

SEPARACION DE PROCESOS Y TUTELA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(Comentario a la STC 159/1997)

JOAQUIN URIAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA SENTENCIA 1. *El problema que se planteaba.* 2. *La STC 159/1997.*—II. SOBRE LOS RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL: 1. *El principio de separación de los procesos constitucionales.* 2. *El sentido de la cuestión de inconstitucionalidad.* 3. *La tutela de los derechos fundamentales frente a la ley.*—III. OTRAS SOLUCIONES POSIBLES: 1. *Las alternativas de los votos particulares.* 2. *Más allá del caso concreto.*

I. INTRODUCCION. LA SENTENCIA

El 2 de octubre pasado, el Tribunal Constitucional tuvo por fin ocasión de resolver un problema que la doctrina había ya sugerido; el de la incongruencia entre los ámbitos protegidos a través del recurso de amparo y de la cuestión de inconstitucionalidad. Con ocasión de ello, el Tribunal ha tenido que pronunciarse acerca de la relación entre estos dos procesos constitucionales y, de manera más genérica, entre los procedimientos a disposición del ciudadano para la tutela de sus derechos fundamentales y los de control más o menos abstracto de normas. Así que merece la pena analizar esta doctrina, no sólo como comentario de una Sentencia concreta sino a propósito de la posición del ciudadano (y de sus posibilidades) en los procesos constitucionales.

1. *El problema que se planteaba*

La cuestión surge a raíz de que a mediados del período impositivo de 1990 se dicta una ley que impone —con eficacia inmediata— un gravamen complementario para la explotación de juegos de suerte, envite o azar. El aumento

impositivo es especialmente notable para las empresas dedicadas a la explotación de máquinas recreativas. Puesto que parece que la ley suscita problemas de retroactividad, seguridad jurídica y capacidad contributiva, fueron numerosos los afectados que recurrieron las liquidaciones practicadas por el Ministerio de Hacienda, al amparo de dicha ley, a las citadas empresas.

Sucede que los órganos judiciales no tienen por qué tener todas idénticas dudas respecto a la constitucionalidad de las leyes. Así que cuando distintas personas acuden a tribunales diferentes alegando la inconstitucionalidad de la ley en cuestión, algunos plantean una cuestión de inconstitucionalidad y otros no.

El 18 de enero de 1994 presenta un recurso de amparo una empresa de las Islas Baleares frente a la decisión de un tribunal que no había apreciado indicios de inconstitucionalidad y en consecuencia había aplicado la ley a la recurrente. Posteriormente, otros tribunales sí que sienten dudas sobre la constitucionalidad del precepto y plantean hasta cuatro cuestiones de inconstitucionalidad ante el Constitucional. Éste, a petición del Ministerio Fiscal, aplaza la solución del amparo hasta la de la inconstitucionalidad.

Así, se dicta en primer lugar la STC 173/1996, que declara inconstitucional y nulo el precepto legal en cuestión, por vulneración del principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 CE. Ahora, el Tribunal tiene que resolver el recurso de amparo, con el inconveniente de que, en principio, en sede de amparo no puede invocarse la vulneración del artículo 9.3 CE.

2. *La STC 159/1997*

La Sentencia 159/1997, de 2 de octubre, la dicta el Pleno del Tribunal Constitucional, haciendo uso de la facultad de avocación prevista en el artículo 10.k) de la LOTC, a petición de la Sala inicialmente encargada del asunto. El precedente de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad y la trascendencia del problema jurídico parecen causas suficientes, esta vez, para haber implicado a todo el Tribunal en la solución. En cualquier caso, sólo dos magistrados de la Sala inicialmente competente firman votos particulares a la Sentencia.

La decisión adoptada se divide en dos partes, con dos líneas argumentales básicas cada una de ellas. En primer lugar se analizan las alegaciones de la recurrente acerca de la supuesta violación de los artículos 14 y 24 (resulta obligado, en principio, marginar las alegaciones sobre la vulneración de los arts. 9.3 y 31.1) de la Constitución. A continuación, y a la vista de la respuesta negativa sobre la cuestión anterior, se aborda la de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre el recurso de amparo.

Así acotado, el primer tema es de fácil solución: La alegación del principio general de igualdad (art. 14 CE) encubre otra más relacionada con el mandato constitucional de igualdad en el sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE). La igualdad en materia tributaria es un principio constitucional independiente con su propio ámbito de eficacia. Así, en materia tributaria, si no puede utilizarse como parámetro de la constitucionalidad el artículo 31.1 CE, sólo podrá estimarse vulnerado el artículo 14 CE en caso de discriminaciones arbitrarias entre contribuyentes. En definitiva, el Tribunal Constitucional excluye del ámbito protegido por el recurso de amparo el control de las desigualdades de trato basadas en diferenciaciones objetivas establecidas por la Ley tributaria.

La alegada vulneración del artículo 24 CE se fundamentaba en que el órgano judicial ni planteó la cuestión acerca de la constitucionalidad de la ley a aplicar ni abrió siquiera el trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 LOTC. El Tribunal Constitucional responde recurriendo, en primer lugar, a su concepción tradicional de la cuestión de inconstitucionalidad como «prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial». Reitera también, de manera poco oportuna, la doctrina acerca de la licitud de que el juez *a quo* aprecie la constitucionalidad de la norma de forma implícita, sin razonarla. En el caso a resolver, sin embargo, la opinión judicial favorable a la constitucionalidad de la ley sí que se había justificado de manera extensa y explícita.

A continuación examina el Tribunal Constitucional los posibles efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley que indirectamente se impugna a través del recurso de amparo. Esta declaración se ha producido con posterioridad a la interposición del recurso, pero ello no quiere decir que haya resuelto la cuestión discutida en éste. La Sentencia en cuestión insiste reiterativamente en el diferente objeto de los distintos procesos constitucionales: aunque en un recurso como el actual se impugne una ley por inconstitucional no es suficiente que ésta ya haya sido anulada para otorgar el amparo. Como en el amparo nada más se pueden alegar violaciones de ciertos derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional estima que sólo si en la Sentencia de declaración de inconstitucionalidad se halla una vulneración de un derecho protegido por el amparo podrán reiterarse en esta sede lo decidido en aquella.

Sin embargo, el razonamiento del Tribunal Constitucional no se queda aquí; de manera reiterativa, se detiene en exponer tres nuevos argumentos que coinciden en la conclusión a que ya ha llegado. El primero es relativo a la regulación vigente de las relaciones entre recurso de amparo y procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, que demuestra la existencia de un ámbito diferenciado para cada uno de estos procesos. La mejor prueba de ello es la existencia de la «autocuestión de inconstitucionalidad», que impide declara-

ciones sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal en la parte dispositiva de la Sentencia recaída en un recurso de amparo.

El segundo se basa en la doctrina acerca de los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes sobre sentencias firmes —con fuerza de cosa juzgada— dictadas en procesos judiciales ya fenecidos. Estos efectos hay que entender que sólo pueden darse en los supuestos de revisión positiva del artículo 40.1 LOTC, sin que quepan otros en virtud del principio de seguridad jurídica. El último argumento adicional es que la sentencia impugnada no altera el sistema constitucional de fuentes, pues aplicar una ley por considerarla constitucional (pero no lo contrario) entra dentro de las facultades legítimas que otorga el ordenamiento a los jueces.

La decisión constitucional se fundamenta, pues, en que no se que no se han vulnerado los derechos alegados y en la inextensibilidad de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad dictada por otros motivos al caso actual; como se ha visto, esto último se razona con un argumento general y tres razonamientos conexos suplementarios.

II. SOBRE LOS RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL

Entrando en el análisis de la decisión, conviene en primer lugar desmenuzar algunos de los argumentos del Tribunal Constitucional, no sólo al hilo del caso que se comenta, sino también en cuanto doctrina general. Interesa detenerse, básicamente en dos problemas: la relación entre los procesos constitucionales y el sentido de la cuestión de inconstitucionalidad. Como telón de fondo, un tema: la tutela del ciudadano frente a las leyes.

1. *El principio de separación de los procesos constitucionales*

Para el Tribunal Constitucional la relación entre los distintos procesos constitucionales se basa en el principio de estanquidad. Es decir, radical separación. Esta es una idea que se puede rastrear en la propia LOTC y que el Tribunal viene utilizando desde los inicios de su labor jurisprudencial, aunque nunca lo había reconocido de manera tan clara como ahora.

En realidad, se trata de un principio generalizado en la jurisdicción constitucional europea. Su razón de ser excede el mero aspecto formal. Más bien, se debe a la sobrevaloración de los procesos de control de la Ley. Como es sabido, la jurisdicción constitucional nace con otras funciones, como jurisdicción de conflictos territoriales de competencia e inmediatamente asume una serie de

competencias residuales; contenciosos electorales, procesos de responsabilidad del Jefe del Estado, control de partidos políticos. A distintas funciones, distintos procesos; ése es un principio general del derecho procesal. Pero la distinción en razón del objeto solo se hace consistente ante la conciencia de que los Tribunales Constitucionales han de controlar la constitucionalidad de las leyes (1). La especial posición que en Europa ha tenido la norma jurídica «ley» —a partir de la concepción idealista de la representación política y la separación funcional de poderes— se convierte entonces en la razón misma de ser del control concentrado. Y la separación de procesos constitucionales es el mecanismo que hace valer esa importancia de la ley en sede constitucional. La idea básica, pues, es que los procesos en los que se pone en cuestión una ley deben seguir unos trámites específicos y aparecer nítidamente diferenciados del resto de competencias del Tribunal Constitucional (2).

Esa es la razón de la idea. Y es coherente, si se continúa justificando la existencia del Tribunal Constitucional en el privilegio jurisdiccional de la ley. Por tanto, el principio de separación obedece a razones de fondo que impiden cuestionarlo sin cuestionar también el resto del sistema, o sin salirse del terreno de la lógica jurídica. Así lo establece también la LOTC cuando, como dice la Sentencia, recoge «las normas que determinan la jurisdicción de este Tribunal en los distintos procesos constitucionales y perfilan así *su autonomía respectiva*».

Las consecuencias prácticas de este principio no deben escaparse a nadie. La principal es que (especialmente) el procedimiento de amparo y los de control de leyes tienen objetos y efectos distintos. Objetos en sentido procesal, por supuesto: la protección de derechos contra vulneraciones efectivamente producidas en un caso, el control de normas en otro. La limitación del efecto *erga omnes* a los procedimientos de control de leyes, por su parte, obedece a ideas similares. Quizá la Sentencia que comentamos adolece de claridad en cuanto a que es la finalidad misma del recurso de amparo, con todas sus limitaciones, la que impide que esta vía resulte apta para lo que la recurrente, y posiblemente el sentido común, exigían.

(1) Como dice JAVIER PÉREZ ROYO en su *Curso de Derecho Constitucional*, 4.ª ed., Madrid, 1997, pág. 657: «No es la función la que exige el órgano, sino el que exige la función. Por eso el Tribunal Constitucional es un órgano artificial. Pero si existe, el control de normas es su competencia natural.» Más claro aún, el mismo autor, en *Tribunal Constitucional y separación de poderes*, Madrid, 1998, pág. 72, afirma que «controlar los actos del legislador es lo único que pertenece a la esencia de la Justicia constitucional».

(2) La conexión entre el conflicto de competencias y el recurso de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 67 LOTC, obedece a la misma filosofía. La diferencia con el artículo 55.2 LOTC se debe a que de por sí el conflicto de competencias siempre es un control de normas. Véase M. TEROL: *El conflicto positivo de competencias*, Valencia, 1993, págs. 130 y sigs.

De esta forma, no está permitido ni que en un proceso de amparo constitucional se examine la constitucionalidad de una norma ni que en un proceso de control se tengan en cuenta los efectos concretos de la norma sobre la esfera de derechos de un ciudadano particular, a excepción de lo dispuesto en el artículo 40.1 LOTC. En este sentido puede hablarse de «procesos estancos». La cuestión interna de inconstitucionalidad prevista en el artículo 55.2 LOTC no implica un control sobre la ley aplicada, sino todo lo contrario: es producto de que la separación de procesos constitucionales obliga a iniciar un proceso distinto para examinar si una ley se adecua o no a la Constitución (3). Por otro lado, ni el control de las leyes singulares ni el respeto a la interpretación judicial de las leyes permiten que en las cuestiones o recursos de inconstitucionalidad se examinen los efectos de la aplicación de las normas sobre los derechos fundamentales. En cambio, sí es cierto que con las normas legislativas de carácter autoaplicativo (4) hay una cierta confusión en cuanto al acto estatal controlado, pero de nuevo ello no implica confusión alguna de objetos procesales.

En cuanto a los efectos, la diferencia es más clara. Mientras que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene efectos generales que implican la desaparición de ésta del ordenamiento jurídico, la Sentencia de amparo —limitada al asunto concreto— incide sobre actos y decisiones jurídicos, más que sobre el ordenamiento mismo (5). En ningún caso hay que pensar que esta diferenciación de efectos sea también cuantitativa; de hecho, las Sentencias de amparo van a tener efectos jurídicos que le están vedados a las de inconstitucionalidad, como es lo que la STC que comentamos llama «revisar un proceso fenecido mediante Sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada». Ésta fuerza de las Sentencias firmes resiste a las declaraciones de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, pero no a las Sentencias estimatorias de los recursos de amparo dirigidos contra ellas.

En definitiva, la separación de los procesos constitucionales en un principio constitutivo de la Justicia Constitucional española tal y como aparece regulada en la actualidad. Y se trata de un principio con tantas consecuencias pro-

(3) Respecto a esto, hay que remitirse a lo que dijimos en J. URIAS: *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, Madrid, 1996, págs. 132 y sigs.

(4) Entendidas en el sentido que aclara E. GARCÍA DE ENTERRÍA en «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular el caso de la Ley de Costas», en *RAP*, núm. 141, 1996, pág. 136.

(5) Hay que hacer la salvedad del control de reglamentos en sede constitucional. Sobre ello puede verse el libro de F. CAAMAÑO: *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid, 1994; también es interesante la reseña sobre el mismo libro que hace A. CARMONA, en *REDC*, núm. 50, 1997, págs. 267-275.

cesales que pone en evidencia algunas lagunas en la actividad defensora de la Constitución que ejerce el TC. Porque, además de la configuración básica de cada proceso constitucional —que responde a la finalidad que con él se busca—, se introducen diferencias en cuanto al ámbito de la norma constitucional protegido en cada uno. La más importante, sin duda, es la que afecta al recurso de amparo.

El artículo 53.2 CE parece limitar los derechos susceptibles de fundamentar un recurso de amparo a los contenidos en los artículos 14 a 30 CE. Sin embargo, en realidad más que de limitación habría que hablar de fijación de mínimos. La libertad de configuración del legislador de la LOTC permitía a éste ampliar el ámbito de protección del amparo, igual que le permitía seguramente ampliar las normas impugnables. Pero no lo hizo. Así que los ciudadanos españoles sólo pueden instar la tutela del Tribunal Constitucional sobre algunos de sus derechos fundamentales. Algunos autores piensan que, a cambio, disponen de la cuestión de inconstitucionalidad para defenderse jurídicamente contra —al menos— aquellas vulneraciones del resto de sus derechos que tengan un origen legislativo. Eso no es cierto; no lo es de acuerdo con las normas que regulan la cuestión; deberá pues tomarse como un deseo más que como un análisis. Conviene detenerse en esto, pues tal conclusión, derivada inicialmente del principio de separación de los procesos, implica la inexistencia de recursos jurídicos a disposición del ciudadano para defender sus derechos frente al legislador. Apurando la idea, podría plantearse si los derechos fundamentales son lo que se suele decir que son (6).

2. *El sentido de la cuestión de inconstitucionalidad*

La cuestión de inconstitucionalidad se ha caracterizado desde los inicios de nuestra jurisprudencia constitucional como un instrumento tendente a garantizar el sometimiento del legislador a los límites que traza la Constitución (7). Pero en realidad lo que ha destacado siempre de este procedimiento son las fa-

(6) La cuestión es si efectivamente la «marca» de los derechos fundamentales es la vinculación del legislador y la tutela jurisdiccional. Cfr. P. CRUZ VILLALÓN: voz *Derechos Fundamentales*, en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, pág. 2.399.

(7) Cfr. STC 17/1981; véase J. JIMÉNEZ CAMPO: «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», en *Los procesos constitucionales*, Madrid, 1992, págs. 16 y sigs. A partir de ello se deduce una función «objetiva» de la cuestión, que defendería el interés general en al depuración del ordenamiento jurídico. Así, P. PÉREZ TREMP: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, págs. 128 y sigs.

cultades que otorga a los órganos del poder judicial. Como recuerda la Sentencia que comentamos, la cuestión es una prerrogativa exclusiva del juez *a quo*. Así, ante una alegación de inconstitucionalidad, a éste le caben varias posibilidades: considerar que la ley es constitucional sin más, realizar una interpretación correctora de la misma conforme a la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En caso de que considere que la ley se ajusta a la Constitución, puede indicarlo explícitamente, indicando las razones que lo lleven a tal conclusión, o implícitamente, aplicándola sin más. En cuanto a la interpretación conforme, en realidad está siempre contenida en la aplicación de la ley... del mismo modo que la ley a controlar a través de la cuestión ha de ser la norma aplicada e interpretada por el juez.

En realidad estamos ante tres problemas diferentes, por más que aparezcan entre mezclados: el grado de disponibilidad de la cuestión por parte de los jueces, el régimen de las pretensiones de inconstitucionalidad formuladas por las partes en un proceso y la posibilidad de indefensión ante la ley.

Los jueces tienen ciertos límites en la decisión de elevar la cuestión ante el Tribunal Constitucional, pero todos son de carácter negativo; es decir, se trata de supuestos en los que no puede plantearla. Frente a ello, sólo hay un caso en el que resulte obligatorio el planteamiento: cuando, convencido de su inconstitucionalidad, pretenda inaplicar una ley postconstitucional. La razón que justifica el que se les impida elevar la cuestión es siempre similar; que la duda de inconstitucionalidad no esté directamente relacionada con el litigio en curso. Si a eso se le quiere llamar «dimensión subjetiva» de la cuestión de inconstitucionalidad no hay nada que objetar; pero sí interesa destacar que esa dimensión sólo de manera muy indirecta la convierte en un proceso constitucional al servicio de la tutela de los ciudadanos frente a las leyes. Con la configuración descrita, la cuestión está al servicio de los jueces y magistrados. Es la duda de éstos, y no la pretensión que ejercen los ciudadanos, la que justifica la cuestión de inconstitucionalidad, en su configuración actual. Así que éste no es un procedimiento para la tutela frente a leyes.

Con esta perspectiva, el régimen de las alegaciones y pretensiones de los ciudadanos que participan en un proceso judicial en torno a la inconstitucionalidad de una ley aplicable queda bastante prefigurado. Pero interesa destacar cómo. Porque el Tribunal Constitucional español —igual que de manera más forzada ha hecho el italiano (8)— colabora en la puesta al servicio de los órga-

(8) En Italia, el juez debe plantear la cuestión siempre que la solicitud que de ello hagan las partes no resulte «manifiestamente infundada». Sin embargo, el sistema no prevé ninguna solución para el control de la negativa del juez *a quo* a elevar la cuestión. La tendencia del Tribunal Constitucional italiano ha sido siempre la de privilegiar los elementos «objetivos» de la cuestión

nos judiciales de la cuestión, que la LOTC sólo sugiere. Todo el procedimiento de este proceso constitucional se interpreta y configura insistentemente con igual perspectiva y finalidad, evitando la consideración de los intereses subjetivos en la cuestión de inconstitucionalidad.

Esta concepción es la que va a determinar también el tratamiento jurídico de las pretensiones de inconstitucionalidad formuladas por las partes en un proceso. El principio de congruencia exigiría al menos una respuesta razonada del juzgador acerca de las mismas. Sin embargo, la tendencia de la jurisprudencia constitucional ha sido siempre —con una perspectiva escasamente garantista— la de reducir al máximo las exigencias al respecto: se ha llegado al punto de entender que la falta de respuesta a las pretensiones particulares sobre la inconstitucionalidad constituye en sí misma una respuesta negativa tácita. En la Sentencia que motiva el presente comentario el Tribunal Constitucional desperdicia una buena ocasión de introducir matizaciones sobre esta doctrina; sin que fuera aplicable al caso, podría haber sentado el principio de que la decisión de no plantear una cuestión de inconstitucionalidad que ha sido solicitada por las partes debe indicarse explícitamente y de manera razonada en la sentencia que se dicte (9). Al no hacerlo está excluyendo la más mínima virtualidad del derecho a la tutela judicial efectiva cuando se reclama frente al legislador en un procedimiento judicial.

Si, en cambio, hubiera optado —de acuerdo con lo sugerido en el primer voto particular— por aplicar el citado derecho fundamental también frente a la Ley podría haberse conformado con la exigencia de una respuesta razonada (como se hizo a propósito de la institución de la inmunidad parlamentaria) o podría incluso entrar en los razonamientos dados por el juez cuando aparecieran como manifiestamente infundados o incongruentes (10). Todo esto no es

de inconstitucionalidad, y la doctrina ha deducido que la alegación de las partes sólo es una solicitud al juez, que es quien realmente disfruta del poder exclusivo para plantear la cuestión de legitimidad constitucional. Cfr. M. CAPELETTI: *La pregiudizialità nel processo civile*, Milán, 1957, pág. 144; véase también STCI 196/1987 y el comentario que hace G. ZAGREBELSKY en *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale* (actas del seminario celebrado en Roma en el Palazzo della Consulta los días 13 y 14 de noviembre de 1989), Milán, 1990, pág. 134 y sigs.

(9) En este caso el Tribunal se limita a decir que la doctrina «resulta tanto más aplicable al presente supuesto cuando la apreciación de no constitucionalidad, por parte del órgano judicial, de la norma aplicada, ha sido explícita y extensamente razonada en su Sentencia, dada la fundamentación de inconstitucionalidad de la pretensión de la actora.» Resulta difícil decir si esta afirmación incongruente es sólo eso o anuncia además el comienzo de un cambio de postura del Tribunal.

(10) Por otro lado, parece que a esto se refiere la Sentencia que comentamos cuando se detiene en analizar el momento en que se había planteado una cuestión similar por parte de otro juez, para demostrar que no podía conocerlo aún el juzgador implicado en el caso. Véase FJ. 5.B).

más que una idea acerca de lo que podría haber sido la Sentencia. Como no lo es, lo cierto es que las alegaciones y pretensiones de las partes en un proceso judicial acerca de la inconstitucionalidad de las leyes que se les vayan a aplicar no reciben ninguna trascendencia jurídica especial desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

Hay que traer aquí a colación, además, la doctrina que niega la posibilidad de que en ningún caso el no planteamiento de una cuestión instada por las partes pueda servir como fundamento a un recurso de amparo. Actualmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es meridianamente clara al negar la posibilidad de que esta negativa —incluso cuando como en el caso presente demuestre ser infundada— vulnere ninguno de los derechos contenidos en el artículo 24 CE. Ciertamente, la independencia de los órganos judiciales exige que no pueda acogerse en nuestro ordenamiento la existencia de un «derecho al acierto» de los órganos judiciales. No obstante, más allá de lo que se acaba de decir más arriba acerca del principio de congruencia y el derecho a una resolución motivada, la decisión de no elevar la cuestión puede también suponer servir de fundamento para alegar una vulneración del principio de igualdad. Se trataría de la igualdad aplicada al Poder Judicial en su conjunto, de una manera que el TC aún no ha aceptado nunca. Frente a dos recursos idénticos un juez eleva la cuestión de inconstitucionalidad y otro no. Eso, que a muchos ciudadanos puede parecer una desigualdad manifiesta de trato, es en realidad producto tanto de la independencia de los órganos judiciales al decidir de los asuntos que se les planteen, como de la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Pero lo que aquí se quiere señalar es que estimar que esta violación de la igualdad se ha producido —aparte de otras consecuencias— implicaría aceptar que los jueces no son libres a la hora de decidir si tienen o no dudas de constitucionalidad en un caso concreto y, en beneficio de la tutela de los ciudadanos frente a las leyes, quedan obligados por la decisión tomada antes por otros órganos judiciales en supuestos similares. Tales conclusiones tendrían muy difícil cabida en nuestro actual sistema de justicia constitucional.

Así, puede pasarse al tercer problema planteado, que es el de la indefensión frente a las leyes inconstitucionales. Efectivamente, a lo largo de los procedimientos judiciales los ciudadanos están indefensos frente a las leyes. El privilegio jurisdiccional, que es la esencia de lo que en la doctrina se llama «fuerza de ley», no vincula a los órganos judiciales de manera absoluta gracias a que existe la cuestión de inconstitucionalidad. Pero sí que es un obstáculo insalvable para los ciudadanos porque ésta supone un mecanismo de tutela «institucional» o «eventual», que no garantiza un pronunciamiento de fondo —si quiere del juez ordinario— sobre la adecuación o no de la ley a la Constitución. En derecho constitucional español el particular no tiene *derecho* a un pronuncia-

miento judicial acerca de la constitucionalidad de las leyes que se le aplican. La doctrina suele salvar esta afirmación señalando que sí que pueden hacerlo a través del recurso de amparo (11). Sin embargo, el amparo tiene un ámbito de protección limitado (12); la Sentencia que se comenta demuestra que no es cierta la idea de que «siempre nos quedará el amparo».

3. *La tutela de los derechos fundamentales frente a la ley*

Hasta ahora parece claro que en nuestro sistema los ciudadanos no disponen de la cuestión de inconstitucionalidad para la defensa jurídica de sus derechos fundamentales frente a las leyes. Parece que es el momento de preguntarse ya si sería realmente necesaria esta tutela frente al legislador y si existen otros mecanismos o posibilidades para ello.

El caso que estamos viendo, en último término es el de un ciudadano al que se le ha aplicado una ley que el Tribunal Constitucional ha considerado contraria a la Constitución sin que jurídicamente se le permita impedirlo o remediarlo. Es un caso frecuente, en cuanto que —como se ha visto— los efectos de una declaración de inconstitucionalidad nunca afectan a Sentencias firmes ya dictadas en las que se pueda haber aplicado el mismo precepto legal anulado.

¿Es coherente esta situación con nuestro sistema constitucional? La respuesta a esta pregunta dependerá de la concepción que se defiende acerca del sentido del principio democrático en nuestro ordenamiento. Con la perspectiva más clásica, se manifiesta en el principio representativo y la concepción de la ley como expresión de la voluntad popular. Con otra más actual, es el respeto de los derechos fundamentales, en cuanto manifestación de la soberanía de la Constitución, el que guarda la esencia de la democracia. No es tanto un problema de historia o de continentes como de realización cotidiana del artículo 1.2 CE.

Con la segunda de las perspectivas indicadas, el derecho a la tutela judicial efectiva (13) cobra un significado central en la ordenación de las relaciones de-

(11) Cfr. F. RUBIO LLORENTE: *El recurso de amparo constitucional*, en la obra colectiva *La jurisdicción constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994)*, Madrid, 1995, pág. 161.

(12) Con una curiosa interpretación, el Voto Particular que formula el Magistrado Jiménez de Parga entiende que cuando el amparo se concede porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales, no rige la limitación del objeto del amparo establecida en el artículo 41 LOTC.

(13) La doctrina alemana también ha terminado por entender que la tutela judicial incluye el derecho de acceso a los procesos constitucionales que admiten la participación del individuo

mocráticas entre el Estado y el individuo. La tutela frente a la leyes es un mandato incluido, sin lugar a dudas, en el artículo 24 CE. Es cierto que este artículo se centra en la descripción del objeto protegido en perjuicio de los actos frente a los que se ejerce la protección (falta la alusión al poder público del artículo 19.4 LF que tanto juego ha dado en la doctrina alemana) pero ello más que una desventaja es una constatación de su alcance general. El derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos e intereses propios ha sido definido por el TC como «la culminación del sistema de derechos y garantías característico del Estado de Derecho» (14), referido a los recursos contra actos de la administración. Nada justifica que no se extienda al legislador. Si, como se ha visto, ni la cuestión de inconstitucionalidad ni el recurso de amparo sirven de cauce procesal para la realización de este mandato (al menos, para garantizar su realización en todo caso), tal vez sea cuestión de comenzar a pensar en la creación de algún cauce alternativo.

Sin llegar tan lejos, parece que cualquier aproximación racional al carácter constitucional del ordenamiento y al significado de la expresión «derechos fundamentales» exige que los ciudadanos dispongan de medios jurisdiccionales para instar su protección estatal frente a cualquier violación estatal (15).

III. OTRAS SOLUCIONES POSIBLES

1. *Las propuestas de los votos particulares*

Puestos en evidencia los problemas que la Sentencia 159/1997 puede llegar a plantear, se comprende el interés de algunos magistrados en buscar una solución al caso concreto, que cristaliza en los distintos votos particulares formulados.

(en su caso, el previsto en el art. 93.1.4 LF). Así, habría que hablar más bien de derecho a la tutela jurisdiccional. Cfr. W.-R. SCHENKE: *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*, Berlín, 1979, págs. 297 y sigs. A veces el Tribunal Constitucional Federal tiene dudas del alcance de este artículo (así, la Sentencia 45, 297, muy parecida a la que ahora comentamos, en que niega la posibilidad de controlar las decisiones de los jueces ordinarios que no impugnaron una ley), pero se compensa con la práctica unanimidad doctrinal al respecto.

(14) Cfr. STC 294/1994, FJ. 3; muy repetido después en Sentencias posteriores, por ejemplo, SSTC 76/1996 y 89/1996.

(15) Véase G. ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, Madrid, 1995, págs. 150 y sigs. Piénsese también en que a través de los derechos fundamentales, en última instancia lo que los ciudadanos tienen derecho a exigir es, de manera genérica, la primacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

Mayormente, los magistrados discrepantes apuntan hacia la extensibilidad de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del precepto sobre la sentencia del juez ordinario. Los cuatro magistrados firmantes de votos particulares sostienen, de una u otra forma, que el artículo 40 LOTC ha de ser interpretado de manera que en el caso actual permitiera extender los efectos del fallo dado en la cuestión de inconstitucionalidad al del recurso de amparo. Este razonamiento oculta, en verdad, una sensación errónea: la de que el Tribunal Constitucional está aplicando un precepto de rango legal que ha desaparecido del ordenamiento debido a su inconstitucionalidad. El problema real es bien otro; el recurso de amparo sirve para la protección de determinados derechos fundamentales y exclusivamente para eso. En el mismo, el TC no aplica normas legales (con la excepción de aquéllas que integrando el bloque de la constitucionalidad sirvan de parámetro para su enjuiciamiento y de las de carácter procesal contenidas en la propia LOTC) sino la Constitución. La Sentencia de amparo, en este caso, no se «funda en un precepto que ya no existe en el ordenamiento», sino que aclara que éste no vulnera determinados derechos fundamentales recogidos en la Constitución. De esta manera, incluso aunque se entienda que la sentencia impugnada no es firme ya que fue recurrida en amparo, no puede olvidarse que éste no es un procedimiento judicial cualquiera, sino un proceso constitucional muy limitado en cuanto a su objeto.

Esto dicho, sí que resultan interesantes algunas consideraciones en torno a los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad que pueden evitar la injusticia material en casos como el actual. Tal vez es cierto que el tenor radical del artículo 40.1 LOTC podría atenuarse, de manera que tras la anulación de una ley por el Tribunal Constitucional fuera posible la revisión de algunas sentencias dictadas en otros procesos ya fenecidos, además de los penales o sancionadores. De cualquier modo, sin un derecho sustantivo en juego, sería más coherente dejar esta corrección en manos del propio poder judicial, a través de la inclusión de nuevos motivos extraordinarios de revisión.

Si se quiere, esta ampliación de las excepciones del artículo 40.1 LOTC puede limitarse, como en uno de los votos se insinúa, a los supuestos en que «la parte hubiera interesado sin éxito el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con normas que posteriormente hayan sido declaradas inconstitucionales». No obstante, sigue siendo ilógico que se atribuya la competencia para ello al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, a no ser que se quiera limitar la facultad de los jueces para instar libremente la solución sobre las dudas de constitucionalidad que se les planteen.

Todas estas propuestas caen en el casuismo que implica querer resolver exclusivamente un caso concreto planteado, esquivando el problema de fondo. Si es eso lo que se quería, la solución era mucho más fácil: seguir el orden proce-

sal natural y resolver el recurso de amparo antes que la cuestión de inconstitucionalidad. Con ello se salvaría la coherencia aparente de la jurisprudencia constitucional, pero la cuestión de fondo seguiría —y sigue— sin resolver: los ciudadanos carecen de una tutela judicial efectiva frente a la vulneración de algunos de sus derechos fundamentales por el legislador, y, en general, frente a transgresiones del Derecho constitucional.

2. *Más allá del problema concreto*

Como se ha visto, si la Sentencia que comentamos llama la atención es por la confrontación de dos soluciones divergentes e irreconciliables dentro del ordenamiento. Así, si el sentimiento de injusticia en este caso lo provoca la desigualdad de trato a dos situaciones idénticas es porque, gracias al recurso de amparo, el tribunal Constitucional ha tenido que decidir sobre ambas. Y porque la solución dada a la cuestión de inconstitucionalidad fue positiva. Sin embargo, hay casos en que ni siquiera se admite a trámite el amparo (16), otros en que no se interpone y, en definitiva, el problema tampoco es muy distinto cuando el órgano judicial se niega a plantear una cuestión de inconstitucionalidad y no hay otro que tenga simultáneamente la posibilidad de hacerlo. Cualquier solución centrada exclusivamente en el supuesto que dio origen a la STC 159/1997 no sirve más que para resolver una parte del problema.

La realidad es que muchos de los derechos fundamentales de los ciudadanos carecen de tutela jurisdiccional efectiva frente a su vulneración por el legislador. Apurando mucho, esta desprotección de sus derechos (¿hasta qué punto siguen siendo fundamentales?) no es sino la expresión más evidente de una general indefensión del ciudadano frente a las normas con rango de ley. Así enfocado, la solución del problema puede parecer más complicada —porque exige una reforma radical del sistema de jurisdicción constitucional—, pero también es cierto que éste, como se ve, afecta a la esencia misma de los derechos fundamentales.

Desde este punto de vista, por tanto, la única solución convincente iría a través de la introducción de un nuevo sistema residual de recurso, a disposición del ciudadano, para la tutela de todos sus derechos frente a los actos con rango de ley —o la aplicación de éstos— que hubieran afectado de manera ac-

(16) Si se quiere comprobar, puede mirarse el ATC 74/1996. Se trata del mismo supuesto de la Sentencia comentada, con la salvedad de que la argumentación del recurrente se limitaba a la vulneración del artículo 24 CE por no haberse planteado la cuestión, sin referencias a la igualdad.

tual y efectiva a sus derechos fundamentales y no sean impugnables de otro modo. No es éste el lugar para detenerse en todas las posibilidades y dificultades de ésta solución radical, pero de un modo u otro parece imprescindible. De todas formas, y volviendo al mundo real, entre tanto cabrían otras. La más similar a la anterior sería una modificación de la doctrina constitucional acerca de la cuestión de inconstitucionalidad, dándole progresivamente más importancia al impulso de la parte; no sólo en cuanto a la motivación de la decisión de no plantear una cuestión, sino incluso olvidando la idea de que es una prerrogativa exclusiva de los jueces y magistrado para resolver sus dudas (17).

La Sentencia 159/1997 supone, tal vez, un primer paso en la toma de conciencia de la débil posición del ciudadano ante a los efectos perniciosos sobre sus derechos fundamentales que producen las normas con rango de ley. Es de esperar, tan sólo, que este proceso no se quede aquí y se vaya abriendo paso la discusión acerca de la situación jurídica general del ciudadano frente a la ley.

(17) En este sentido, hay que coincidir con la esencia del razonamiento de I. Díez-PICAZO: *El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo*, en el libro del mismo y de A. DE LA OLIVA: *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, 1996, págs. 200 y sigs.

