cometidos fuera del territorio de la Comunidad y de responsabilidad civil (Sentencia 159/1991).

El Ministerio Fiscal figura igualmente entre los que en algún momento han tomado la iniciativa para que el Tribunal aplique el artículo 39.1 de la LOTC. Así sucedió en la cuestión de inconstitucionalidad interna, decidida en la Sentencia 34/1981, relativa a si —como había entendido la Sala (Sentencia 10/1981)— era discriminatorio que el jubilado por incapacidad permanente, por inutilidad física o debilitación apreciable de facultades no pudiera mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación. Para el Fiscal General del Estado, si el Pleno confirmaba la inconstitucionalidad apreciada por la Sala, la declaración debía extenderse, para evitar nuevas discriminaciones, a la norma contenida en la misma ley impugnada, según la cual todo jubilado que vuelva al servicio activo no adquiere derecho alguno a mejorar su anterior clasificación por razón de los nuevos servicios prestados o haberes percibidos, norma general de la que la norma causante de la lesión denunciada sólo era una concreción para algunos supuestos. Por su parte, el Abogado del Estado se opuso a la aplicación del artículo 39 de la LOTC por entender que la conexión que en él se contempla «se refiere a aquellas normas que carecerían de todo sentido normativo de no contar con el apoyo de la norma anulada» [Antecedente 7.d)]. Al final, no hubo unanimidad ni sobre la pretendida discriminación en la Ley ni sobre el alcance

establece de modo inequívoco que el planteamiento de un conflicto positivo de competencia ha de versar sobre disposiciones concretas y determinadas (SSTC 1/1982, FJ. 7.º, y 141/1993, FJ. 5.º, entre otras). Con estos límites, no es prudente, ni siquiera posible, que este Tribunal proceda por sí mismo a la averiguación de qué normas del Real Decreto impugnado pudieran presentar dudas en cuanto a la titularidad estatal de la competencia que por su medio se ejercita» (Sentencia 329/1994, FJ. 8).

normativo de la declaración de inconstitucionalidad. Sobre este último punto, formuló un voto particular el magistrado Rubio Llorente, en el que defendió que la sola norma a considerar era la genérica «y ello, no por uso de la facultad que el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional da a este Tribunal para extender la declaración de invalidez de un precepto a otros de la misma Ley por vía de conexión o consecuencia, sino por exigencia lógica».

Fue, asimismo, el Ministerio Fiscal quien en otra cuestión de inconstitucionalidad, esta vez externa, sugirió que en la sentencia declarativa se contemplara de paso una norma no aplicable al caso e irrelevante, por tanto, para la decisión del proceso. Originariamente, en efecto, la cuestión había sido elevada por la autoridad judicial militar sólo para que el Tribunal evaluara si en el Código de Justicia Militar (Texto reformado de 1980) se estaba infringiendo el derecho a recurrir en la vía penal por no admitir la casación frente a condenas a penas privativas de libertad no superiores a tres años (31). Pero el Fiscal, alegando motivos de economía procesal, propuso que se aprovechara la ocasión y se resolviera al propio tiempo sobre la constitucionalidad de otro límite a la casación establecido en el mismo texto legal: que sólo pudieran recurrir en casación las sentencias de los Consejos de guerra los condenados a penas de prisión o de separación del servicio. El Tribunal se mostró receptivo a este planteamiento, e incluso lo amplió de oficio, autoplanteándose la corrección constitucional de dicho Código cuando estatúa que únicamente los condenados a prisión podían recurrir en casación las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar. De tal dinamismo resultó una depuración abstracta de la ley en virtud de la cual cualquier condenado podría en lo sucesivo recurrir en casación dentro de la vía penal militar (Sentencia 27/1985). Votó en contra el magistrado Jerónimo Arozamena, que reprochó a la Sentencia tres cosas: su incongruencia tanto respecto de lo alegado en el proceso en el que surgió la cuestión como del objeto de ésta; que la conexión o consecuencia a que se refiere el artículo 39.1 de la LOTC «hay que verla cuando la inconstitucionalidad del precepto lleve como consecuencia de la decisión adoptada la nulidad de otros preceptos»; y que se había desnaturalizado el carácter concreto del control propio de las cuestiones de inconstitucionalidad, transformándolo en abstracto.

B) Hay también otros casos en los que el Tribunal Constitucional ha aplicado este artículo de su Ley Orgánica de forma totalmente autónoma, sin que

(31) Un Consejo de guerra había condenado a unos soldados a la pena de diez meses de prisión como autores responsables de un delito consumado de ultrajes a la bandera nacional en lugar militar, y el defensor de los condenados anunció que interpondría recurso de casación contra la sentencia.

medie acto alguno de parte. Así, por ejemplo, cuando decidió una cuestión de inconstitucionalidad sobre si la carga impuesta en la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 al empresario condenado al pago de cantidad, y no declarado pobre, de consignar el importe de la condena incrementada en un 20 por 100, cuando recurra en casación la Sentencia, era discriminatoria y contraria al derecho a los recursos previstos en la Ley (Sentencia 3/1983). El Tribunal, por mayoría, llegó a la conclusión de que sólo en cuanto al recargo del 20 por 100 dicho requisito procesal impeditivo del recurso era inconstitucional. A tal efecto, se basó en un amplio y minucioso estudio sobre el origen y la finalidad del recargo, remontándose a la Ley de 10 de noviembre de 1942, por la que se creó el Fondo de Anticipos Reintegrables al trabajador sobre sentencias recurridas, dos de cuyos artículos estimó derogados, reprochando a aquél que constituía un obstáculo injustificado y, en último término —si la sentencia recurrida es confirmada plenamente— una sanción objetiva desproporcionada y gravosa; reproche que hizo extensivo no sólo a los preceptos directamente relacionados con el cuestionado, sino también a otro de los recursos regulados en la Ley de 1980, el de suplicación, en el que también se imponía el mismo recargo. A su juicio, ello no suponía exceso alguno en la interpretación y aplicación del artículo 39.1 de la LOTC, pues se justificaba «no sólo por obvias razones de economía procesal, sino especialmente por la propia naturaleza de tal recurso que no se diferencia del de casación más que en lo relativo a la cuantía de la pretensión y en determinados aspectos procedimentales que no alteran la sustancial identidad, manteniendo, por tanto, la básica relación de conexión exigida por la Ley» (FJ. 7).

Otro ejemplo, especialmente significativo, de aplicación oficial del artículo 39.1 de la LOTC fue el enjuiciamiento constitucional de la exigencia de autorización parlamentaria para la prosecución de los procesos civiles iniciados de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982 sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, aprobada sin oposición por las Cortes Generales en mayo de 1995. Este enjuiciamiento se produjo por la vía del recurso de amparo, tal y como lo previera tempranamente Alfonso Fernández-Miranda (32). El recurso se interpuso frente a la negativa del Sena-

(32) «Obvio es decir que dada la unanimidad de todos los grupos parlamentarios en el contenido de la comentada proposición de Ley, y dada la naturaleza de la materia, parece poco probable que, en su caso, se interpusiese un recurso de inconstitucionalidad en vía directa por quienes están procesalmente legitimados para ello, por lo que el control de constitucionalidad habría de aguardar al acto singular aplicativo de denegación de un suplicatorio, para que, a través del recurso de amparo, la Sala correspondiente del Tribunal Constitucional aplicara lo previsto en el artículo 55.2 de su Ley Orgánica» («Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles», *REDC*, 12, 1984, pág. 21).

do a que se procediera civilmente contra uno de sus miembros, pidiéndose en él, además de la anulación del Acuerdo parlamentario, la declaración de la inconstitucionalidad de la propia Ley Orgánica 3/1985 aplicada, por privación indebida de una vía procesal lícita y pertinente. La Sala otorgó el amparo en los términos en que había sido solicitado, y remitió al Pleno la cuestión sobre la inconstitucionalidad de un solo inciso de la Ley, aquel en el que se decía que, «iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado» (Sentencia 243/1988). El Pleno confirmó el juicio de la Sala, y lo extendió, por conexión, a todo el artículo único de la Ley (Sentencia 9/1990). Caso ciertamente singular, por cuanto a partir de una simple pretensión hecha por ciudadanos desapareció del mundo del Derecho, con el concurso activo del Tribunal, toda una Ley Orgánica que había sido apoyada además por todos los grupos parlamentarios.

Y en algunos fallos de recursos de inconstitucionalidad aparece igualmente la huella del Tribunal Constitucional. Hay que citar en este apartado la Sentencia 26/1987 sobre la Ley Orgánica 11/1983 de Reforma Universitaria, de la que —más allá de lo que le pidió el Gobierno Vasco— anuló la competencia del Consejo Social para acordar la modificación de la plantilla del profesorado. Esta declaración añadida fue fruto de una complicada operación que arrancó del ejercicio por el Tribunal de una de sus facultades, la del apartado 2 del mismo artículo 39 de la LOTC, que le permite, junto con la prevista en el artículo 84 de la misma, introducir en el debate procesal nuevos motivos de inconstitucionalidad. La Comunidad Autónoma había impugnado, entre otros extremos, la composición del Consejo Social y la competencia de éste para decidir sobre la minoración o el cambio de denominación o categoría de las plazas vacantes de catedráticos o profesores, por entender que su determinación por el Estado invadía la potestad normativa autonómica; y el Tribunal se dirigió a los comparecientes en el proceso para preguntarles si la inconstitucionalidad de esas normas no derivaba más bien de que eran incompatibles con la autonomía universitaria, y si había otras normas en la Ley que, por conexión o consecuencia, pudieran estar incursas en idéntico vicio. Las partes respondieron negativamente. El Tribunal, por el contrario, juzgó inconstitucional la referida función del Consejo Social porque era una función estrictamente académica que no podía ser atribuida a un órgano en el que la representación universitaria era minoritaria; y el mismo juicio aplicó a otra de sus funciones, la relativa a la modificación de la plantilla del profesorado, que, sin haberlo solicitado el órgano recurrente, fue declarada inconstitucional y nula en el fallo. En una línea análoga se movió el Tribunal cuando analizó la competencia en relación con el enjuiciamiento de hechos que puedan ser constitutivos de res-

ponsabilidad contable atribuida a la Sindicatura de Cuentas de Cataluña en la Ley 6/1984 impugnada por el Estado. Una lectura aislada de la norma discutida, en la que, por remisión, quedaban a salvo en teoría las competencias del Tribunal de Cuentas, permitía entenderla como simple recordatorio de las actuaciones meramente instructoras o preparatorias de los procedimientos jurisdiccionales que la Sindicatura pudiera realizar por delegación del Tribunal de Cuentas, al que en todo caso seguiría estando reservado el enjuiciamiento contable en sí mismo considerado. Esta fue la interpretación conforme propuesta por la Comunidad Autónoma. El Tribunal, sin embargo, no quedó convencido. Fue más lejos, y tras considerar otros artículos de la Ley que no habían sido recurridos, concretamente aquellos en los que se preveía, como órgano de la Sindicatura de Cuentas, una Sección de Enjuiciamiento encargada no sólo de la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales, sino también del enjuiciamiento de las responsabilidades contables de quienes tienen a su cargo caudales o efectos públicos, concluyó que el precepto en cuestión era inconstitucional y que, por conexión internormativa, tenía también que declarar inconstitucionales preceptos no impugnados (Sentencia 187/1988, Fundamentos Jurídicos 4 y 5).

Por el contrario, en determinadas ocasiones el Tribunal se ha resistido, por razones de oportunidad, a declarar inconstitucionales normas conectadas en definitiva con otras contrarias a la Constitución. Esto fue cabalmente lo que hizo cuando algunos Jueces de Menores le expresaron masivamente sus dudas sobre la constitucionalidad de la añeja legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948. Tachó de las demandas todas aquellas normas que eran irrelevantes para la resolución de los asuntos en los que surgió la cuestión, normas de las que también afirmó —sin, por lo demás, desplegar esfuerzo argumentativo alguno— que no tenían una conexión estrecha con las normas retenidas como objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas. Por otra parte, la prudencia aconsejaba, a su entender, concentrarse de forma estricta en lo procesalmente necesario para no perturbar en exceso el funcionamiento de la jurisdicción de menores (Sentencia 36/1991, FJ. 4). No obstante, optó por hacer una apelación imperiosa al legislador para que reformara esta materia (FJ. 7) (33). Y esta actitud de autolimitación resalta especialmente cuando a pesar de existir una conexión internormativa clara, el Tribunal decide no tenerla en cuenta, limitándose a proceder sin salirse del camino trazado por las partes. Así actuó en un recurso de inconstitucionalidad sobre una disposi-

(33) Fruto de esta apelación fue la Ley Orgánica 4/1992, que fue a su vez cuestionada por dos Juzgados de Menores (Sentencia 60/1995).

ción de la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical en la que se decía lo siguiente: «El derecho a la actividad sindical no podrá ser ejercido en el interior de los establecimientos militares. A tal efecto, se delimitará reglamentariamente lo que haya de entenderse por establecimientos militares». De ella, el Defensor del Pueblo únicamente impugnó el párrafo segundo y por motivos exclusivamente formales: era inconstitucional que no se precisaran en la propia Ley Orgánica los criterios con arreglo a los cuales un establecimiento se calificaría de militar a efectos del no ejercicio pleno de la libertad sindical; y esta falta de regulación le impedía pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad material del párrafo primero de la disposición. El Tribunal, por su parte, no quiso hurgar en tema tan comprometido. «Aunque es indudable —dijo hábilmente— que entre ambos párrafos existe una estrecha conexión que conduce, tanto al Defensor del Pueblo recurrente como al Abogado del Estado, a referirse a la constitucionalidad del párrafo primero, lo cierto es que, en ningún momento, las partes personadas cuestionan la adecuación de la norma prohibitiva del párrafo primero al derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución, ni el recurrente solicita de este Tribunal declaración sobre su constitucionalidad. Por consiguiente, el objeto del presente recurso viene referido, única y exclusivamente, al párrafo segundo (...) y procede, por tanto, limitar nuestro análisis y pronunciamiento a este párrafo, excluyendo toda consideración sobre la constitucionalidad del primero de ellos, que es aceptada por las partes, aunque lo sea con las dudas expresadas, sin que, en ningún caso, la realidad de esa conexión que existe entre ambos pudiera conducir, por otro lado, al ejercicio de la facultad que a este Tribunal confiere el artículo 39.1 de su Ley Orgánica, puesto que, si bien tal conexión determinaría que la inconstitucionalidad del párrafo primero conllevara necesariamente la del segundo, es obvio que en el caso contrario no se produciría la misma consecuencia, ya que la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo, al menos, por la razón formal que sirve de fundamento al recurso, no guarda relación alguna con la constitucionalidad material del párrafo primero, del cual es simple desarrollo o complemento» (Sentencia 101/1991, FJ. 1).

IV. UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MUY POCO ACTIVO

Hasta aquí la crónica de las vicisitudes por las que han pasado dos instrumentos previstos en la Ley procesal del Tribunal Constitucional: el de las declaraciones de inconstitucionalidad con ocasión de un recurso de amparo, y el de las declaraciones de inconstitucionalidad derivadas de otras por conexión o consecuencia. A partir de ella, es posible trazar con objetividad cuáles

han sido en este ámbito las líneas de conducta de nuestro Tribunal Constitucional.

En la propia forma escogida en este estudio para sistematizar el centenar largo de decisiones seleccionadas, brilla, ante todo, una evidencia: que el Tribunal ha entendido que no sólo a él corresponde servirse de tales instrumentos procesales. Están también a la disposición de los actores y, en general, de las partes o participantes. Pluralidad de iniciativas que ha sido facilitada por el mismo Tribunal, bien pasivamente, no oponiéndose a los que la tomaron, bien activamente, abriendo posibilidades jurídicas que *prima facie* no aparecen en los textos reguladores de su actividad, y que, por ello, son verdaderas construcciones suyas. Como tal hay que calificar sin duda que los particulares puedan acumular a las pretensiones mixtas —declarativas y de condena— características del amparo constitucional (34), una pretensión puramente declarativa de inconstitucionalidad. No parece, pues, correcto que se siga hablando de que en el artículo 55.2 de la LOTC se regula una autocuestión de inconstitucionalidad, si bajo esta expresión se sigue entendiendo que dudar de la constitucionalidad de una disposición legal correctamente aplicada es algo que sólo hace el Tribunal de oficio. Como se ha visto, lo hacen igualmente los particulares: primero, en la vía judicial previa (cuando existe), y si el Juez o el Tribunal no llegan a plantear la cuestión prejudicial, lo vuelven a hacer en la vía de amparo constitucional, concretando esas dudas en una petición que forma parte del objeto procesal del recurso, dudas que tienen que ser despejadas en los fundamentos jurídicos de la Sentencia, y que, de ser compartidas por el Tribunal, obligan a éste en cuanto juez de las libertades a elevar al Tribunal-juez de leyes su juicio —instrumental, según la terminología del Tribunal (35)— sobre la disconformidad de la ley aplicada con la Constitución, para que, en su caso, lo asuma y lo proclame en una declaración explícita de efectos generales. Lo más ajustado a la realidad sería, pues, hablar en general de cuestión de inconstitucionalidad interna —para diferenciarla de la que tiene un origen externo al Tribunal, en el Poder Judicial—, que aparece en el proceso de amparo tanto a ini-

(34) Para Vicente Gimeno Sendra el denominador común de las distintas modalidades que puede revestir la pretensión de amparo constitucional es que todas ellas son pretensiones mixtas declarativas y de condena («Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo», *REDC*, 6, 1982, págs. 48-49).

(35) Sentencia 34/1981, FJ.1, en la que se distingue entre el enjuiciamiento de la ley para fundamentar el otorgamiento del amparo, meramente instrumental en cuanto que se realiza con el alcance estrictamente exigido por el litigio a dirimir, quedando su eficacia circunscrita al caso resuelto, y el posterior enjuiciamiento de la misma ley hecho con plenitud de jurisdicción, y que conduce a un decisión con valor de cosa juzgada y con la eficacia general propia de los procedimientos de inconstitucionalidad.

ciativa de parte como de oficio, reservando para este último supuesto, en el que el Tribunal actúa de forma completamente autónoma, no provocado por las partes, la denominación de autocuestión de inconstitucionalidad.

Esta primera línea de conducta, que viene a permitir a cualquiera que se sienta herido en sus derechos fundamentales por los poderes públicos movilizar al Tribunal hacia una depuración del ordenamiento jurídico, ha sido, sin embargo, contrarrestada por otra en la que aquél bordea y hasta invade lo jurídicamente imposible para no tener que seguir una vía que lo aparta de su estricto papel de garante último de tales derechos. Y es que el Tribunal no se limita a controlar que esas pretensiones y estímulos se produzcan dentro de un contexto procesal en el que se cumplan los requisitos de los amparos ordinarios: invocación y debate previos, lesión efectiva, etc.; o a exigir en este recurso de amparo con vocación de control normativo que no se plantee en abstracto sino cuando la ley cuestionada ya ha sido aplicada y bien aplicada. Además de esto, nos sorprende con nuevos obstáculos: que la norma con fuerza de ley debe ser posterior a la Constitución; y, sobre todo, imputando por sistema a los jueces, y no al legislador, los perjuicios ocasionados al recurrente. Esta actitud de conservación a ultranza de la ley le lleva en ocasiones al extremo de reprochar al Poder Judicial que no haya sido capaz de leer en la ley lo que de ninguna manera está escrito en ella, de hacer decir a la ley lo que ésta no dice. Se sustituye así —como ha observado Rubio Llorente— el enjuiciamiento de la ley por el enjuiciamiento del juez, cuando lo que habría que hacer en el recurso de amparo es establecer un nexo entre la censura implícita al juez que comporta la concesión del amparo con la censura explícita al legislador (36). En idéntico sentido, el ex Presidente del Tribunal Constitucional Rodríguez-Piñero ha dicho que «la justicia constitucional debería atender, más de lo que hoy lo hace, a la norma aplicada y no tanto a la actuación del órgano que la aplica, y que el recurso de amparo no debe perder su sentido de enjuiciamiento constitucional» (37).

(36) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», en *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 149-150 y 164-165.

(37) MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Jurisdicción y Justicia constitucionales», en *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 233. «Con demasiada frecuencia —sigue diciendo— el Tribunal Constitucional no ha cuestionado la constitucionalidad de normas que, como «derecho vivo», es decir, en su común y consolidada interpretación judicial, llevan a un resultado inconstitucional y por ello debería cuestionar su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional debería cambiar de enfoque y centrarse en la crítica de la norma que ha permitido esa interpretación consolidada disconforme con la Constitución, más que en la crítica de esa interpretación consolidada, no estimando el recurso de amparo, sin, al

La misma tendencia aparece también cuando es el propio Tribunal, sin impulso previo alguno, espontáneamente, quien abre el debate sobre la constitucionalidad de la norma legal aplicada. Recuérdense los casos, ya reseñados, en los cuales las que Schreckenberger denomina «coacciones pragmáticas de la situación del caso» (38) conducen al Tribunal a paralizar con subterfugios — incongruencia, falta de iniciativa previa, etc.— una vía argumentativa nueva que él mismo inició; o aquellos en los que fuerza una interpretación constitucional de la ley o, a pesar de otorgar el amparo porque la ley es inconstitucional, no cumple con la obligación que le impone su Ley procesal de elevar automáticamente la cuestión de inconstitucionalidad pretextando que aquélla es anterior a la Constitución.

Consecuencia de tantas limitaciones y trabas es que sólo se hayan llegado a plantear ocho cuestiones de inconstitucionalidad internas, a través de las cuales se ha depurado nuestro ordenamiento jurídico en una medida cuantitativamente insignificante (39). En concreto, el Tribunal constitucional ha actuado como legislador negativo por esta vía respecto de las siguientes normas legales: la preconstitucional que impedía a los funcionarios de la Administración Civil del Estado que, tras una primera jubilación por imposibilidad física, se reincorporaran al servicio activo, «mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación» (Sentencia 34/1981); las normas de la Ley 40/1979, de régimen jurídico del control de cambios, en las que se preveían penas de privación de libertad para los autores de delitos monetarios (Sentencia 160/1986); el preconstitucional sistema de liquidación conjunta del impuesto sobre la renta de la unidad familiar matrimonial (Sentencia 45/1989) (40); y la Ley Orgánica 3/1985, que exigía autori-

mismo tiempo, autoplantearse la cuestión de inconstitucionalidad de esa norma para declararla inconstitucional, o para realizar una sentencia interpretativa, que considere *erga omnes* inconstitucional esa interpretación generalmente aceptada (...) el Tribunal debería partir de los criterios hermenéuticos y de aplicación de la legalidad ordinaria que manejan los Jueces y Tribunales, destacadamente el Tribunal Supremo con su jurisprudencia, trasladando así la censura constitucional, para preservar y restablecer los derechos fundamentales y libertades públicas, de la interpretación y aplicación de la norma por los órganos judiciales a las normas mismas» (págs. 234-235).

(38) WALDEMER SCHRECKENBERGER: *Rhetorische Semiotik* (1978): versión castellana de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *Semiótica del discurso jurídico*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1987, pág. 159.

(39) Las tramitadas bajo los núms. 48/1981, 1.232/1986, 1.837/1988, 194/1989, 91/1990, 1.535/1994 y 198/1994, a las que hay que añadir la planteada por la Sala Primera en la Sentencia 103/1996.

(40) Sobre este tema, JUAN JOSÉ ZORNOZA PÉREZ y FERNANDO DE LA HUCHA CELADOR: «El régimen tributario de las unidades familiares en el IRPF: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1988», *Hacienda Pública Española*, 107 (1987),

zación parlamentaria para la prosecución de los procesos civiles iniciados contra diputados o senadores para la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (Sentencia 9/1990). Depuración, por tanto, mínima, y que, además, en ninguno de estos casos fue promovida directamente por el Tribunal; éste actuó estimulado previamente por las partes: por una pretensión (cuestiones 1.232/1986 y 194/1989) o por una incitación (cuestiones 48/1981 y 1.837/1988) (41).

Y de forma análoga se ha comportado el Tribunal respecto de las declaraciones de inconstitucionalidad por conexión. Si, por una parte, ha examinado todas las peticiones hechas con esta finalidad por los intervinientes en el proceso, por otra, ha interpretado estrictamente los términos del art. 39.1 de la LOTC, evitando así que por esta vía sus fallos estimatorios alcanzaran a normas no relacionadas estrechamente con las que fueron objeto expreso y directo del proceso; e incluso, por razones de oportunidad, ha apartado la vista de normas conectadas en definitiva con otras contrarias a la Constitución (caso de la Sentencia 36/1991 sobre la legislación reguladora de los Tribunales Tutelares de Menores, o de la 101 del mismo año sobre la actividad sindical en los establecimientos militares). Es cierto que también ha habido Sentencias en las que se ha mostrado menos riguroso o cauteloso (por ejemplo, la 27/1985 y la 159/1991). En cualquier caso, puede decirse que tampoco se ha producido aquí una depuración normativa relevante.

En resumen —para decirlo paradójicamente—, el Tribunal ha desplegado una gran actividad para no ser activo.

Esto es lo que ha ocurrido con la posible extensión del ámbito de enjuiciamiento constitucional a preceptos legales conexos, o que lesionan derechos fundamentales o libertades públicas. Prevista en la LOTC como facultad oficial, el Tribunal la ha entendido también como posibilidad para las partes, que

págs. 283-307; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva de la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 61 (1989), págs. 5-17; JUAN J. ZORNOZA: «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el IRPF», *REDC*, 27 (1989), págs. 163-196; MARÍA JESÚS MONTORO CHINER: «Protección de la familia y fiscalidad», *REDC*, 28 (1990), págs. 223-235; RAÚL BOCANEGRA SIERRA: «Sobre el alcance objetivo de las Sentencias del Tribunal Constitucional», *Estudios sobre la Constitución Española*, t. I, Civitas, Madrid, 1991, págs. 509-536.

(41) En las autocuestiones de inconstitucionalidad 91/1990, sobre el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 1.535/1994, sobre la carga procesal de tener que comunicar a los órganos del orden jurisdiccional social la presentación de escritos y documentos realizada excepcionalmente en el Juzgado de Guardia, el Pleno no confirmó el parecer de las Salas (Sentencias 185/1990 y 48/1995, respectivamente), por lo que no hubo depuración alguna.

éstas concretan en una pretensión formal o en un simple impulso. Una y otra —facultad oficial y posibilidad u oportunidad para las partes— han coexistido, habiendo sido más frecuentes las actuaciones de parte que las actuaciones de oficio. En cualquier caso, se trata de actuaciones de alcance bastante previsible, sin grandes sorpresas, en la medida en que de la lectura de la ley procesal del Tribunal, hecha a la luz de la doctrina y la práctica de este último, se pueden extraer con exactitud sus límites. En definitiva, todo transcurre dentro de una banda, que es además bastante estrecha. Este enjuiciamiento suplementario nunca es ajeno al objeto del proceso del que trae causa o en el que se produce. En el caso del recurso de amparo, cuya función no es otra que la protección de determinados derechos fundamentales frente a los poderes públicos, cualquier indagación sobre la corrección constitucional del precepto legal que éstos aplicaron tiene como límite la sola defensa de aquellas de entre las normas constitucionales en las que se tutelan tales derechos que hayan podido ser vulnerados por el legislativo al aprobar ese preciso precepto y no otro cualquiera de la misma ley; límite que rara vez ha sido franqueado por el Tribunal (Sentencias 209/1988 y 18/1994). De forma que de otorgarse el amparo «porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas», la ratificación o la no ratificación de esta *ratio decidendi* aunque tiene lugar en un proceso distinto de control de constitucionalidad, este segundo proceso aparece conectado al primero por su objeto (42). El enjuiciamiento directo del precepto legal adviene cuando éste ya ha sido aplicado con daño para los derechos subjetivos públicos del litigante, condicionado por su enjuiciamiento ya realizado a los efectos de resolver el caso concreto, y en los términos especificados en la resolución por la que se eleva la cuestión de inconstitucionalidad interna al Pleno. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, que en ningún momento ha visto en el art. 55.2 de su Ley Orgánica una cláusula general de jurisdicción constitucional. Resulta, pues, inimaginable que nuestro Tribunal Constitucional en ejercicio de esta facultad procesal pueda ir más allá de la dimensión del litigio, que es justamente lo que sí hace el Consejo Constitucional francés cuando, por ejemplo —ejemplo bien conocido que figura en todas las antologías de sus decisiones—, anuló de oficio el artículo de la ley electoral municipal en el que se establecía que en las listas de candidatos no podía haber más de un 75 por 100 de personas del mismo sexo, por no ser conforme a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789; discriminación positiva en favor de la mujer que había sido aprobada por unanimidad en

(42) Este punto ha sido estudiado por Antoni Roig Batalla en su comentario, citado en la nota 2, del voto particular de Rafael de Mendizábal a la Sentencia 18/1994.

las Cámaras legislativas sin reserva alguna, y que por tanto no era objeto del recurso ni estaba relacionada con él (43). Y en el caso del artículo 39.1 de la LOTC, la ampliación del enjuiciamiento y del fallo se produce dentro del mismo proceso y, por definición, en virtud de una conexión con su objeto principal que no basta con que sea afirmada sino que debe ser adecuadamente argumentada y motivada.

Y un segundo aspecto que merece ser destacado es que en ese ámbito estrecho, y en cualquier caso condicionado por el que es propio de cada proceso constitucional, en el que, como se ha visto, se mueve nuestro Tribunal Constitucional, éste despliega su escasa actividad de oficio dentro de un procedimiento legalmente establecido, lo que confiere a aquélla un carácter rigurosamente jurisdiccional. En concreto, la defensa oficial de la Constitución tiene lugar no sólo al hilo y en conexión con un litigio concreto, sino también con la presencia de todas las partes en un foro abierto por el Tribunal; en una situación procesal, por tanto, informada por el principio de contradicción, en la cual las posibilidades de intervención están equitativamente repartidas. La iniciativa del Tribunal crea al propio tiempo un debate al que deben ser convocados los participantes para que argumenten dando razones en favor o en contra de una determinada decisión. Ello resalta particularmente en el supuesto del artículo 55.2 LOTC cuando a un primer debate dominado por la cuestión de saber si unos concretos derechos públicos subjetivos han sido atropellados por la aplicación de una ley en sí misma inconstitucional, sucede otro, de contenido objetivo, al que tiene acceso el propio legislativo, que goza así de la oportunidad procesal de defender en abstracto la norma cuestionada. Esta forma de proceder, en obligado contacto con las partes, contrasta con la práctica de su homólogo francés (44). El Consejo Constitucional viene actuando, en efecto, con arreglo a usos que él mismo ha ido generando, en lugar de hacerlo en un procedimiento fijado de antemano; usos que, por ejemplo, perpetúan una desigualdad de armas que favorece al Gobierno. Es en definitiva el consejero instructor —anónimo—, que sigue con aplicación los debates parlamentarios, el eco que éstos tienen en los medios de información, la literatura jurídica...

(43) C.C. núm. 82-146 DC 18 noviembre 1982, Rec., pág. 66.

(44) LOUIS FAVOREU y LOÏC PHILIP: *Le Conseil Constitutionnel*, 3.^a edición, Presses Universitaires de France, París, 1985, págs. 88-90; FRANCIS HAMON y CÉLINE WIENER: *Le contrôle de constitutionnalité*, La Documentation française, París, 1987, pág. 11; GEORGES VEDEL: «L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite», *La vie Judiciaire*, 2344 (1991), págs. 1 y 13-14; PIERRE PACTET: *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, 12.^a edición, Masson, París, 1993, págs. 472-473; LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO: «Conversación con Georges Vedel», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 6 (1994), págs. 18-20.

quien decide qué expertos o políticos opinarán sobre la ley y en qué medida han de ser tenidas en cuenta las reacciones espontáneas de los grupos organizados. Se ha ido configurando de este modo, por vía consuetudinaria, un procedimiento inquisitivo, secreto, en el que no está asegurado el principio de contradicción; impulsado a voluntad por el ponente designado, quien, además, puede proponer al Consejo que censure de oficio extremos no contemplados en la demanda. Todo lo cual hace que este órgano de control de la constitucionalidad no aparezca claramente como un tercero respecto del litigio. Falta, pues, jurisdiccionalidad, y de ello son conscientes aquellos autores franceses que, no teniendo reparo alguno en hablar del Consejo Constitucional en términos procesales (45), están a favor de la introducción en el procedimiento de un debate oral contradictorio, y que, desde la perspectiva de una deseable equiparación de su modo de actuar con el de los Tribunales Constitucionales europeos, cuestionan, entre otras cosas, que siga teniendo ese poder singular de censurar de oficio las leyes aprobadas (46).

(45) JACQUES GUASCH alude en su estudio sobre «La mise en cause de la constitutionnalité des lois à travers le recours d'amparo en Espagne» al hecho de que hay constitucionalistas franceses a quienes choca que tanto la doctrina como el propio Tribunal Constitucional utilicen en nuestro país una terminología estrictamente procesal para hablar del recurso de amparo (*Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, VIII-1992, pág. 95, nota 304).

(46) PIERRE BON: «Le Conseil Constitutionnel français et le modèle des Cours Constitutionnelles européennes», *REDC*, 32 (1991), págs. 67-68. Hace años que Maurice Duverger, comentando la decisión del Consejo Constitucional sobre la introducción de la publicidad en la Radiotelevisión francesa, ya dijo que los jueces deben mantenerse estrictamente en el marco de los problemas que les sean planteados (*Le Monde*, núm. 7170, de 1 de febrero de 1968, pág. 7).

