

## TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL\*

Francisco Javier DÍAZ REVORIO\*\*

SUMARIO: I. *La sentencia en los procedimientos de inconstitucionalidad y sus efectos: planteamiento general.* II. *Ensayos de clasificación.* III. *La reforma de la LOTC y la clasificación y los efectos de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía básica.*

\* Universidad de Castilla-la Mancha.

\*\* Este trabajo se elaboró durante la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español. Tras la redacción del mismo se ha aprobado definitivamente esa ley que, sorpresivamente, hace desaparecer (entre otras) todas las reformas del proyecto que afectaban al artículo 39 de la LOTC, manteniendo íntegramente la redacción anterior de éste.

No obstante, he preferido mantener las reflexiones que aparecen en la segunda parte de este estudio, básicamente por los siguientes motivos: 1) porque el análisis que aquí se realiza contiene un examen y valoración, con cierto alcance general, de ciertos instrumentos y mecanismos interesantes, de cara a su posible utilización en las sentencias constitucionales, y que permitirían evitar otras soluciones que en algún caso podrían resultar menos idóneas; 2) porque todavía es posible que, en posteriores reformas de la ley se recuperen, incluso con alguna posible mejora en la línea sugerida en el texto, las modificaciones que introducía el proyecto (la esperanza es lo último que se pierde); y 3) porque, más allá de la concreta coyuntura de la legislación española, me gustaría que las siguientes páginas sirvieran para seguir abogando, como ya he hecho en algún lugar anteriormente, por la necesidad de incorporar, en todos los sistemas de control de constitucionalidad, fórmulas flexibles que permitan que la declaración de inconstitucionalidad no siempre vaya anudada a una estricta nulidad, ni que los efectos de tal declaración deban siempre producirse de inmediato o incluso hacia el pasado.

## I. LA SENTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS EFECTOS: PLANTEAMIENTO GENERAL

En los sistemas de jurisdicción constitucional basados en el modelo concentrado, el objetivo primordial de los procedimientos de control de constitucionalidad es la depuración del ordenamiento, expulsando del mismo las normas inconstitucionales. Por ello, y con todas las variantes que pueden encontrarse, la idea común en estos sistemas es que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal tiene efectos generales, y provoca la definitiva eliminación del precepto inconstitucional. En el modelo originario austriaco, esta eliminación del precepto inconstitucional no despliega sus efectos hacia el pasado, ya que en definitiva se entiende que la sentencia que declara la inconstitucionalidad produce un efecto de derogación sobre la norma impugnada, pues el tribunal actuaría en este caso como un “legislador negativo”, según la concepción kelseniana del mismo.

Los sistemas de control de constitucionalidad de Europa occidental están, en líneas generales, diseñados de acuerdo con los parámetros de ese modelo kelseniano. Sin embargo, el desarrollo de los mismos ha ido produciendo diversas variantes, separaciones del modelo originario, e incluso aspectos dudosos o problemáticos que ciertos sistemas no han resuelto de forma definitiva. En lo que afecta a la sentencia recaída en el control de constitucionalidad y sus efectos, estas variaciones (y estas cuestiones más o menos abiertas) son principalmente:

- a) El problema de los efectos temporales de la sentencia. Buena parte de los sistemas, separándose en mayor o menor medida del austriaco, han ido incorporando la posibilidad de dotar de ciertos efectos retroactivos a la sentencia de inconstitucionalidad, tendiendo a sustituir el efecto de derogación por el de nulidad, y el carácter constitutivo de la sentencia por el declarativo. Todo ello aun cuando en algunos sistemas no parece clara la definición de esos efectos temporales, y en los que establecen la nulidad, ésta encuentre limitaciones evidentes, por razones de seguridad jurídica.
- b) Por otro lado, los mismos efectos de las sentencias estimatorias se ven exceptuados, matizados, o corregidos en ocasiones por algunos tribunales constitucionales, de tal modo que no siempre se produce la nulidad o la derogación, sino que se han ido incorporando otras posibles consecuencias para la declaración de inconstitucionalidad, e

incluso la posibilidad de no establecer consecuencia jurídica alguna sobre la vigencia del precepto, a pesar de declarar su inconstitucionalidad. En esta línea puede encontrarse la llamada “inconstitucionalidad sin nulidad” y sus diversas variantes.

- c) La cuestión de los efectos de la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad. En principio, en el modelo concentrado este problema no era excesivamente relevante, pues este tipo de decisión no supone alteración alguna en la vigencia y aplicación de la ley, dado que la “confirmación” de su constitucionalidad no supone cambio alguno en su “status”. Sin embargo, y dado que estas sentencias suelen incorporar una interpretación tanto de la ley como de la propia Constitución, se plantea la cuestión de cuáles son los efectos de esas interpretaciones realizadas por el tribunal constitucional, y que constituyen el fundamento de la desestimación de la demanda de inconstitucionalidad y, en su caso, de la declaración, expresa o implícita, de constitucionalidad de la ley. Para resolver esta cuestión, algunos sistemas han tendido a dotar de ciertos efectos vinculantes a las sentencias desestimatorias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad (o incluso, a todas las sentencias del tribunal constitucional), imponiendo a los tribunales ordinarios el seguimiento de la interpretación establecida por el tribunal constitucional, e incorporando así consecuencias que en principio serían más propias del principio “*stare decisis*” en que se basa el modelo norteamericano.
- d) La propia dicotomía entre estimación-desestimación (inconstitucionalidad-constitucionalidad), como fallos propios de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad, se ve ampliamente superada con la incorporación de una variada tipología de “decisiones intermedias” que en realidad son formas de estimación parcial de la inconstitucionalidad. Entre ellas destacan las llamadas “sentencias interpretativas”, que, sin alterar en modo alguno el texto de la disposición impugnada, alteran su contenido normativo, seleccionando de entre las varias interpretaciones o normas derivadas (alternativa o acumulativamente) de la disposición, aquéllas que resultan constitucionales a juicio del tribunal, y separándolas de las inconstitucionales.

En suma, aun cuando los sistemas europeos siguen, en líneas generales, basados en un supuesto modelo kelseniano “puro”, los mismos han

ido incorporando una gran variedad de soluciones no previstas en tal modelo, para hacer frente a diversos problemas y soluciones que no encontraban cumplida respuesta en el mismo. Sin embargo, muchas de estas soluciones no se han introducido mediante reformas constitucionales o legales, sino que ha sido la propia práctica de los tribunales la que ha incorporado esas nuevas fórmulas, o por lo menos, dicha práctica ha precedido, en la mayor parte de los casos, a la cobertura constitucional y/o legal para estas nuevas medidas, efectos o formulaciones en las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley.

En el caso español parece resultar bastante cierto lo que venimos diciendo. La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) parecen, hasta ahora, bastante respetuosas con un supuesto modelo “clásico” de control concentrado, en lo que atañe a la regulación de los tipos y efectos de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley. Sin embargo, la práctica del tribunal constitucional, movida por la ineludible necesidad de dar respuesta a los más variados supuestos de “irregularidades constitucionales” en la normativa legal, ha tenido que incorporar nuevos modelos de sentencias, y adaptar los efectos legales de las mismas.

Lo que acabamos de apuntar es lo que parece deducirse de un breve examen de la dicción de los preceptos constitucionales y legales. Comenzando por la norma fundamental, conviene recordar que su artículo 161.1 a), tras referirse al recurso de inconstitucionalidad, proclama que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”. Por su parte, el artículo 164.1 dispone la publicación de las sentencias del tribunal constitucional con sus votos particulares, el valor de cosa juzgada de las mismas y su irrecurribilidad, y señala que “las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Y el apartado 2 de este artículo añade: “Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad”.

Ciertamente, quizá de esta regulación constitucional se derivan más dudas que certezas, pero en mi opinión cabe apuntar, tras su examen, las siguientes ideas:

- 1) Que la ley o la parte de la ley declarada inconstitucional pierde la vigencia (artículo 164.2 *a contrario*).

- 2) Que la Constitución no concreta si los efectos de la sentencia estimatoria han de ser los de la nulidad, o los de la derogación. Es cierto que el artículo 161.1 a), al establecer que la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada, parece partir del principio general de que la declaración de inconstitucionalidad implica la nulidad con efectos *ex tunc* (principio del que se exceptúan precisamente esas sentencias que no perderán el valor de cosa juzgada); pero también es verdad que ello no se dispone de manera expresa, e incluso el mencionado artículo 164.2 podría interpretarse en el sentido de que los efectos propios de la sentencia estimatoria son los de la derogación. Por tanto, en mi opinión la ley podría permitir efectos diferentes a los de la nulidad con efectos *ex tunc*, al menos en ciertos supuestos.
- 3) Aunque se han apuntado ciertas dudas sobre el alcance del artículo 164.1 de la Constitución, creo que del mencionado precepto se deduce que los efectos *erga omnes* se predicán de todas las sentencias del tribunal constitucional, excepto las que se limitan a la estimación subjetiva de un derecho. Esto, en línea de principio, conlleva los efectos generales de todas las sentencias, excepto las de amparo.<sup>1</sup> Es cierto que, al referirse genéricamente la Constitución a “todas las que no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho”, resulta inútil la mención expresa de “las que declaren la inconstitucionalidad de una ley”, que obviamente están incluidas entre las que no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho. Pero, a mi juicio, entender que sólo poseen efectos *erga omnes* las sentencias estima-

<sup>1</sup> Parece que hay que rechazar el contrasentido al que nos llevaría una interpretación excesivamente literal, según el cual tendrían efectos generales las sentencias desestimatorias de amparo, dado que no proceden a “la estimación subjetiva de un derecho”. No podemos aquí extendernos en esta cuestión, pero baste apuntar que la expresión “todas las que no se limitan” parece aludir a las que “van más allá” de esa estimación subjetiva. Y, obviamente, la sentencia desestimatoria no “va más allá” de la estimatoria. Quedaría determinar si las sentencias de amparo que “van más allá” de la estimación/desestimación del derecho subjetivo (por ejemplo, las que declaran la inconstitucionalidad de un acto o disposición, incluso de una norma sin rango de ley) gozan de efectos generales. Los mismos no están excluidos, sino que más bien parecen incluidos por el artículo 164.1 CE. De todos modos, como enseguida se verá, la cuestión no tiene tanta trascendencia una vez que la LOPJ ha establecido claramente la vinculación de todos los jueces y tribunales a la interpretación resultante de “las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional en todo tipo de procesos”, lo que, a efectos prácticos, viene a aproximar los efectos de todas las sentencias.

torias de la inconstitucionalidad supone, lisa y llanamente, obviar por completo el inciso del artículo que se refiere a “todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho”.

Conviene destacar también algunos preceptos de la LOTC, en su redacción vigente al escribir estas páginas (previa al proyecto de reforma de 2005 que aquí se analiza). El artículo 38.1 señala que “las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Y el artículo 39.1 afirma que “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...”. El artículo 40.1 establece que las sentencias estimatorias no afectarán a los procedimientos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, excepto en el caso de los procedimientos penales o contencioso-administrativos sancionadores en los que la nulidad de la norma implique una reducción de la pena o la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad; y su apartado 2 dispone que la jurisprudencia de los tribunales recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional “habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”. En fin, uno de los preceptos de mayor trascendencia en esta materia se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); en efecto, su artículo 5.1 establece que todos los Jueces y tribunales “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional en todo tipo de procesos”.

En mi opinión, de los preceptos apuntados, en su redacción vigente, se deducen las siguientes consecuencias de interés en el tema que nos ocupa:

- 1) La LOTC confirma que los efectos generales son predicables de todas las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, con independencia de que sean estimatorias o desestimatorias (artículo 38.1).
- 2) Aunque la Constitución no lo exigía, la LOTC ha querido vincular necesariamente la declaración de inconstitucionalidad con la nulidad, de manera que no permite la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad (artículo 39.1, que no admite duda al respecto).

- 3) La LOTC parece partir de la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos hacia el pasado, aunque los matiza imponiendo el respeto a las sentencias con efecto de cosa juzgada, en el sentido y con las excepciones vistas en el artículo 40.1
- 4) Cuando el tribunal declara constitucionales o inconstitucionales determinadas interpretaciones de los preceptos, es decir, normas que derivan de los mismos, esa declaración vincula a los tribunales y jueces ordinarios. Éstos no podrán aplicar las interpretaciones declaradas inconstitucionales, y habrán de seguir las interpretaciones declaradas constitucionales, al menos cuando se desprenda de la sentencia del tribunal constitucional que tal interpretación o interpretaciones son las únicas acordes con la Constitución.

En suma, la Constitución y la legislación aplicable, a pesar de las incógnitas que plantean, parecen establecer un modelo relativamente sencillo en cuanto a los efectos y tipos de sentencias en los procesos de inconstitucionalidad: las sentencias serán estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad, todas ellas tendrán efectos “*erga omnes*” y efectos vinculantes para los jueces y tribunales ordinarios, las sentencias de inconstitucionalidad conllevan la nulidad del precepto impugnado, lo que supone efectos retroactivos con carácter general.

Sin embargo, y como ya antes apuntábamos, tras veinticinco años de jurisprudencia constitucional, la realidad ha puesto de manifiesto la insuficiencia de las categorías normativas, en cuanto a clasificación y efectos de las sentencias, lo que ha obligado al tribunal constitucional a buscar, a veces en contra de la redacción legal, otros modelos de sentencias, que despliegan efectos diferentes a los establecidos en la norma legal. Vamos a verlo con más detalle a través de diversas clasificaciones de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad.

## II. ENSAYOS DE CLASIFICACIÓN

Con la intención de sistematizar los diversos tipos de sentencias en los procesos sobre la constitucionalidad de la ley, esbozaremos varias clasificaciones, de acuerdo con diversos criterios, para tratar de señalar las diferencias entre la regulación legal y la rica práctica y, aun dentro de ésta, entre los enunciados formales de la parte dispositiva de las sentencias, y los efectos materiales de las mismas.

### 1. *Clasificación legal*

Como puede deducirse de los anteriores comentarios, tanto para la Constitución como para la LOTC existen sólo dos tipos básicos de sentencias en los procedimientos de inconstitucionalidad: las desestimatorias y las estimatorias. Para ser más precisos, y en puridad, la Constitución y la LOTC proceden a una regulación general de las sentencias del tribunal constitucional en este tipo de procesos, dentro de la cual singularizan en algunos casos concretos las sentencias estimatorias.

Los llamados “tipos intermedios” no tienen, por tanto, al día de hoy cobertura legal expresa, si bien cabría hacer una distinción. A estos efectos:

- a) Aunque no se contemple expresamente, no está descartada la inconstitucionalidad parcial, y de hecho no parece que la misma encuentre obstáculo legal alguno, pues si cabe declarar la inconstitucionalidad de todo lo impugnado (o incluso de preceptos no impugnados según el artículo 39.1), también cabría declarar la inconstitucionalidad de parte de lo impugnado. Y ello parece aceptable tanto para la inconstitucionalidad parcial del texto (de un inciso, frase, etcétera, del precepto impugnado) como del contenido normativo o de la interpretación de él derivados (caso de las sentencias interpretativas, como se verá).
- b) En cambio, la hipótesis de inconstitucionalidad sin nulidad no sólo no está contemplada expresamente, sino que es manifiestamente contraria a la LOTC, que es clara al vincular inconstitucionalidad y nulidad (artículo 39.1). Por la misma razón parecen excluidas legalmente otras fórmulas que veremos, como por ejemplo el otorgamiento de un plazo al legislador para corregir la inconstitucionalidad, pues implican necesariamente ignorar esa ineludible vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad.

### 2. *Clasificación formal*

Si dejamos a un lado las previsiones legales y nos centramos en el análisis de las sentencias del tribunal constitucional recaídas efectivamente en los procedimientos de inconstitucionalidad, comprobaremos que la tipología de las sentencias crece notoriamente. Y ello porque, como se ha apuntado, el tribunal ha tenido que salirse en reiteradas ocasiones de la rígida bipartición constitucionalidad-inconstitucionalidad (con



necesaria vinculación entre esta última y nulidad), incorporando otro tipo de pronunciamientos a sus fallos. Con todo, el análisis de las sentencias del tribunal permite todavía dos enfoques diferentes:

- a) El basado exclusivamente en lo que afirma la parte dispositiva de las sentencias, es decir, en las declaraciones formales de los fallos.
- b) El que tiene en cuenta la “operación” que materialmente realiza la sentencia constitucional sobre el precepto impugnado, incluyendo tanto su texto como, fundamentalmente, su contenido normativo.

Puede, por tanto, distinguirse utilizarse un criterio “formal” o uno “material” para clasificar las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad. Comenzando por el formal, cabría distinguir:<sup>2</sup>

#### A. *Sentencias desestimatorias*

1. Sentencias de desestimación pura o simple, cuyo fallo se limita a desestimar el recurso o cuestión interpuesto, aunque a veces puede señalar expresamente la constitucionalidad de la ley.
2. Sentencias interpretativas de desestimación, cuyo fallo declara la constitucionalidad del precepto “si se interpreta” o “interpretado” en el sentido que el propio Tribunal señala, normalmente por remisión al fundamento jurídico correspondiente de la sentencia.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Conviene aclarar que, aunque hablaremos de “sentencias” estimatorias, desestimatorias, etcétera, en el caso de que se recurran varios preceptos de la misma o de diferentes leyes, una misma decisión puede contener en su fallo varios apartados o pronunciamientos, que pueden no coincidir entre sí; de esta forma, en el fallo de una sentencia pueden encontrarse simultáneamente *pronunciamientos* de estimación pura, desestimación pura, interpretativos, etcétera. De manera que sería más preciso hablar de “clasificación de pronunciamientos” que de “clasificación de sentencias”, aunque nos referiremos a sentencias porque ello resulta más simple e inmediatamente comprensible.

<sup>3</sup> Han sido muy numerosas las sentencias de nuestro tribunal constitucional que han adoptado esta fórmula. A título de ejemplo, pueden destacarse las SSTC 11/1.981, del 8 de abril (apartados 2, a y e del fallo); 14/1981, del 29 de abril; 37/1981, del 16 de noviembre (apartado 2); 5/1982, del 8 de febrero; 35/1982, del 14 de junio (apartado 2); 72/1983, del 29 de julio (apartado 1, b del fallo); 87/1985, del 16 de julio (apartado 1, b); 178/1985, del 19 de diciembre; 63/1986, de 21 de mayo (apartado 1, a); 88/1986, del 10 de julio (apartado 2); 26/1987, del 27 de febrero (apartado 2); 99/1987, del 11 de junio (apartado 2); 115/1987, del 7 de julio (apartado 1, a); 49/1988, del 22 de marzo (apartado 1, b); 142/1988, del 12 de julio (apartado 1, a); 15/1989, del 26 de enero (apartado 1, d); 86/1989, del 11 de mayo (apartado 2); 76/1990, del 26 de abril (apartados 1, 2, y 3);

### 3. Otros tipos de sentencias desestimatorias.<sup>4</sup>

#### B. *Sentencias estimatorias*

1. Sentencias de estimación total, que son aquéllas que, estimando el recurso, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados.
2. Sentencias de estimación parcial, que comprenden también varios tipos:
  - A) Sentencias de estimación parcial respecto al *texto de la disposición* impugnada, en las que se declara la inconstitucionalidad de una o varias palabras, o de un inciso textual del precepto impugnado.
  - B) Sentencias de estimación parcial respecto a la norma, que declaran la inconstitucionalidad parcial del precepto legal cuestionado, pero dicha inconstitucionalidad no se refleja en una parte, palabra o inciso concreto de su texto, sino que afecta en realidad a parte del contenido normativo derivado del mismo. Todas ellas pueden calificarse como *sentencias interpretativas de estimación*, aunque una vez más hay que hacer una nueva distinción:

141/1990, del 20 de septiembre (apartado 1); 17/1991, del 31 de enero (apartados 1, 2 y 3); 148/1991, del 4 de julio (apartado 2); 44/1992, del 2 de abril (apartado 3); 237/1992, del 15 de diciembre (apartados 2 y 3); 81/1993, del 8 de marzo (apartado 2); 284/1993, del 30 de septiembre (apartado 2); 337/1994, del 23 de diciembre (apartado 2); 185/1995, del 14 de diciembre (apartado 4); 69/1996, del 18 de abril; 76/1996, del 30 de abril; 195/1996, del 28 de noviembre (apartado 1); 212/1996, del 19 de diciembre (apartado 2, a); 103/1997, del 22 de mayo (apartado 2); 133/1997, del 16 de julio (apartados 1, b y 2, b); 14/1998, del 22 del enero (apartado 1); 109/1988, del 21 de mayo (apartado 2); 149/1998, del 2 de julio (apartado 2); 173/1998, del 23 de julio (apartado 2); 116/1999, del 17 de junio (apartado 2, a); 233/1999, del 16 de diciembre (apartados 2 y 3); 242/1999, del 21 de diciembre (apartado 2, b).

<sup>4</sup> Aunque tampoco han tenido una utilización muy destacada por nuestro tribunal constitucional, conviene al menos mencionar que no son desconocidos en derecho comparado otros tipos de fallos que son formalmente desestimatorios, aunque la desestimación no es pura o simple, y tampoco pueden calificarse como sentencias interpretativas: así sucedería con las sentencias que declaran que una ley “no es todavía inconstitucional”, pero puede llegar a serlo si no se modifica la regulación, o en general las “sentencias de apelación”, cuando se declara la constitucionalidad del precepto, al tiempo que se realiza un llamamiento al legislador para que proceda a adecuarlo más o mejor a las exigencias constitucionales. Como es sabido, este tipo de decisiones son relativamente frecuentes en el sistema alemán.

- a) Sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, que señalan la inconstitucionalidad de una entre las varias interpretaciones que *alternativamente* pueden derivar del precepto cuestionado. Este tipo de sentencias adopta un fallo en el que se señala que el precepto impugnado “es inconstitucional, si se interpreta...” o “interpretado...” en un sentido determinado, que el Tribunal puede señalar en el mismo fallo, o por remisión a los fundamentos. Si bien estas decisiones han sido en nuestro sistema mucho menos frecuentes que las sentencias interpretativas de desestimación (y también mucho menos frecuentes que en otros sistemas, como el italiano), sí pueden encontrarse algunos ejemplos.<sup>5</sup>
- b) Sentencias interpretativas de estimación que declaran la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* del texto impugnado. Siguiendo una denominación bastante empleada por la doctrina, especialmente en Italia, podemos denominar a estas decisiones “sentencias manipulativas”. Pero incluso este grupo comprendería tres tipos de decisiones:

— Sentencias reductoras, que son las que señalan que el precepto es inconstitucional “en la parte en que...” o “en cuanto...” prevé o incluye “algo” contrario a la norma fundamental. En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al

<sup>5</sup> En el primer año de su actividad, el tribunal constitucional parecía “dudar” sobre si la forma idónea de un fallo interpretativo debía ser la estimatoria o la desestimatoria. Por ello, en 1.981 pueden encontrarse, junto a sentencias interpretativas desestimatorias, algunas sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, como las SSTC 22/1981, del 2 de julio, o la STC 34/1981, del 10 de noviembre. Incluso puede encontrarse en este año alguna sentencia “mixta”, ya que su fallo señala tanto la interpretación constitucional como la inconstitucional: STC 14/1981, del 29 de abril. Después del primer año, las sentencias interpretativas estimatorias fueron prácticamente abandonadas por nuestro tribunal constitucional, pero todavía puede encontrarse algún ejemplo: STC 105/1988, del 8 de junio. También son formalmente sentencias interpretativas de estimación otras decisiones: SSTC 199/1987, del 16 de diciembre (apartado 3, c) del fallo); 62/1.990, del 30 de marzo (apartado 1), o 118/1996, del 27 de junio (apartado A, 3, en su referencia al artículo 155.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres); pero en realidad, estas sentencias tienen carácter materialmente aditivo (199/1987), sustitutivo (62/1990) o reductor (118/1996).

texto, pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional “por exceso”.<sup>6</sup>

- Sentencias aditivas, que indican que un artículo es inconstitucional “en cuanto no prevé...”, o “no incluye...”, o “excluye...” “algo” que debería incluir para ser completamente conforme a la Constitución. Se trata en este caso se una inconstitucionalidad “por defecto”, pero que tampoco implica la inconstitucionalidad de inciso alguno del texto.<sup>7</sup>
- Sentencias sustitutivas, cuyo fallo afirma que el precepto es inconstitucional “en cuanto prevé...” o señala “algo”, “en lugar de” otra cosa que debería prever para ser constitucional.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Este tipo de decisiones ha sido relativamente frecuente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, desde sus inicios. Por ejemplo, SSTC 4/1981, del 2 de febrero (apartados 2, B, C y D del fallo); 5/1981, del 13 de febrero (apartado 2, B); 54/1983, del 21 de junio; 160/1986, del 16 de diciembre; 116/1987, del 7 de julio (apartado 2); 181/1988, del 13 de octubre (apartado 11); 113/1989, del 22 de junio; 132/1989, del 18 de julio (apartado 2); 149/1991, del 12 de diciembre (apartado 11 del fallo, en algunos incisos); 5/1992, del 16 de enero; 158/1993, del 6 de mayo; 146/1994, del 12 de mayo; 118/1996, del 27 de junio (apartado A), 5); 166/1998, del 15 de julio; 11/1999, del 11 de febrero (apartado 2); 233/1999, del 16 de diciembre (apartado 1).

<sup>7</sup> Aunque en España las sentencias aditivas no constituyen un fenómeno tan frecuente como en el sistema italiano (que es el que ha dado más ejemplos, y del que derivan tanto la denominación como la preocupación doctrinal por este tipo de decisiones), sí es verdad que pueden encontrarse varios ejemplos, la mayoría de los cuales han sido polémicos, o han venido acompañados de votos particulares que no compartían el fallo del tribunal. Pueden mencionarse las siguientes decisiones aditivas: SSTC 29/1986, del 20 de febrero (apartados 1, A, a, b y c del fallo); 116/1987, del 7 de julio (apartado 11); 48/1988, del 22 de marzo (apartados 11, b, y 21, b, sólo en su referencia al f. j. 18); 154/1989, del 5 de octubre (apartado 11); 142/1990, del 20 de septiembre; 222/1992, del 11 de diciembre; 3/1993, del 14 de enero; 134/1996, del 22 de julio; 73/1997, del 11 de abril (apartado 1); 40/1998, del 19 de febrero (apartado 2 del fallo, inciso segundo; esta sentencia contiene una parte aditiva y otra parte en la que, señalando la inconstitucionalidad de una omisión, se afirma que no corresponde al tribunal la determinación concreta de la exigencia constitucional). Aunque no puedan calificarse estrictamente como sentencias aditivas, también pueden mencionarse algunas decisiones en las que el carácter aditivo deriva de la inconstitucionalidad de algún inciso textual: sobre todo, la STC 103/1983, del 22 de noviembre; 104/1983, del 23 de noviembre (que en realidad reitera lo dispuesto en la sentencia anterior), y también la STC 27/1985, del 25 de febrero, muy similar a la anterior STC 76/1982, del 14 de diciembre.

<sup>8</sup> Este tipo de decisiones, que no son en absoluto desconocidas en la jurisprudencia de la corte constitucional italiana, sí son excepcionales en nuestro sistema. Quizá podría

- c) Otros tipos de sentencias estimatorias, y en particular aquellas que declaran la inconstitucionalidad, pero no la nulidad, o las que acompañan a la declaración de inconstitucionalidad del establecimiento de un plazo, o aquellas que declaran que un precepto “no tiene carácter básico”, “no es aplicable” en determinado ámbito territorial, o “no tiene aplicación directa” en el mismo.<sup>9</sup>

citarse la STC 183/1988, de 13 de octubre (apartado 1 del fallo), que declara inconstitucional la referencia contenida en un precepto al “Consejo de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma, debiendo entenderse el mandato legal referido a la Comunidad Autónoma, sin previsión de órgano concreto alguno de la misma”. Sin embargo, y como veremos, sí existen varias sentencias que, a pesar de su carácter formalmente interpretativo de desestimación, operan en realidad una sustitución de parte del contenido normativo de un precepto, por otro contenido que el tribunal señala en su fundamentación.

<sup>9</sup> Al igual que hemos señalado respecto a las sentencias desestimatorias, hay que señalar ahora que también existen otras decisiones parcialmente estimatorias que no pueden encuadrarse sin dificultad en ninguna de las categorías anteriores. En este grupo habría que citar, en primer lugar, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto, pero no vinculan a esta declaración al de nulidad del mismo. Como es sabido, este tipo de decisiones ha sido utilizado en alguna ocasión por nuestro tribunal constitucional, haciéndose cada vez más frecuente, a partir de la primera decisión de este tipo, que fue la STC 45/1989, del 20 de febrero (apartados 1, 2 y 3 del fallo). Pero también habría que incluir en este grupo toda una serie de pronunciamientos “atípicos” que han sido consecuencia del complejo sistema de distribución de competencias existente en nuestro sistema. Ello ha provocado que, en ocasiones el Tribunal haya señalado, en sentencias que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, que un precepto “no es aplicable” en el territorio de una o varias Comunidades Autónomas (por citar sólo algún ejemplo, SSTC 179/1985, del 19 de diciembre, apartado 2; 29/1986, del 20 de febrero, apartado B; 330/1994, del 15 de diciembre, apartados 1 y 2; 118/1996, del 27 de junio, apartado A, 7); o bien, que “es de aplicación supletoria” o “no es de aplicación directa” en una Comunidad (entre otras muchas, SSTC 227/1988, del 29 de noviembre, apartado 1, b y c; 15/1989, del 26 de enero, apartado 11, b; 133/1990, del 19 de julio, apartado 1, o 43/1996, del 14 de marzo, apartado 1; aunque este tipo de pronunciamiento parece que tenderá a disminuir o desaparecer como consecuencia de la última interpretación de la cláusula de supletoriedad llevada a cabo sobre todo por STC 61/1997, del 20 de marzo); o, con mucha frecuencia, que determinado precepto “no es básico” o “no tiene carácter básico” (a título de simple muestra, SSTC 49/1988, del 22 de marzo, apartado 1, C; 132/1989, del 18 de julio, apartado 4; 118/1996, del 27 de junio, apartados A, 2 y 3; 118/1998, del 4 de junio, apartado 1; 233/1999, del 16 de diciembre, apartado 4). Cabe apuntar que algunas de estas decisiones podrían considerarse como un tipo especial de sentencias “reductoras” en el que la reducción no afecta tanto al contenido normativo del precepto en sentido estricto, cuanto a su ámbito territorial de aplicación; ello sucede especialmente con las sentencias que declaran que un precepto “no es aplicable” en una o varias Comunidades Autónomas, en ocasiones como consecuencia de su carácter no básico.

### 3. Clasificación material

La anterior clasificación se basa como se ha dicho en un criterio formal, que tiene en cuenta exclusivamente el modo en que el fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. Pero cabe también una clasificación material, que tenga en cuenta los efectos realmente producidos por el fallo en el *contenido normativo* del precepto cuestionado. Desde esta perspectiva, creo que pueden destacarse algunas ideas:

- En primer lugar, y como criterio material general, puede afirmarse que toda sentencia que no es de desestimación pura, es de estimación parcial, pues todo lo que no sea afirmar la conformidad constitucional del precepto impugnado, implica un reproche al mismo desde la perspectiva de su adecuación a la Constitución, y por tanto supone, al menos en parte (aunque acaso sólo de forma implícita) la afirmación de que dicha adecuación constitucional no se produce, y de que hay, por tanto, una parte del precepto que es inconstitucional.<sup>10</sup>
- En particular, todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias, ya que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es contraria a la Constitución; o bien, en un sentido más amplio, que parte del contenido normativo, derivado conjunta o alternativamente de dicho texto, es inconstitucional. Por ello he afirmado que el fallo de una sentencia interpretativa debería ser *siempre* formalmente de estimación, señalando que el precepto “es inconstitucional si se interpreta...” o “es inconstitucional, salvo que se interprete...” o “es inconstitucional, en la parte en que...” o “en cuanto...”, “en la medida en que...”, etcétera.

<sup>10</sup> Todo ello, dejando de lado lo que pueden considerarse meros comentarios o valoraciones que a veces el tribunal añade a una declaración de constitucionalidad, en tanto no supongan condicionamiento o matización a la misma. Por ejemplo, no dejan de ser sentencias de desestimación las que, declarando plenamente la conformidad constitucional del precepto, realizan un llamamiento al legislador para que lo modifique porque ello es conveniente desde determinada perspectiva, o avisan de que eventualmente, en el futuro, el precepto podría devenir inconstitucional. En todos los demás casos que sí suponen un reproche actual a la constitucionalidad (sentencias interpretativas, inconstitucionalidad sin nulidad, apelación al legislador cuando se señala la inconstitucionalidad, etcétera) hay materialmente inconstitucionalidad parcial.

- Como consecuencia de lo anterior, todas las sentencias que formalmente son interpretativas de desestimación, materialmente son interpretativas de estimación en sentido amplio. Con frecuencia, estas sentencias rechazarán una o varias (o todas menos una) entre las interpretaciones que pueden derivar alternativamente de un texto, es decir, que serán materialmente interpretativas estimatorias en el sentido más estricto. Pero también hay casos relativamente frecuentes de sentencias interpretativas formalmente desestimatorias, que “encubren” en realidad pronunciamientos materialmente reductores,<sup>11</sup> aditivos<sup>12</sup> o sustitutivos.<sup>13</sup> O sentencias formalmente aditivas que contienen en realidad un pronunciamiento materialmente reductor,<sup>14</sup> etcétera.

En consecuencia, tiene utilidad una clasificación *material* de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad, que podría ser la siguiente:

<sup>11</sup> Pueden encontrarse varias decisiones de este tipo, aunque es cierto que en ocasiones resulta difícil precisar si los efectos sobre el contenido normativo son reductores, o simplemente se está eligiendo una entre varias interpretaciones alternativas (en realidad, ambas circunstancias podrían producirse simultáneamente). Por citar algún ejemplo reciente de sentencias materialmente reductoras, a pesar de su carácter formalmente interpretativo desestimatorio: STC 50/1999, del 6 de abril (apartado 2 del fallo), o 233/1999, del 16 de diciembre (apartado 21); también puede destacarse la STC 56/1990, del 29 de marzo, que es materialmente reductora, y al tiempo sustitutiva.

<sup>12</sup> Así sucede, entre otros ejemplos, con la STC 74/1987, del 25 de mayo, o incluso con la STC 233/1999, del 16 de diciembre, en el apartado 3 de su fallo. En cualquier caso, conviene señalar que, en un sentido más amplio, muchas de las sentencias interpretativas desestimatorias tendrían un cierto carácter aditivo, ya que muchas veces la interpretación elegida supone una concreción o especificación que de alguna manera “añade” algo a lo estrictamente señalado por la ley; un buen ejemplo de ello estaría constituido por la STC 76/1996, del 30 de abril. De ahí la dificultad para precisar cuándo una sentencia es materialmente aditiva, ya que en algunos casos lo que se “añade” es un requisito o una “precisión” no previstos en la ley. Aunque hay supuestos en los que claramente puede apreciarse la ampliación del contenido normativo (bien en los supuestos de aplicación, o bien en las consecuencias jurídicas). Uno de estos supuestos “claros” es, a mi juicio, la primera de las sentencias citadas en esta nota.

<sup>13</sup> En mi opinión, ejemplos de este tipo serían las SSTC 10/1982, del 23 de marzo (apartado 1, C del fallo), o 56/1990, del 29 de marzo (apartado 1, b, del fallo, que como ya hemos apuntado es materialmente sustitutivo y reductor en su referencia al f. j. 13, b).

<sup>14</sup> Podrían citarse en este sentido las SSTC 113/1989, del 22 de junio, o 158/1993, del 6 de mayo, cuyo fallo adopta una forma similar al de las sentencias propiamente aditivas, pero que producen un efecto reductor sobre el contenido normativo del precepto cuestionado.

1. Sentencias de desestimación pura, que son las que desestiman el recurso o cuestión, sin rechazar ninguna interpretación de la ley, ni modificar o alterar su contenido normativo.
2. Sentencias materialmente de estimación parcial, que serían todas las demás (ya que, como se ha dicho, y en cierto sentido resulta obvio, *toda sentencia que no es de desestimación total, es de estimación parcial*) y que comprenderían, a su vez:
  - A. Sentencias interpretativas en sentido estricto, que serían aquellas que (con independencia de que su fallo sea *formalmente* estimatorio o desestimatorio) “eligen”, entre las varias interpretaciones de un precepto, aquélla o aquéllas conformes a la Constitución, o “descartan” la o las inconstitucionales.
  - B. Sentencias materialmente manipulativas, grupo comprendido por aquellas decisiones que (de nuevo con independencia de cuál sea *formalmente* el sentido de su fallo) entienden que el contenido normativo derivado *conjuntamente* del precepto es en parte inconstitucional, y al afirmar dicha inconstitucionalidad proceden a reducir, ampliar o sustituir dicho contenido normativo. Dentro de este grupo estarían:
    - a) Sentencias materialmente reductoras.
    - b) Sentencias materialmente aditivas.
    - c) Sentencias materialmente sustitutivas.
  - C. Otras sentencias materialmente estimatorias, grupo que englobaría todos los demás supuestos en los que el tribunal realiza materialmente un reproche a la constitucionalidad del precepto, venga éste o no acompañado de una declaración de nulidad total o parcial.

Interesa destacar que, desde este punto de vista material, incluso es posible encontrar sentencias cuyo fallo es formalmente de desestimación pura, pero cuyos efectos sobre el contenido normativo del precepto son realmente de inconstitucionalidad, bien por su carácter interpretativo, manipulativo o similar. A mi juicio, un buen ejemplo de lo que digo es (entre otros muchos que podrían señalarse) la sentencia 176/1999, del 30 de septiembre, ya que, a pesar de que formalmente esta sentencia procede a desestimar el recurso planteado, en realidad señala cuál debe ser la interpretación del precepto conforme a la Constitución; y esta interpreta-



ción reduce el contenido normativo que parece derivar de la literalidad del precepto, con lo que la decisión podría considerarse incluso como materialmente interpretativa-reductora.

### III. LA REFORMA DE LA LOTC Y LA CLASIFICACIÓN Y LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS RECAÍDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se ha indicado, la experiencia de la jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional (y, en cierta medida, el conocimiento de ciertos tipos de sentencias utilizados en el derecho comparado) ha puesto de relieve la insuficiencia de las categorías previstas en la ley, para dar cobertura a la diversa variedad de medidas que en ocasiones es preciso adoptar para reparar, de la manera menos lesiva y más acorde con la Constitución, diversos supuestos de inconstitucionalidad de las leyes. Buena parte de los tipos de fallos constitucionales que venimos comentando son consecuencia de la necesidad de hacer frente a muy diversas situaciones de inconstitucionalidad parcial, sin declarar la pura y simple inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad de los preceptos impugnados.

Desde luego, la utilización de algunas de estas decisiones, especialmente de la amplia variedad de las que pueden agruparse en la categoría de “sentencias interpretativas” ha planteado no pocas cuestiones respecto a su legitimidad constitucional, pues existe el riesgo de que las mismas supongan invasión de competencias legislativas (dado el carácter “creador” de derecho que las mismas pueden implicar, particularmente en el caso de las sentencias interpretativas, más en concreto las manipulativas) o judiciales (pues, en definitiva, algunos de estos “modelos de decisión” implican la interpretación de la ley, función que en principio corresponde a los juzgados y tribunales ordinarios). Con independencia de que en algunos casos esas críticas podrían superarse teniendo en cuenta la función del control de constitucionalidad y la posición del tribunal constitucional como garante y como intérprete supremo de la Constitución, lo cierto es que en ocasiones se ha reclamado la utilización de otras alternativas ya mencionadas, como la inconstitucionalidad sin nulidad, o la posibilidad de diferir los efectos de la sentencia estimatoria. Pero estas opciones, aparte de plantear la cuestión de en qué medida es lícito demorar o postergar la adopción de consecuencias que derivan directamente de la Constitución (lo que las hace justificables sólo a falta de otra alternativa

más idónea) tienen, hasta ahora, el problema más acuciante de la falta de cobertura legal expresa de muchas de ellas, o incluso, para ser más claros, de la prohibición legal expresa de toda medida que desvincule inconstitucionalidad y nulidad.

Sin embargo, ciertamente este tipo de medidas, si contasen con cobertura legal, resultarían admisibles en ciertas hipótesis, o al menos, podrían ser una opción aceptable por comparación con otras alternativas: no debería descartarse su uso, aunque nunca resultaría positivo el abuso, al tratarse de un instrumento delicado que plantea los problemas antes apuntados. En este sentido, y teniendo en cuenta que en determinadas ocasiones este tipo de medidas puede presentarse como la opción “menos mala” en el sentido de menos alejada de la Constitución y más respetuosa con las competencias y funciones de otros poderes del Estado, la doctrina venía reclamando insistentemente la reforma de la LOTC para contemplar y permitir el uso de estos fallos en las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley. Y en este sentido se había pronunciado claramente el autor de estas líneas.

### *1. Planteamiento: el nuevo artículo 39 y la ruptura del vínculo entre inconstitucionalidad y nulidad*

De manera que, en línea de principio (y sin perjuicio de los detalles que a continuación comentaremos), no cabe sino saludar positivamente este punto del proyecto de reforma de la LOTC,<sup>15</sup> pues la misma contem-

<sup>15</sup> En fase de corrección de pruebas de este trabajo se ha dado a conocer el informe de la Ponencia del Congreso de los diputados sobre este proyecto de ley (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, VIII Legislatura, núm. 60-9, 5 de diciembre de 2006), que, sorprendentemente, hace desaparecer (entre otras) todas las reformas del proyecto que afectaban al artículo 39 de la LOTC, manteniendo íntegramente la redacción anterior de éste. No obstante, he preferido mantener las reflexiones que aparecen en el texto, básicamente por los siguientes motivos: 1) porque el análisis que aquí se realiza contiene un examen y valoración, con cierto alcance general, de ciertos instrumentos y mecanismos interesantes, de cara a su posible utilización en las sentencias constitucionales, y que permitirían evitar otras soluciones que en algún caso podrían resultar menos idóneas; 2) porque todavía es posible que, en las sucesivas fases de la tramitación parlamentaria, se recuperen, incluso con alguna posible mejora en la línea sugerida en el texto, las modificaciones que introducía el proyecto (la esperanza es lo último que se pierde); y 3) porque en caso de que definitivamente la redacción del artículo 39 se mantuviera en los términos hoy vigentes, me gustaría que las siguientes páginas sirvieran para seguir abogando, como ya he hecho en algún lugar anteriormente, por una necesaria reforma de dicho precepto, aunque lamentablemente se perdería ahora una magnífica oportunidad para emprenderla.

pla expresamente tres aspectos de interés, que vienen a flexibilizar notablemente las fórmulas que el Tribunal puede adoptar en la parte dispositiva de las sentencias recaídas en procesos constitucionales. Estas tres novedades son: *a*) la inconstitucionalidad sin nulidad (artículo 39.1); *b*) la nulidad diferida (artículo 39.1); y *c*) la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa (artículo 39.3).

Sin embargo, conviene tener en cuenta que estos tres aspectos no son, en realidad, tres nuevos tipos de medidas o de sentencias que pueda adoptar el tribunal constitucional, sino sólo dos nuevos modelos de pronunciamiento, en realidad muy vinculados entre sí, como son la declaración de mera inconstitucionalidad, y la nulidad diferida (o retraso de los efectos de la sentencia estimatoria de nulidad). Y ello porque el tercer aspecto mencionado (la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa) no representa en realidad un tipo diferente de fallo o sentencia constitucional, sino un caso o supuesto particular que lleva también a no declarar inmediatamente la nulidad.

En puridad, la reforma contiene fundamentalmente una novedad de trascendencia, como es la ruptura del vínculo, antes insoslayable, entre la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad del precepto impugnado. A partir de ahí, caben dos opciones, como son la simple declaración de inconstitucionalidad sin más consecuencias, o el retraso en la aplicación del efecto de nulidad del precepto. Éstas son, en sentido propio, las dos alternativas que introduce el proyecto de ley. Pero éste, con una sistemática discutible, parece querer separar de estas hipótesis las de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, previstas en el artículo 39.3, dando en estos casos un mayor margen al tribunal, para acompañar a tal declaración de cualquier otra medida procedente. Con todo, el artículo 39.3 no está incorporando un nuevo modelo de decisión, sino que está simplemente recogiendo de forma expresa uno de los supuestos en los que procede no declarar la nulidad inmediata del precepto inconstitucional, estableciendo, eventualmente, otras posibles consecuencias de esa declaración.

En todo caso, y reiterando que en realidad hablamos de dos nuevos modelos de decisión y no de tres (y en realidad, de un único elemento novedoso como es la posibilidad de declarar la mera inconstitucionalidad sin nulidad inmediata), procedemos a comentar brevemente los tres supuestos contemplados en el proyecto.

## 2. *La inconstitucionalidad sin nulidad*

Ya se ha indicado que el tribunal constitucional ha recurrido en varias ocasiones a declarar la mera inconstitucionalidad, sin acompañar a ésta de la nulidad, a pesar de la previsión legal expresa en contra. Este modo de decisión procede del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha venido adoptando decisiones de mera incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*), merced a la previsión legal contenida en el párrafo 31.2 de su ley reguladora (BVerfGG), que permite, desde su reforma en 1970, declarar la ley compatible con la Ley Fundamental, incompatible o nula.

Hay diversas hipótesis en las que este tipo de medida parece la mejor solución para hacer frente a ciertos supuestos de inconstitucionalidad:

- a) Casos de inconstitucionalidad por omisiones legislativas relativas, en los que la inconstitucionalidad del precepto legal no se produce por su redacción o contenido, sino por alguna carencia o insuficiencia del mismo, y por ello no procede declarar su nulidad, ni total ni parcial. Tal es el caso de la STC 45/1989, del 20 de febrero, en la que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos que imponían la sujeción conjunta de los miembros de la unidad familiar al impuesto sobre la renta.
- b) Supuestos en los que no se declara la nulidad, porque la misma crearía una laguna legal cuyas consecuencias serían aun más alejadas de la Constitución (por ejemplo, el asunto resuelto en la STC 195/1998, del 10 de octubre, en la que se declara inconstitucional la ley estatal que regulaba la Reserva Natural de las Marismas de Santoña, por invasión competencial, pero no se declara la nulidad ante la ausencia de legislación autonómica específica, lo que hubiera provocado la ausencia total de protección de dicho espacio natural, en caso de declaración de nulidad de la ley impugnada.
- c) Casos en los que se entiende que la declaración de nulidad provocaría una situación más perjudicial que la existente si se dejara la norma en vigor, sobre todo cuando los preceptos impugnados ya agotaron todos sus efectos bastante tiempo atrás. En esa hipótesis nos encontramos cuando se declaran inconstitucionales partidas presupuestarias correspondientes a ejercicios económicos ya cerrados.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Por ejemplo, SSTC 13/1992, del 6 de febrero; 16/1996, del 10 de febrero, y 68/1996, del 18 de abril).

Existiendo, por tanto, hipótesis en las que la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad resulta justificada, o al menos parece la medida menos apartada de la Constitución, hay que valorar positivamente el hecho de que la reforma de la LOTC introduzca expresamente la posibilidad de adoptar esta medida al señalar, en el artículo 39.1, que “la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad”.

### *3. El retraso de los efectos de la sentencia de nulidad*

En ciertas hipótesis de inconstitucionalidad sin nulidad, y particularmente cuando la falta de declaración de nulidad obedece a la finalidad de evitar vacíos legales, resulta necesaria una nueva intervención legislativa acorde con las previsiones constitucionales, que sustituya a los preceptos legales considerados inconstitucionales, y sin embargo mantenidos provisionalmente vigentes. En tales casos puede resultar conveniente no abandonar por completo la sanción de nulidad de la ley, sino tan solo retrasar ese efecto el tiempo suficiente para que el legislador proceda a aprobar una nueva regulación normativa. De ese modo, el tiempo de retraso en la aplicación de la nulidad es, en definitiva, el plazo del que dispone el legislador para la aprobación del nuevo precepto legal.

Esta solución, sin embargo, tropieza con serias dificultades cuando falta una previsión constitucional o legal que permita al tribunal conceder ese plazo al legislador, pues en tal caso dicho plazo carece de cobertura legal, y falta además un criterio constitucional para establecer los límites temporales de dicho plazo. Quizá por ello nuestro tribunal constitucional ha acudido en ocasiones a la idea del “plazo razonable”, o ha concedido un plazo implícito.<sup>17</sup> En otros modelos, como el austríaco, la posibilidad de retrasar los efectos de la anulación de la ley tiene amparo constitucional expreso, pudiendo el tribunal constitucional disponer dicho retraso en los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, hasta un máximo de dieciocho meses.

La previsión constitucional o legal expresa de este retraso da cobertura jurídica a una medida que, en otro caso, resultaría difícilmente justifi-

<sup>17</sup> Así, en la mencionada STC 45/1989 se establecía que la nueva regulación había de producirse antes de proceder a la liquidación y pago del impuesto ya devengado. En otro caso bien distinto, la STC 216/1991, del 14 de noviembre, en un recurso de amparo, entiende que la vulneración del derecho se había producido por el mantenimiento de la desigualdad en el plano legislativo sin haber sido ésta corregida en un “plazo razonable”.

cable, pero que parece especialmente conveniente como fórmula para completar, en ciertos casos, la ausencia de declaración de nulidad, pues este plazo permite conminar al legislador a cumplir con los mandatos constitucionales. A falta de plazo, ciertas hipótesis de “inconstitucionalidad sin nulidad” implicarían la pervivencia en el ordenamiento, de modo indefinido, de preceptos legales cuya inconstitucionalidad ha sido constatada y declarada.

El proyecto de reforma de la LOTC señala, en el nuevo artículo 39.1, que la sentencia podrá “diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso podrá ser superior a tres años”. Por las razones que se han venido apuntando, debe valorarse positivamente la posibilidad de retrasar los efectos de la sentencia de nulidad. Sin embargo, me parece que el plazo que la ley establece como máximo resulta un tanto excesivo, tanto desde la perspectiva del derecho comparado (el plazo máximo existente en Austria es la mitad), como si se tiene en cuenta la necesidad de no demorar, más allá del tiempo estrictamente imprescindible, la exigencia al legislador del cumplimiento de los mandatos constitucionales. Por ello creo que puede afirmarse que prácticamente cualquier modificación legislativa imaginable puede llevarse a cabo (mucho más cuando existen poderosas exigencias constitucionales para hacerlo) en un período bastante inferior a tres años.

#### *4. La inconstitucionalidad por insuficiencia normativa.*

Se trata quizá del aspecto más mejorable de la reforma de la LOTC, al menos en lo que tiene que ver con la tipología y efectos de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley. De mantenerse la redacción del proyecto, la reforma introducirá un apartado 3 en el artículo 39, del siguiente tenor: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el tribunal constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia”.

La redacción y la ubicación de este apartado sugieren, a mi juicio, los siguientes comentarios:

- a) Como ya se ha señalado, el proyecto parece desvincular este supuesto de los de inconstitucionalidad sin nulidad y nulidad diferida, considerándolo diferente cuando, en realidad, la insuficiencia nor-

mativa es, como se ha indicado, uno de los supuestos en los que se declara la inconstitucionalidad sin nulidad inmediata. Desde esta perspectiva, no se entiende muy bien que esta regulación se lleve al apartado 3 del artículo 39, ya que lo más lógico hubiera sido incorporar esta regulación en el mismo artículo 39.1, a continuación de la mención a la inconstitucionalidad sin nulidad y el plazo de la nulidad diferida (o, en su defecto, inmediatamente a continuación de esa previsión, en un apartado 2 del artículo 39).

- b) Fruto de esta desconexión sistemática con las previsiones del artículo 39.1 es que el plazo máximo que cabe conceder al legislador queda sin concretar. Al respecto, cabe la duda de si es aplicable al supuesto el máximo de tres años establecido en el artículo 39.1, o bien el Tribunal Constitucional carece de límite para fijar ese plazo concedido al legislador. Por razones de coherencia sistemática, y por la misma conveniencia de limitar esta facultad del TC, me inclino por pensar que el límite del artículo 39.1 es aplicable al caso, aun cuando como se ha dicho el máximo sigue resultando excesivo en la mayoría de los casos.
- c) La regulación adolece de excesiva ambigüedad a la hora de fijar las consecuencias en caso de que el legislador incumpla el plazo para aprobar la regulación conforme a la Constitución. En principio, cabría pensar que el efecto de ese incumplimiento sería la aplicación del efecto de la nulidad sobre el precepto o preceptos impugnados, pero si sólo pudiera establecerse esta sanción (que a mi juicio sigue resultando posible si el TC la declara transcurrido el plazo concedido) resultaría innecesario por completo el artículo 39,3 del proyecto, pues en tal caso la hipótesis entraría de lleno en las previsiones del artículo 39.1. Y acaso podría pensarse que, en efecto, la formulación del artículo 39.1 del proyecto permitiría incluir sin problemas la hipótesis de insuficiencia normativa, y la nulidad diferida será normalmente solución adecuada para tal hipótesis. Pero dada la redacción del artículo 39.3, hay que pensar que el TC puede establecer otras consecuencias si transcurre el plazo señalado. De ahí la ambigüedad del precepto, pues no resulta claro en qué medidas de reparación directa de la insuficiencia normativa se está pensando.

Quizá la finalidad de este apartado del proyecto sea dar la opción al tribunal de establecer las medidas propias de una sentencia interpretativa,

o incluso aditiva, si el legislador no ha procedido a la nueva regulación. Ciertamente, en principio podría pensarse en la reparación directa, por el tribunal, de esa insuficiencia normativa, pero dado que la facultad concedida en la ley no parece que pueda interpretarse en contra del papel y la función del tribunal constitucional, y en particular no permite a éste sustituir al legislador, hay que entender que dicha reparación directa de la insuficiencia contará con notorios límites. Pues si la medida adoptada por el tribunal constitucional no está dentro de sus funciones constitucionales, e implica intervención en la función legislativa, no puede legitimarle a adoptarla la previsión del artículo 39.1 LOTC. Y si dicha medida de reparación de la insuficiencia normativa está dentro de las funciones constitucionales del TC, pudo haberse adoptado directamente y desde el primer momento, sin necesidad de conceder un previo plazo al legislador. Es decir, si esa sentencia interpretativa o aditiva era constitucionalmente admisible, pudo dictarse desde el primer momento. Y si no lo era, el artículo 39.3 no alcanza a legitimarla.

#### IV. CONCLUSIONES

La reforma de la LOTC, en lo que atañe a la tipología y efectos de la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley, debe valorarse positivamente en líneas generales, pues incorpora nuevos modelos de decisión que permiten matizar los efectos de la inconstitucionalidad. Dichos modelos eran necesarios porque tanto el derecho comparado, como la propia práctica previa del tribunal (producida a veces al margen, y a veces en contra de la LOTC) habían puesto de relieve la necesidad de acudir a esos instrumentos como solución más idónea para hacer frente a ciertas hipótesis de inconstitucionalidad y reparar la misma. En concreto, resultaba imprescindible la ruptura del vínculo, antes insoluble, entre inconstitucionalidad y nulidad, permitiendo la mera inconstitucionalidad y la nulidad diferida, tal y como apunta el nuevo artículo 39.1

Sin embargo, el proyecto incluye algunas previsiones que resultan, a mi juicio, mejorables. En particular, el plazo máximo que cabe dar al legislador para que apruebe una nueva regulación normativa (tres años) parece un tanto excesivo, aunque el tribunal podría corregirlo por la práctica si habitualmente concede un plazo más breve, que será suficiente, las más de las veces, para proceder a aprobar una nueva norma legal.



Por otro lado, también parece cuestionable la regulación de los efectos de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, tanto desde el punto de vista sistemático (parece configurarse como un supuesto diferente y separado de la inconstitucionalidad sin nulidad y la nulidad diferida, cuando en principio serían estas dos soluciones las más acordes con la insuficiencia normativa), como desde la perspectiva de la necesaria limitación del plazo máximo, y concreción de las medidas posibles de adoptar, transcurrido el mismo, por el TC, y sus efectos.

En fin, cabe en último término señalar que la reforma no contempla otro conjunto de posibles tipos de decisiones que cabría adoptar en la sentencia que resuelve un proceso sobre la constitucionalidad de la ley. Tal sería el caso, por ejemplo, de las sentencias interpretativas con toda su variada tipología de pronunciamientos, de las declaraciones de inaplicabilidad territorial, de la declaración de que la ley “no es todavía inconstitucional”, de la “inconstitucionalidad constatada, pero no declarada”, etcétera. Al respecto, podría señalarse sintéticamente lo siguiente:

- a) Las sentencias interpretativas son subtipos de la declaración de inconstitucionalidad parcial, y por tanto sentencias parcialmente estimatorias que, cuando son constitucionalmente legítimas o vienen exigidas en atención a las circunstancias del caso, no requieren de una especial cobertura legal;
- b) Las declaraciones de inaplicabilidad territorial (o de supletoriedad en determinado territorio, falta de carácter básico, etcétera) son especialidades muy vinculadas a peculiaridades de nuestro sistema, en el que el recurso de inconstitucionalidad sirve muchas veces al propósito de resolver conflictos de competencias legislativos. Ciertamente, cabría pensar que en tales casos una previsión legal serviría para legitimar este tipo de decisiones, que en otro caso presentan un marcado carácter atípico. Pero técnicamente las mismas son también formas peculiares de inconstitucionalidad parcial, que por lo demás son cada vez menos utilizadas, tanto por la mayor nivelación competencial entre comunidades, como por la nueva jurisprudencia que vino a “desactivar” el principio de supletoriedad desde 1997:
- c) Las sentencias que declaran que la ley “no es todavía inconstitucional” son medidas más ajenas en nuestro sistema, que implican meras declaraciones de constitucionalidad acompañadas de una advertencia sobre un posible cambio de la legitimidad constitucional de la ley en el futuro.

- d) La “inconstitucionalidad constatada, pero no declarada” es una fórmula igualmente ajena a nuestro sistema, pero que resulta además innecesaria, y mucho más distorsionadora que la inconstitucionalidad sin nulidad.

En suma, debe saludarse positivamente la flexibilización de los pronunciamientos de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley llevada a cabo en el proyecto de reforma de LOTC, aun cuando éste muestra todavía algún detalle mejorable y sigue sin contemplar expresamente algunos tipos de decisiones que, sin embargo, no parecen necesitar de esa previsión legal expresa en los casos en concretos en los que su adopción resulte admisible desde la perspectiva constitucional.

#### V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- ASOCIACION DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARRANCO AVILÉS, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- BLASCO SOTO, M. C., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Bosch, 1995.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982.
- , “Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. I.
- CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CAPPELETTI, M., “Sentenze condizionali della Corte Costituzionale”, *Rivista di Diritto processuale*, t. II, 1957.
- CRISAFULLI, V., “Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1965.

- , “Le sentenze interpretative della Corte Costituzionale”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1967.
- , “Controllo di costituzionalità e interpretazione delle leggi nell’esperienza italiana”, *Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, Viena-Francfurt-Zurich, Europa Verlag, 1968.
- DÍAZ REVORIO, F. J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril de 2001.
- , “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, abril de 2000.
- , *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- ESPÍN TEMPLADO, E., “El modelo español de control de la constitucionalidad de las leyes”, *A l’entorn d’una Constitució*, Conselleria d’Educació, Cultura i Joventut, Govern d’Andorra, 1992.
- *et al.*, *La reforma de la justicia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos- Thomson Aranzadi, 2006.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “Diez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991.
- , *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.
- , *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GAMBINO, S., “La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A., *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, Madrid, Trivium, 1992.
- GUTIÉRREZ ZARZA, M. A., “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1995.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, CGPJ-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- , “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- , “España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- , “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- LÓPEZ GUERRA, L., “El Tribunal Constitucional y el principio «*stare decisis*»”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. II.
- MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 1992.
- MONTESANO, L., “Sulle sentenze di incostituzionalità «interpretative»”, *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, Milán, Giuffrè, 1972.
- PÉREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PIBERNAT DOMENECH, X., “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987.
- , “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1987.
- PIZZORUSSO, A., “Las sentencias «manipulativas» del Tribunal Constitucional italiano”, *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, 181.
- PUNSET BLANCO, R., “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- , “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995.
- RIBAS MAURA, A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

- RODRÍGUEZ PIÑERO *et al.*, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- ROMBOLI, R., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996.
- RUBIO LLORENTE, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988.
- , “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982.
- y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- SANTOS VIJANDE, J. M., *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Granada, Comares, 1995.
- SILVESTRI, G., “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padua, 1985, vol. I.
- ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1988.