

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE CREACION DE DERECHO (*)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

SUMARIO: I. OBJETO Y ÁMBITO DEL ESTUDIO: 1. *Terminología.* 2. *Ambito y método.*—II. LAS TÉCNICAS DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL: 1. *Eficacia «erga omnes» y jurisdicción constitucional.* 2. *El sistema norteamericano:* a) El principio «stare decisis». b) «Judicial review of legislation». c) Inconstitucionalidad por indeterminación o exceso. 3. *El sistema europeo:* a) Concepción de la jurisdicción. b) El modelo austriaco. c) Los sistemas europeos actuales: a') Sentencias interpretativas. b') Sentencias de mera inconstitucionalidad. c') Sentencias manipulativas.—III. LOS MODOS DE CREACION DE DERECHO: 1. *Creación de Derecho mediante anulación:* a) Objeto de la anulación. b) Forma de la declaración. c) Alcance espacial y temporal de la declaración. 2. *Transformación de la estructura ordinamental.*

I. OBJETO Y AMBITO DEL ESTUDIO

Aunque el título utilizado proporciona una descripción adecuada del objeto de este trabajo, parece necesario hacer, para delimitarlo con más exactitud, algunas precisiones sobre el contenido concreto que aquí atribuimos a

(*) El presente trabajo tiene su origen en mi colaboración a la investigación sobre las fuentes del Derecho en la actualidad, patrocinada por la Fundación Europea de la Ciencia y dirigida por el profesor ALESSANDRO PIZZORUSSO. El resultado de esta investigación ha sido recogido en el volumen colectivo *Law in the Making. A Comparative Study* (Springer Verlag, Heidelberg, Viena, Nueva York, 1987).

En el texto allí publicado, que utilicé como base para un breve curso en el Centro de Estudios Constitucionales, he introducido algunas modificaciones destinadas en general a subrayar rasgos propios del sistema español. También he sustituido su parte final, que me parece ahora necesitada de mayor desarrollo, por la que figura bajo el epígrafe III, apartado 2.

las dos expresiones («jurisdicción constitucional» y «creación de Derecho») que el título emplea.

1. Terminología

Jurisdicción constitucional es, en el sentido aquí utilizado, aquella que decide sobre la validez constitucional de las leyes. Es claro que esta acepción, aunque generalizada, es puramente convencional y ni incluye toda la actividad jurisdiccional de los órganos a los que de forma exclusiva o en última instancia está encomendada esta función (1), ni se extiende hasta abarcar la actividad, conceptual y funcionalmente muy próxima, de otros órganos jurisdiccionales, en especial de aquellos a los que en el continente europeo está encomendado el control de legalidad (pero también de constitucionalidad) (2) de la producción normativa del Gobierno. La convención tiene, en consecuen-

(1) Ni la Corte Suprema de los Estados Unidos, que como Tribunal Supremo conoce en última instancia de los recursos contra las decisiones de los Tribunales federales, esté o no en cuestión la validez constitucional de la ley aplicada, ni los Tribunales Constitucionales europeos son exclusivamente órganos de la jurisdicción constitucional. Estos últimos, además de actuar como jueces en los conflictos entre el poder central y los poderes territoriales, se han visto atribuir también competencia para conocer del *impeachment* contra los titulares de determinados órganos del Estado (cfr. Constitución austríaca, art. 142; Constitución alemana Grundgesetz, arts. 61, 98.2 y 93.2; Constitución italiana, arts. 90, 96 y 134) y en otras materias de relevancia política.

(2) La analogía estructural entre el juicio de constitucionalidad de las leyes y el juicio de legalidad de los reglamentos, ya subrayada por Kelsen (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5 [1929], parcialmente reproducido en P. HÄBERLE [ed.], *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt [1976], por la que cito, p. 86), llevó a atribuir ambas competencias al Tribunal Constitucional austríaco (cuya condición de continuador del viejo *Reichsgericht* haría perfectamente natural esta doble función, según me ha señalado P. CRUZ VILLALÓN), en tanto que se mantienen separadas en el resto de los países europeos aquí estudiados. En todos ellos es al menos teóricamente posible que el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa considere inválido un precepto reglamentario por vicio de constitucionalidad, aunque no exista o no sea aparente el de legalidad, que para algunos no es sino una forma de inconstitucionalidad indirecta. De otro lado, es competencia exclusiva de los Tribunales Constitucionales el control de los reglamentos, a los que se imputa una infracción de las normas de delimitación de competencias entre los poderes centrales y los poderes territoriales, que son en muchos casos normas legales, de modo que la competencia para remediar la «inconstitucionalidad indirecta» queda realmente dividida entre los Tribunales contenciosos y los constitucionales. Sobre la necesidad de que los Tribunales contencioso-administrativos procedan a hacer el examen de legalidad antes de acometer el de constitucionalidad véase la STC núm. 86/1985 (fundamento 2.º).

cia, inconvenientes que deben ser subrayados, pues no permite analizar en su totalidad la función creadora de Derecho del juez que apoya su decisión en la norma constitucional, sea cual fuere la naturaleza o el rango de la actuación del poder sobre cuya licitud o validez constitucional debe juzgar, como podría hacerse si se partiese de una categoría más amplia como es, por ejemplo, la de la *constitutional adjudication* que emplea comúnmente la doctrina americana.

Pese a tales inconvenientes, este concepto, convencionalmente limitado y teóricamente aberrante (3) de jurisdicción constitucional, ofrece algunas ventajas que recomiendan su empleo en un trabajo de esta índole. En primer lugar, claro está, la de situar la comparación entre los distintos sistemas en el plano de una función única y definida por su resultado, lo que permite apreciar más fácilmente las similitudes y las diferencias relevantes para la finalidad perseguida; en segundo lugar, la de hacer posible operar con un concepto más simple de «creación de Derecho», reduciendo el campo de estudio exclusivamente a aquella forma de creación que opera en el plano de las normas jurídicas con fuerza de ley (4).

Creación del Derecho, expresión escasamente utilizada en los países latinos, equivale a establecimiento de normas jurídicas, esto es, de preceptos dotados de eficacia *erga omnes* (5). La conexión necesaria que existe entre la ley y el modo de creación judicial del Derecho que aquí estudiamos nos autoriza a prescindir de una elaboración más detallada del concepto de norma jurídica, puesto que, en definitiva, la decisión del juez constitucional opera sobre los elementos integrantes de un Derecho objetivo cuya naturaleza propia no altera en principio, aunque, como luego se verá, la jurisdicción constitucional conduce inevitablemente a acentuar la diferencia entre norma y precepto.

(3) Es obvio que si la distinción entre los diferentes órdenes jurisdiccionales se establece en función de la naturaleza de la norma que fundamenta la pretensión y la decisión, la jurisdicción constitucional no es ejercida sólo en Europa por los Tribunales Constitucionales ni es jurisdicción constitucional toda la actividad que éstos llevan a cabo en ejercicio de sus competencias. Por comodidad de la exposición, una vez acotado el concepto que aquí utilizamos de jurisdicción constitucional, llamamos jurisdicción ordinaria a la desarrollada en todos los demás órdenes.

(4) Sobre la noción «fuerza de ley» véase, por todas, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, en *Commentario al Codice Civile de Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1977, pp. 177 y ss., y *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Roma, 1984, pp. 549 y ss.

(5) Sobre la eficacia *erga omnes* como criterio de la norma, véase PIZZORUSSO, *Fonti...*, cit., pp. 15 y ss. Como después se intenta mostrar, especialmente en lo que respecta a España, la eficacia *erga omnes* opera y puede ser entendida de diversos modos.

2. *Ambito y método*

Esta conexión necesaria entre jurisdicción constitucional y ley, que sitúa al juez como antagonista del legislador, es generalmente abordada desde el punto de vista de lo que CAPPELLETTI ha llamado su *mighty problem* (6), esto es, el problema de su legitimidad y de sus límites. Aunque hoy pueda tenerse por superada la vieja polémica sobre la posibilidad de categorizar como jurisdicción una función en la que no se enjuician hechos, sino normas, y en la que el parámetro del juicio son precisamente preceptos constitucionales, con cuanto esto significa, es notorio que sigue siendo una cuestión abierta la de la compatibilidad entre esta jurisdicción y algunas concepciones de la democracia y es más viva que nunca la discusión sobre cuáles deban ser los límites de este poder «antimayoritario» en relación con los otros poderes «políticos» del Estado. No pretendemos aquí participar en esta pacífica batalla que se libra en muy diversos frentes (los de la teoría de la división del poder y la teoría de la interpretación, sobre todo) y cuyo fragor se manifiesta en una bibliografía cuya abundancia priva de sentido a la cita, incluso selectiva. No es propósito de este trabajo aportar nuevos argumentos en favor de «la rama menos peligrosa» del Estado o en contra de un gobierno de los jueces, de un poder ejercido por gerontes irresponsables, ni añadir ni un solo grano de arena a la teoría de la interpretación constitucional. Nuestro objeto, mucho más modesto, es exponer, desde una perspectiva de Derecho comparado, las técnicas concretas que esta jurisdicción utiliza, sin criticarlas desde puntos de vista extrínsecos, para analizar después cuáles son las consecuencias que el empleo de estas técnicas produce sobre el ordenamiento, esto es, cómo crea Derecho esta jurisdicción. El campo de estudio se reduce al ámbito de los principales sistemas occidentales de jurisdicción constitucional, es decir, a los Estados Unidos de América y a los cinco Estados del Occidente europeo (Austria, República Federal de Alemania, Italia, España y Portugal) que cuentan con lo que podríamos llamar un sistema completo de jurisdicción constitucional (7).

(6) Cfr. CAPPELLETTI, «The 'mighty' Problem of judicial review», en 53 *Souther California Law Review* (1980), pp. 404 y ss.

(7) Dado el objeto de este trabajo, es evidente que carecería de sentido incluir en el campo de estudio el sistema francés de control preventivo de constitucionalidad de las leyes, pues el *Conseil Constitutionnel*, por eficaz que sea su actuación en garantía de la Constitución, no opera sobre el Derecho vigente, sino sobre el que aún no lo es. Más discutible es, sin duda, la exclusión de Suiza y Bélgica, pero ni el Tribunal federal helvético, que es el Tribunal Constitucional europeo de más larga tradición, tiene

II. LAS TECNICAS DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

1. Eficacia «*erga omnes*» y jurisdicción constitucional

La naturaleza propia de las decisiones jurisdiccionales limita su eficacia a quienes han sido partes del proceso. Es cierto que cuando tales decisiones implican un pronunciamiento sobre la invalidez de una norma de carácter general, parece surgir una contradicción entre la limitación propia de la *res judicata* y la eficacia *erga omnes* de la norma enjuiciada. Esta contradicción no se resuelve siempre, sin embargo, mediante una ampliación en la eficacia de la decisión jurisdiccional hasta hacerla coextensa con la que es propia de la norma enjuiciada. Para que esa ampliación se produzca es necesario que el órgano del que la decisión emana vincule con su criterio a los demás Tribunales, bien sea en razón de la posición que dentro de la organización judicial ocupa, bien sea en virtud de un mandato constitucional o legal concreto. De otro lado, como es obvio, la atribución de eficacia *erga omnes* a las de-

competencia para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes federales, de la que ha de partir siempre como de un dato incuestionable según el art. 113.3 de la Constitución, ni la Corte de Arbitraje belga (creada por la reforma constitucional de 29 de julio de 1980, y cuya Ley Orgánica es de 28 de junio de 1983), que extiende su competencia tanto a las leyes como a los decretos comunitarios o regionales con fuerza de ley, puede juzgar de la constitucionalidad de unas y otros por razones que no sean precisamente la de la «infracción de las reglas establecidas por la Constitución o en virtud de ella para determinar las competencias respectivas del Estado, las Comunidades y las regiones». La no inclusión en el estudio del sistema yugoslavo se debe, pura y simplemente, a la radical heterogeneidad de su concepción en relación con los aquí estudiados, pues el intento de reducir a unidad lo diferente, que es inherente a un estudio comparativo de este género, se hace imposible cuando las diferencias son tantas que lo común se sitúa en un nivel de abstracción y generalidad tal que raya en la banalidad.

En los países nórdicos se acepta generalmente que un principio de derecho no escrito otorga a los Tribunales competencia para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes, pero esta competencia postulada ha carecido hasta el presente de trascendencia práctica. Es cierto que la Ley de reforma de la forma de Gobierno de 15 de noviembre de 1979 ha introducido en el capítulo 11 de la Constitución sueca un nuevo artículo 14 que, ya de modo expreso, otorga a los Tribunales la facultad de no aplicar las normas que sean contrarias a la Constitución o a una ley de rango superior. «Cuando se trate de normas aprobadas por el Parlamento o por el Gobierno, sin embargo, la no aplicación sólo será procedente cuando el defecto sea manifiesto», salvedad que reduce prácticamente a la nada el alcance real de esa facultad (cfr. sobre el tema G. HAHN, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 105, cuaderno 3, septiembre de 1980, pp. 408-412).

cisiones jurisdiccionales como un simple efecto reflejo de su contenido invalidante no permite llegar a conclusión alguna sobre cuál sea el alcance real de esa eficacia si no es precisando previamente la naturaleza específica de la norma invalidada y el sentido concreto que ha de atribuirse a un concepto tan genérico como el de la invalidación.

La concepción de la jurisdicción constitucional determina el objeto real de ésta, esa naturaleza específica de la norma que puede ser invalidada y la forma de la invalidación, y con ello, claro está, su capacidad para crear Derecho. El análisis de las técnicas que la jurisdicción constitucional emplea no puede separarse por ello del estudio de la concepción que inspira los sistemas que intentamos comparar. Este estudio, en el que ocupa un lugar destacado la extensa obra de CAPPELLETTI (8), se hace, sin embargo, en general desde una perspectiva más distante, que oculta o no da el suficiente relieve a algunos rasgos que aquí interesa destacar.

2. El sistema norteamericano

a) El principio «*stare decisis*»

La eficacia *erga omnes* de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos no es producto de ningún precepto constitucional, sino consecuencia necesaria de una concepción del Derecho, para lo cual éste no es tanto un sistema cerrado de normas abstractas que sirven para orientar la conducta de los ciudadanos, y que el juez debe integrar e interpretar para dar solución al litigio, como un conjunto abierto de reglas concretas que dan directamente la solución a litigios definidos. La *legal rule* es, en consecuencia, obra del juez al razonar su decisión (9), y por eso la certeza del Derecho, la seguridad jurídica, exigen que éste quede vinculado hacia el futuro por la regla que él mismo creó. No basta, sin embargo, como es obvio, sólo con ello, pues no habría un orden jurídico único, sino tantos como jueces creadores de Derecho, si el principio *stare decisis* actuase únicamente como vincu-

(8) Cfr., sobre todo, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis, 1971 (la edición italiana en Milán, 1978), y *Comparative Constitutional Law*, Indianápolis, 1979, en colaboración con W. COHEN.

(9) Cfr. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporaines*, París, 1968 (hay traducción de P. BRAVO GALA, Madrid, 1968), §§ 320-322, 372 y 393. En realidad, como se ha sostenido, considerar el *case law* como un conjunto o, peor aún, como un sistema de normas es traicionar su esencia. Véase R. DWORKIN, *Taking Rights seriously*, Londres, 1977, p. 38, y N. E. SIMMONDS, *The decline of juridical reason*, Manchester, 1984, especialmente pp. 29-33.

lación de cada juez a sus propios precedentes. Es indispensable, además, que la jurisdicción sea concebida como actuación de un poder único, cuyos distintos portadores se vinculan recíprocamente, de manera que cada juez está obligado a respetar no sólo los precedentes sentados por él, sino también, aunque de modo más laxo, los establecidos por otros Tribunales del mismo grado al resolver casos semejantes (10). Como en una estructura de este género las discordancias resultantes de las diferencias de criterio o simplemente de las deficiencias de información son inevitables, la unidad del sistema requiere, como *conditio sine qua non*, la existencia de una instancia suprema cuyas decisiones han de ser aceptadas como obligatorias por todos los demás Tribunales (11). Ciertamente que también en los países de *civil law* existen Tribunales Supremos cuya interpretación de la ley debe ser seguida por los Tribunales inferiores, pero la sujeción de éstos a aquél es en ellos de género bien distinto. El juez de la Europa continental está sujeto sólo a la ley, que interpreta con libertad; cuando su interpretación se aparta de la establecida por el Tribunal Supremo, su sentencia podrá ser revocada por éste, pero no deja de ser por ello una aplicación del Derecho vigente. La vinculación del juez norteamericano a las decisiones de la Corte Suprema no es, por el contrario, simple consecuencia de la probabilidad de que, resolviendo de otro modo, su sentencia sea revocada, sino exigencia esencial de la función jurisdiccional, pues apartarse de esas decisiones es, lisa y llanamente, apartarse del Derecho vigente.

b) «*Judicial review of legislation*»

Es bien conocida la tensión que existe entre ese entendimiento del Derecho y el predominio, en nuestro tiempo abrumador, del Derecho de creación legal (12). Es, sin embargo, esa concepción la que determina la eficacia *erga omnes* de las sentencias de la Corte Suprema, cuyo fundamento es así enteramente ajeno a la competencia que la Corte Suprema comparte con

(10) Cfr. R. A. POSNER, *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Cambridge, Mass., 1985.

(11) La eficacia vinculante de las sentencias de la Corte Suprema encuentra su razón de ser en esta concepción unitaria o jerárquica de la jurisdicción, no en el principio *stare decisis*, que en sí mismo no incorpora la idea de jerarquía. Cfr. en este sentido el clásico libro de O. P. FIELD, *The Effect of an unconstitutional statute*, Minneapolis, 1935; reimpression, Nueva York, 1971, p. 163, y R. A. POSNER, *op. cit.*, pp. 251-252.

(12) Cfr. R. DAVID, *op. cit.*, § 348, en relación con el sistema británico. Para el sistema norteamericano, G. CALABRESI, *A Common Law for the age of statutes*, Cambridge, Mass., 1982.

todos los Tribunales para controlar la constitucionalidad de la ley. Esta competencia, la gran aportación norteamericana al constitucionalismo universal, se construye en parte sobre la base de ideas recibidas y consagradas implícita o explícitamente por la propia Constitución, pero sólo es posible merced a la destrucción de otras ideas recibidas (la de que la Constitución no es todavía Derecho, que nace sólo de la ley; la de que la separación de poderes no significa otra cosa que la separación personal, pero no la equiparación de los restantes poderes al legislativo, al que realmente están subordinados), que han continuado prevaleciendo en Europa hasta nuestros días. No interesa a nuestro trabajo insistir sobre los pormenores de esta hazaña (13). Lo que hay que destacar es, simplemente, que la introducción de la *judicial review of legislation* no modifica la relación existente entre la Corte Suprema y el resto de los órganos judiciales. Las formas de su jurisdicción, *original* y *appellate*, se mantienen inmutables y no sufren modificación alguna las vías procesales a través de las cuales se ejerce esta última, principal, aunque no exclusivamente, los *writs de certification*, *appeal* y *certiorari* (14). Es cierto que, por exigencias de la realidad, la Corte Suprema raramente se ocupa en nuestros días de casos que no impliquen un juicio sobre la constitucionalidad de la ley, con lo que su función se aproxima a la de los Tribunales Constitucionales europeos (15), pero esta aproximación no implica cambio alguno en la estructura del sistema, que no ha sido creado para asegurar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, sino que ha asumido este control como una consecuencia necesaria de su función propia, la de resolver, mediante aplicación de la regla jurídica concreta, creada *ad hoc* o recibida como precedente, los «casos y litigios» (*cases and controversies*) que se le sometan (16). Hay, sin embargo, un punto importante en el que la estructura del sistema judicial norteamericano ha resultado profundamente alterada por la extensión de su competencia al juicio de constitucionalidad de los actos del

(13) Cfr., por todos, el clásico trabajo de CORWIN, *The Doctrine of judicial Review* (1914), reimpresión en Gloucester, Mass., 1963.

(14) El viejo *writ of error* desaparece en 1928, ocupando su lugar el *writ of appeal*. Existen además, claro está, los *extraordinary writs*, como el *habeas corpus* y el *quo warranto*. Una concisa y clara descripción de estas vías procesales, en H. J. ABRAHAM, *The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process*, 6.ª ed., Boston, 1983, pp. 24 y ss.

(15) Cfr. CAPPELLETTI y COHEN, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

(16) La «necesidad» de la consecuencia sólo se da, claro está, a partir de unos postulados que no son en sí mismos necesarios. Cfr. sobre ello L. A. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, 1978, pp. 22 y ss. Sobre el concepto de «casos y litigios», cfr. B. SCHWARZ, *Constitutional Law. A Textbook*, 2.ª ed., Nueva York, 1979, pp. 22 y ss.

poder y, especialmente, del legislador, pues la «relación inmediata», por así decir, que como consecuencia de esta extensión competencial se establece entre los Tribunales y la Constitución ha debilitado el rigor del principio *stare decisis*, si no para el conjunto de los órganos judiciales, sí para la Corte Suprema. Puesto que ésta crea Derecho no sólo derivando reglas de los principios del Derecho común o mediante la interpretación de los enunciados abstractos de la ley, sino también juzgando sobre la compatibilidad de éstos con los preceptos aún más generales y abstractos de la Constitución, cuyo sentido preciso sólo la propia Corte puede determinar de forma autorizada y, por tanto, vinculante para el legislador, a éste no le es posible remover el obstáculo que para el cambio del Derecho representa una decisión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, la única alternativa es la de aceptar que la Corte misma no está absolutamente obligada por sus propios precedentes (17).

Las sentencias de la Corte Suprema que podemos considerar ejercicio de la jurisdicción constitucional son siempre, claro está, decisión de un recurso contra una previa resolución de los Tribunales federales o estatales, impugnada precisamente por haber aplicado (o no aplicado) una ley que el recurrente considera inconstitucional (o, en el caso de inaplicación, constitucional), bien sea, y esto es lo común, por referencia al caso concreto, bien sea en sus propios términos, *on its face* (18). La sentencia de la Corte concluye así, necesariamente, en una decisión de anulación (*overruling*) o ratificación (*upholding*) (19) del fallo recurrido, acompañada, en el primer caso, de un mandato dirigido al Tribunal inferior para que dicte nueva sentencia de acuerdo con la opinión de la Corte. El núcleo de la sentencia, su contenido normativo, no está, sin embargo, en esta conclusión, que tiene los efectos propios de la *res iudicata*, sino en la opinión que conduce a ella, pues es esta opinión la que establece la regla de Derecho cuyo contenido incluye no sólo el juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en su aplicación al caso o en su enunciado, sino también las razones que funda-

(17) Cfr. FIELD, *op. cit.*, pp. 150-152 y 158 y ss.; POSNER, *op. cit.*, pp. 247 y ss.; CALABRESI, *op. cit.*, especialmente p. 4, nota 12.

(18) Naturalmente, la sentencia de la Corte Suprema ha de pronunciarse sobre la ley *on its face* cuando el litigio que se lleva ante ella tenía su origen en una pretensión de este género, deducida a través de un *request for declaratory judgment*, que es admisible ante los Tribunales federales desde 1934 y anteriormente ya ante los Tribunales de muchos Estados. También es posible, sin embargo, por propia decisión de la Corte, como más adelante se indica.

(19) Excepcionalmente puede acudir a una tercera vía, la de la modificación. También esta posibilidad se abre sobre todo en los recursos contra sentencias puramente declarativas, que no incorporan remedio alguno.

mentan este juicio; es decir, en definitiva, el contenido relevante de la norma constitucional con la que se ha hecho el contraste.

La Corte Suprema, que es intérprete supremo de la Constitución, pero también de la ley, no está obligada a aceptar la interpretación de ésta hecha por la sentencia recurrida cuando dicha sentencia procede de un Tribunal federal (20) y puede, por tanto, anular la sentencia en la que éste ha aplicado la ley de forma constitucionalmente incorrecta, para que dicte nueva sentencia con la «obligación de adoptar aquella interpretación que libre a la ley de defectos constitucionales» («duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity») (21), sin que la fuerza de este mandato y la correlativa eficacia de la norma que en él impone la Corte susciten duda alguna. Cuando, por el contrario, la Corte no juzga posible una interpretación de la ley conforme a la Constitución, declara la invalidez de la regla de Derecho que la sentencia recurrida extrajo de ella y que ya no podrá ser utilizada nunca para resolver litigios que no presenten diferencias relevantes con aquel cuya solución ha sido revocada.

El modo normal de proceder de la jurisdicción constitucional en los Estados Unidos es así el de «gradually cutting away the unconstitutional aspects of a statute by invalidating its improper applications case by case» (22). La declaración de inconstitucionalidad, si cabe hablar así, no afecta al enunciado legal, sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en un caso concreto. La declaración, que, repetimos, no está normalmente en el *decisum*, sino en su fundamentación, tiene efectos *erga omnes*, pero sólo en cuanto se trate de aplicaciones que pueden ser consideradas iguales por la ausencia de elementos diferenciales relevantes (23). Esta limitación de la regla, declarada *void*, hace posible la subsistencia, como Derecho vigente, del enunciado del que se la hizo derivar, que aplicado a casos distintos o interpretado de distinta forma puede ser perfectamente conforme con la

(20) Sí, por el contrario, cuando procede del Tribunal Supremo de un Estado.

(21) Cfr. TRIBE, *op. cit.*, p. 714. La facultad para imponer una interpretación de la ley conforme a la Constitución la menciona ya CORWIN (*op. cit.*, p. 9) como «a well known maxim of Constitutional Law».

(22) TRIBE, *op. cit.*, p. 711.

(23) La afirmación, tan frecuente, de que las sentencias constitucionales norteamericanas sólo tienen eficacia *inter partes*, a diferencia de la eficacia *erga omnes* que caracteriza a las europeas, es una inexactitud originada probablemente por una confusión entre la eficacia del fallo y la de las *rationes decidendi*, así como, quizá, de la que media entre abstracción y generalidad. La norma invalidada por la Corte Suprema, en cuanto referida a un conjunto de circunstancias determinadas por el caso, es menos abstracta que la enunciada por el texto legal, pero no es menor el alcance general de la invalidación.

Constitución. Por eso, frente a quienes afirman que la inconstitucionalidad implica la nulidad *a radice*, casi la inexistencia, de la norma, ha podido sostenerse autorizadamente que la declaración judicial de invalidez no beneficia sino a quien ha sido parte en el proceso, de modo que sería necesario buscar en cada caso la protección judicial para resistir la eficacia del mandato legal (24). En todo caso, es claro que como es el juez, cada juez, quien ha de interpretar la «regla de inconstitucionalidad» establecida por la Corte Suprema, esta regla no le impide aplicar la ley «inconstitucional» cuando entienda que la regla en cuestión no incluye el caso que ha de decidir, del mismo modo que puede estimar inválida e inaplicar, por inconstitucional, una ley que la Corte Suprema no ha considerado contraria a la Constitución cuando, a su juicio, sí lo sea en relación con el caso a resolver. La interpretación judicial de las reglas establecidas por la Corte Suprema (25) (amén de la posibilidad que el mismo sistema implica de que ésta revoque sus anteriores pronunciamientos de inconstitucionalidad) (26), hacen de la frontera entre la ley constitucional y la que no lo es una frontera dinámica, continuamente sujeta a matizaciones y cuya racionalidad hace difícil recurrir a categorías que como la de invalidez, nulidad, ineficacia, etc., sólo tienen sentido pleno cuando se predicán de enunciados normativos abstractos.

c) *Inconstitucionalidad por indeterminación o exceso*

Es claro que, en muchos casos, la regla de inconstitucionalidad establecida por la Corte Suprema hace difícil imaginar en qué supuestos sería válida la ley considerada inconstitucional en su aplicación concreta y que, por

(24) Cfr. TRIBE, *op. cit.*, pp. 24-25. Es curiosa y expresiva la vehemente toma de posición de KELSEN en contra de la primera de estas tesis, que critica desde su propia construcción teórica. Cfr. KELSEN, «Judicial Review of Legislation. A comparative Study of the Austrian and the American Constitution», en *Journal of Politics*, mayo de 1942, pp. 183 y 200, recogido en el volumen *La Giustizia costituzionale*, Milán, 1981. En esta edición italiana, preparada por G. CERACI, el tema está tratado en pp. 301-305.

(25) Esto es, de la *ratio decidendi*, que ABRAHAM (*op. cit.*, p. 44) define como «the legal rule to be complied with and adhered to in perpetuity, unless altered or abolished by judicial, legislative, or amendment processes». El *obiter dictum* es, por el contrario, «a gratuitous statement, one that expresses a belief, a warning, an exhortation, a viewpoint or simply a sentiment not essential to the holding in the case, but somehow, however vaguely, related thereof». Sobre la interpretación judicial de las sentencias de la Corte Suprema, cfr. POSNER, *op. cit.*, pp. 249 y ss.

(26) Entre marzo de 1937 y junio de 1943, la Corte Suprema revocó catorce sentencias de inconstitucionalidad anteriormente pronunciadas por ella. Cfr. E. S. CORWIN, *The Constitution and what it means today*, ed. revisada por H. H. CHASE y C. R. DUCAT, Princeton, 1953, pp. 177-178.

tanto, la decisión judicial equivale prácticamente a la anulación, pero es igualmente claro que la naturaleza del sistema no se ve alterada por esta consecuencia puramente práctica. Mientras que el recurrente se limite a pedir un remedio, cuya concesión exige entender que, para su caso concreto, la norma legal resulta contraria a la Constitución, y la Corte no haga otra cosa que definir a partir de esa petición, aunque sea en términos muy amplios, el supuesto de hecho al que la ley no puede ser aplicada, todo se mueve en el marco conceptual de la solución judicial de casos y litigios. Bien distinta es la situación cuando, a petición del recurrente, la Corte declara que la norma legal es inconstitucional en sus propios términos, pues el objeto del juicio no es ya una regla de Derecho que el juez *a quo* a derivado del enunciado legal, sino el enunciado mismo, la ley *on its face*. Este género de declaraciones, a las que la Corte recurre cuando entiende que por su vaguedad o por su excesiva amplitud (*overbreadth*) la ley es contraria a la Constitución porque, aunque pudiera ser conforme a ella en alguna aplicación concreta, ejerce un «efecto paralizante» de otras actuaciones a las que sería constitucionalmente ilegítimo aplicarla (27), rompen con el principio de que nadie pueda actuar sino derechos propios y, en cuanto no referidas al caso concreto, que sirve sólo de motivo, son una anomalía desde el punto de vista del sistema. Esta anomalía, abundantemente subrayada y criticada, no impide, sin embargo, que, en teoría, también las leyes declaradas inconstitucionales *on its face* permanezcan *on the statute book* y sean susceptibles, por tanto, de recuperar su eficacia, sin actuación alguna del legislador, si la Corte revoca su declaración de inconstitucionalidad, aunque es evidente que esta práctica introduce en la jurisdicción constitucional norteamericana un rasgo «europeo» (28) que hace improbable esa revocación.

3. El sistema europeo (29)

a) Concepción de la jurisdicción

En la Europa continental, en donde la separación de poderes no fue nunca entendida como equiparación entre ellos, el poder judicial no es ideal-

(27) Cfr. TRIBE, *op. cit.*, especialmente pp. 710-717.

(28) CAPPELLETTI, *Comp. Const. Law*, cit., p. 95, subraya, quizá con algún exceso, esta aproximación.

(29) En castellano, la más aguda caracterización del sistema europeo de justicia constitucional es la contenida en el libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, 1981), que, a mi juicio, acentúa, sin embargo, con algún exceso la aproximación de los sistemas europeos de la postguerra

mente otra cosa que «la *puissance exécutive des choses qui dependent du droit civil*». El juez está sujeto a la ley, a la que, en consecuencia, no puede juzgar, y con la que no puede competir. La decisión judicial, que no «revestirá nunca la forma de regla general» (30), limita sus efectos a quienes han sido parte en el proceso y no tiene otra fuerza que la propia de la *res judicata*.

Es cierto que esta concepción de la jurisdicción es puramente ideológica, en cuanto no plenamente concorde con la realidad y que incluso como simple ideología se ha visto sometida, al menos desde comienzos de siglo y muy acentuadamente desde mediados de éste, a una profunda revisión. Ni la realidad incontestable de la eficacia general, aunque meramente «persuasiva» (31), que en la práctica alcanzan las decisiones de los Tribunales Supremos (que son, por lo demás, en Europa, Tribunales de casación, aunque también en este punto teoría y realidad difieren no poco), ni el esfuerzo generalizado por construir una teoría de la jurisdicción que se acomode más exactamente que la del «juez autómatas» a su verdadera naturaleza, cuyo momento creador se acentúa, han sido suficientes por sí solas para romper con los viejos dogmas que derivan de la concepción romanista del Derecho (32). La introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución.

al sistema norteamericano; una aproximación que, como intento explicar en el texto, se produce en cierto sentido al margen de la ley. Después de finalizado este trabajo ha aparecido el libro de P. CRUZ VILLALÓN *La formación del sistema europeo de jurisdicción constitucional, 1918-1939* (Madrid, 1987), que trata el tema con un detalle y amplitud admirables, aunque, como es obvio, no entra en el análisis de los sistemas de la postguerra.

(30) Es la célebre regla del art. 5 del *Code Napoléon*, que tiene su equivalente en todos los sistemas aquí estudiados.

(31) La terminología es de PIZZORUSSO. Sobre la importancia creciente del Derecho jurisprudencial en los países de *civil law*, cfr., sobre todo, K. ZWEIFERT y H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tubinga, 1971, especialmente pp. 311 y ss.

(32) Frente a quienes atribuyen a este movimiento antiformalista un papel decisivo en la ruptura de los obstáculos estructurales a la creación judicial del Derecho (así, por ejemplo, CAPPELLETTI, en *Giudici Legislativi*, Milán, 1984, especialmente pp. 19 y ss.), hay que recordar que fue precisamente el temor a este movimiento una de las causas por las que los constituyentes europeos se resistieron a atribuir a los jueces el control de constitucionalidad de las leyes. Véase, en este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 132.

b) *El modelo austríaco* (33)

Esta revolución, que implica dos decisiones conceptualmente distintas, la de atribuir al juez competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes y la de dotar a sus decisiones de eficacia *erga omnes*, se lleva a cabo, valga la paradoja, del más conservador de los modos.

Los constituyentes austríacos de 1920, protagonistas de esta revolución, cuya teoría es la doctrina kelseniana, no llegaron a aceptar nunca plenamente, en efecto, la idea de que la Constitución es un cuerpo normativo del que derivan, para todos los integrantes del cuerpo político, derechos y obligaciones que los jueces han de proteger y hacer cumplir incluso frente al legislador. La Constitución obliga al legislador, pero no otorga a los ciudadanos, como correlato de esa obligación, derechos para los que éstos puedan pedir la tutela judicial; los derechos de los ciudadanos nacen sólo de la ley y sólo a la ley está sujeto el juez. La vinculación del legislador a la Constitución, como vinculación jurídica, puede ser garantizada jurisdiccionalmente, pero esta garantía ni puede ser confiada al juez ordinario, que quedaría así desligado de la ley, ni puede ser puesta en acción, como en el proceso ordinario, por alguien que acude al juez en defensa de un derecho propio, pues, como hemos dicho, nadie tiene derecho frente a la ley.

Por razones coyunturales y de mera oportunidad política, pero también por razones estructurales (34), la competencia para resolver sobre la validez constitucional de las leyes no es concedida así a todos los Tribunales, ni siquiera al órgano supremo del sistema judicial; esta competencia y la consiguiente facultad de dictar decisiones con eficacia *erga omnes* pasan a ser

(33) Es cierto que la jurisdicción constitucional se introduce antes en Checoslovaquia que en Austria, pero las ideas vienen de la capital imperial y es el modelo austríaco el que adquiere resonancia universal.

(34) Junto a una cierta desconfianza del constituyente frente a los Tribunales ordinarios, sea porque la actitud, predominantemente conservadora, de éstos no era quizá la más adecuada para actuar como garantes del nuevo orden republicano, sea por el temor al activismo judicial que favorecían las doctrinas a las que nos referimos en la nota anterior (dos motivos que no son, en modo alguno, excluyentes), hay abundantes razones estructurales. A las derivadas de la teoría de la Constitución, a las que aludimos en el texto, hay que agregar, de modo más inmediato, las que resultan de la organización judicial (Tribunales Supremos plurales o muy numerosos) y de un derecho procesal en el que es imposible una institución como la del *writ of certiorari*. Menos grave parece el obstáculo que para una jurisdicción constitucional descentralizada se derivaría del modo de reclutamiento de los jueces. Cfr. sobre el tema CAPPELLETTI, *Judicial Review...* y *Comparative Constitutional Law*, *cits.*, pp. 60 y ss. y 81 y ss., respectivamente.

monopolio de un órgano nuevo, el Tribunal Constitucional (35), que se yuxtapone a ese sistema, con el que se articula de diverso modo en los distintos países y que, inevitablemente, es considerado como «legislador negativo». El legislador positivo y el «negativo» están sujetos de distinto modo a la Constitución, y este distinto modo permite considerar como órgano jurisdiccional al Tribunal Constitucional (36), pero su función es sin lugar a dudas legislativa, «pues la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que la promulgación de una ley. La anulación es sólo una promulgación precedida de un signo de negación» (37). La actuación del Tribunal Constitucional, que asegura el cumplimiento de obligaciones sin proteger el derecho de nadie en concreto, sólo puede ser solicitada, a su vez, por órganos a los que la Constitución (o la ley) atribuye legitimación para ello, como legitimación abstracta, no vinculada a la titularidad de un derecho o de un interés concreto, pues ante el juez sólo cabe invocar derechos que nacen de la ley.

En esta concepción de la jurisdicción constitucional como control abstracto de la actuación del legislador, el objeto inmediato y único del juicio no es ni puede ser otro que el enunciado promulgado por el legislador positivo y la única decisión posible del juez es la de mantenerlo o anularlo. Aunque KELSEN se refiere a esta anulación como «decisión casacional» (38), y es claro que en cuanto anula un acto previo del poder puede ser calificada de tal, la diferencia esencial que existe entre la sentencia judicial y la ley como objetos posibles de una decisión casacional es de tal magnitud que puede inducir a error la utilización de un concepto único de casación prescindiendo de la naturaleza del acto «casado». Esta naturaleza condiciona, en efecto, tanto la estructura misma del acto anulatorio como su proyección en el tiempo. En lo que toca a la estructura, es claro que en la decisión que casa una previa sentencia judicial que, carente aún de firmeza, no concedía derechos ni imponía obligaciones (salvo, eventualmente, los de carácter provisional destinados a asegurar el objeto del litigio), lo importante no es tanto el mandato

(35) Que se denomina así por ser órgano de la jurisdicción constitucional, no por ser creación de la Constitución. En Norteamérica la contraposición entre *constitutional courts* y *legislative courts* se hace, por el contrario, en razón del origen inmediatamente (?) constitucional o no. Tribunales Constitucionales son los creados al amparo del art. III, sección 1.ª, de la Constitución (esto es, la Corte Suprema, los Tribunales de apelación y los de distrito); Tribunales legislativos son todos los demás, creados por el Congreso en uso de la facultad que le concede el art. I, sección 8.ª, cláusula 9.ª

(36) Cfr. KELSEN, en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit. en nota 2, p. 82.

(37) KELSEN, *ibid.*, p. 80.

(38) *Ibid.*, especialmente pp. 91 y ss.

de anulación como las razones por las cuales éste se produce, pues son éstas las que (aun prescindiendo de la eficacia «persuasiva» que como doctrina puedan tener) determinan el sentido de la «segunda sentencia» a dictar en el proceso. En la anulación de la ley, por el contrario, se expulsa del ordenamiento una norma válida desde su promulgación, de manera que la transformación del orden jurídico resulta simplemente de la decisión anulatoria, cuyas razones pasan a un segundo plano, por decir lo menos. La sentencia queda reducida en lo esencial al pronunciamiento sobre la ley, y la «opinión» del Tribunal, a la que KELSEN no dedica la más mínima atención, pasa a ser, en consecuencia, poco más que la «exposición de motivos» del legislador negativo.

De otro lado, como la decisión anulatoria recae sobre una norma que hasta ese momento obligaba a todos, y muy especialmente a todos los jueces, es entendida como decisión constitutiva, no meramente declarativa. La discordancia entre Constitución y ley no hace a ésta nula de pleno derecho, sino simplemente anulable, y la sentencia del legislador negativo es eficaz sólo *ex nunc*. Este entendimiento de la inconstitucionalidad como simple causa de anulabilidad, inevitable en una doctrina para la cual en un sistema de Derecho positivo no hay nunca actos nulos (39), no impide dotarla de algunos limitados efectos retroactivos cuando éstos resultan aconsejables por razones de pura oportunidad (40), pero éstos nacen sólo de la norma constitucional, no en modo alguno como consecuencia jurídica necesaria de la naturaleza de la decisión.

La eficacia *erga omnes* de ésta, dependiente de su fórmula decisonal, sólo puede ser predicada, claro está, de la sentencia anulatoria. Las sentencias que declaran que la ley sometida a juicio no es contraria a la Constitución no tienen otra eficacia que la propia de la *res judicata*; impiden el replanteamiento del litigio pero nada añaden ni quitan al Derecho preexistente. La ley confirmada por la sentencia del Tribunal no es por ello más ley y mantiene la misma fuerza que antes de ser sometida a juicio tenía. La Constitución ha de establecer la eficacia general de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley, porque esa eficacia, como excepción al principio de que la ley sólo por una ley posterior puede ser derogada, implica realmente una división del poder legislativo (41). Este establecimiento es inescindible, sin embargo, de la atribución al Tribunal de la potestad anulatoria, y consagrada ésta, cualquier otra declaración sobre la eficacia general de la decisión resulta redundante.

(39) KELSEN, «Judicial Review», cit. en nota 24, p. 302.

(40) KELSEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 100 y ss.

(41) *Ibid.*, pp. 80-81.

c) *Los sistemas europeos actuales*

Esta concepción originaria de la jurisdicción constitucional como jurisdicción concentrada en un órgano único, separado de los Tribunales ordinarios, que ha de pronunciarse directamente sobre la validez constitucional de la ley en abstracto, esto es, sobre su enunciado y no sobre una previa decisión judicial que la haya aplicado a un caso concreto, sigue siendo la que subyace en los sistemas creados en la Europa de la posguerra. Con una u otra fórmula, la eficacia general se predica sólo del *decisum* de la sentencia, no de las razones de las que éste resulta como conclusión, y sólo para el caso de que la decisión declare precisamente la inconstitucionalidad de la ley (42). No parece correcta, en consecuencia, la opinión, frecuentemente sostenida, de que la jurisdicción constitucional sigue hoy en los Estados europeos que la han implantado, un camino intermedio entre el modelo norteamericano y el «austriaco», que pueden quizá yuxtaponerse, como en cierta medida ocurre en Portugal (43), pero difícilmente combinarse.

Ciertamente esta vía intermedia no se ha transitado al extender a las minorías parlamentarias la legitimación para la impugnación directa de la ley, como ha ocurrido en la República Federal Alemana (Grundgesetz, artículo 93.1.2), en España (Constitución, art. 162.1.a), en Portugal (Constitución, art. 281.1.a) e incluso en Austria, a partir de la reforma constitucional de 15 de mayo de 1975, pues esta extensión, preconizada ya por Kelsen y que coloca a los Tribunales Constitucionales en el centro de la lucha política, no hace sino acentuar sus rasgos de «legisladores negativos» (44).

(42) Cfr. Constitución austríaca, art. 140.7; Constitución italiana, art. 136; Constitución portuguesa, arts. 281.2 y 282.1. En la República Federal de Alemania (BVG, art. 31) y en España (Constitución, arts. 161.1.a y 164, y LOTC, arts. 38.1 y 40.2) las fórmulas utilizadas son más complejas y, como más adelante se verá, permiten una construcción más adecuada a las exigencias de la práctica. No obstante esto, tanto en uno como en otro país, una parte importante de la doctrina, apoyada en la sólida base que ofrece la lógica propia del sistema, sostiene que sólo de las sentencias estimatorias cabe predicar la «fuerza de ley» (según la discutible expresión utilizada en Alemania) a los efectos generales. Véase, en este sentido, KLAUS VOGEL, «Rechtskraft und Gesetzkraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht», en *Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, 1976, vol. I, pp. 568-628, y R. BOCANEGRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982.

(43) Sobre este carácter mixto, véase J. M. MOREIRA CARDOSO DA COSTA, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal», en CH. STARCK y A. WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Baden Baden, 1986, p. 241.

(44) Esto explica tanto las crecientes reservas que, sobre todo en la República Federal Alemana, se manifiestan frente al recurso directo o abstracto (cfr., por ejemplo, para referirnos sólo a una postura especialmente mesurada y autorizada, el trabajo

Tampoco significa una aproximación al modelo norteamericano la apertura a todos los Tribunales (y no sólo, como en la fórmula original de la Constitución austríaca, a los Tribunales Supremos) de la posibilidad de cuestionar ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de la ley que deben aplicar para la solución de un caso concreto, pues esta impugnación sigue siendo una impugnación abstracta, anterior a la decisión del litigio y cuyo objeto no es ni puede ser otro que el puro enunciado de la ley (45). Es claro que esta generalización a todos los órganos judiciales de la facultad de dudar de la constitucionalidad de la ley (46) ha planteado problemas para los que la vieja concepción no ofrece solución alguna, pero no menos claro es que tales problemas surgen precisamente porque es esa concepción la que informa el modo de articulación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria y condiciona, como obstáculo, su más adecuada solución.

Cabría pensar que el acercamiento de la jurisdicción constitucional europea al modelo norteamericano se ha producido al menos al recibir aquélla competencia para conocer de las demandas que se dirigen contra un acto del Estado al que se imputa la vulneración de los derechos fundamentales, como hoy sucede en la República Federal Alemana (GG, art. 93.1.4.ª, in-

de H. SIMON «Verfassungsgerichtsbarkeit», en E. BENDA W. MAIHOFER y H. J. VOGEL [eds.], *Handbuch des Verfassungsrecht*, Berlín, 1984, volumen II, especialmente pp. 1266 y 1289) como la afirmación, sólo aparentemente paradójica, de L. FAVOREU de que el actual sistema francés de control de constitucionalidad es el más fiel al originario esquema kelseniano. Véase FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, París, 1986, pp. 25 y 30.

(45) La denominación alemana de esta vía de control (*Konkrete Normenkontrolle*) no debe inducir a error, pues también la cuestión planteada por el juez, aunque nacida de un caso concreto, es una cuestión abstracta. Otra cosa es que pueda entenderse que es distinta la función del Tribunal Constitucional en el recurso abstracto y en el concreto, actuando en aquél más como guardián de la Constitución y en éste más como protector del legislador frente a eventuales excesos del juez. Cfr. en este sentido E. BENDA, en CH. STARCK y A. WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, cit., p. 132. Esta función del Tribunal Constitucional en las cuestiones de inconstitucionalidad como protector de la ley, que deriva naturalmente de su monopolio para decidir sobre la inconstitucionalidad, ha sido subrayada también por el Tribunal español en su sentencia 17/1981, que hace un análisis muy extenso de esta vía procesal.

(46) *Grundgesetz*, art. 100, para la República Federal Alemana; en Italia, Ley constitucional núm. 1, de 9 de febrero de 1948, art. 1; en España, Constitución, artículo 163. En Austria, la reforma de 15 de mayo de 1975 modificó los arts. 89 y 140.1 de la Constitución para conceder también a los Tribunales de apelación la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las leyes. En Portugal, cuyos tribunales han de inaplicar las leyes que juzguen inconstitucionales (Constitución, art. 207), la cuestión llega al Tribunal Constitucional mediante recursos de las partes (Constitución, art. 280.1). De los problemas aludidos en el texto nos ocuparemos más adelante.

roducido por la reforma de 21 de enero de 1969), España (Constitución, artículo 161.1.c, y Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, título III) y Austria (arts. 140.1 y 144 Constitución tras la reforma de 15 de mayo de 1975). Como en el último de estos países, sin embargo, esa competencia se extiende sólo al enjuiciamiento de los actos de la Administración (Constitución, artículo 144, y *Verfassungsgerichtshofgesetz*, arts. 8.e y sigs.), nunca al de las sentencias judiciales, su alcance resulta, claro está, bastante limitado, pues normalmente el acto de la Administración que se reputa ilegítimo debe ser atacado ante la jurisdicción ordinaria (en este caso la contencioso-administrativa), cuya decisión no podrá ya ser impugnada ante la constitucional (47). En Alemania y en España, por el contrario, ésta conoce también de los recursos dirigidos contra sentencias judiciales que han lesionado derechos fundamentales, sea directamente, mediante la aplicación de una ley inconstitucional o la aplicación contraria a la Constitución de una ley que en su puro enunciado no lo es, sea indirectamente, por no haber remediado la vulneración imputable a la Administración. Como es claro, y prescindiendo de las otras muchas cuestiones que el ejercicio de esta competencia plantea (48), la existencia de este recurso, que en uno y otro país es fundamentalmente un recurso contra sentencias por la obligación que las respectivas leyes (BVGg, art. 902; LOTC, art. 43) imponen de agotar la vía judicial ordinaria antes de acudir al Tribunal Constitucional, coloca a éste en una situación semejante a la de la Corte Suprema de los Estados Unidos, puesto que abre la

(47) El recurso de amparo constitucional es, en Austria, una vía alternativa a la del amparo judicial. En esta *Doppelgleisigkeit* se apoyan los defensores de la reforma introducida por la ley de 26 de junio de 1984 (B.g.BI, 296) en el art. 144.2 de la Constitución, que permite al Tribunal Constitucional rechazar en admisión aquellos litigios «de cuya decisión no cabe esperar la clarificación de una cuestión de Derecho constitucional», siempre que los mismos puedan ser llevados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobre el tema véase recientemente KURT HELLER, «Rechtsschutz und Ablehnung von Beschwerden an den Verfassungsgerichtshof», en *Oesterreichische Juristen Zeitung*, Heft 19, 2 de octubre de 1987, pp. 577 y ss.

(48) La más grave de ellas es seguramente la del control de admisión de este género de recursos, cuyo número creciente es una seria amenaza para el buen funcionamiento de los Tribunales Constitucionales de la República Federal Alemana y de España. Los enérgicos procedimientos previstos por las respectivas leyes (BVGg, artículo 93.a, b y c; LOTC, art. 50) han resultado hasta ahora insuficientes y parece ineludible acudir a otros medios, que tal vez podrían inspirarse, como la reforma austríaca aludida en la nota anterior, en la práctica de la Corte Suprema norteamericana, cuyo *overload* es también, de otra parte, motivo de preocupación. Como es claro, esta aproximación al modelo norteamericano exige actuar sobre las causas de la inadmisión, no sobre el procedimiento para decretarla, que es el camino seguido por el reciente proyecto de modificación de la LOTC.

posibilidad de que la sentencia constitucional se limite a ratificar o anular la del juez ordinario, sin incorporar a su *decisum* pronunciamiento alguno sobre la validez de la ley que éste aplicó.

Pese a todo, subsisten, sin embargo, diferencias sustanciales. Estas no vienen ciertamente del hecho de que las demandas que por esta vía puedan llegar ante los Tribunales Constitucionales alemán o español sean sólo aquellas que se fundamentan en la alegada violación de un derecho fundamental, pues, en definitiva, éste es el ámbito más extenso e importante de la jurisdicción constitucional, sino de las limitaciones que a la actuación del juez constitucional europeo impone el sistema. En primer lugar, y como es obvio, la que resulta del hecho tan reiteradamente mencionado de que la eficacia general (en la terminología alemana, «la fuerza de ley») se predica sólo del fallo, no de los razonamientos que lo fundamentan, de modo que los pronunciamientos que en éstos se hagan sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, tanto en el caso de las sentencias dictadas en vía de amparo como en el de las que se producen en los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, tienen una eficacia problemática, según veremos a continuación, eficacia que, en el caso español, no puede además ser potenciada mediante una remisión del fallo a los fundamentos según el uso de las sentencias «interpretativas». En el sistema español, en efecto, a diferencia de lo que ocurre en el alemán, en el que las sentencias de amparo tienen también efectos generales cuando resuelven sobre la constitucionalidad de una ley (49), no sólo la eficacia general de dichas sentencias está expresamente excluida de la propia Constitución (50), sino que ni siquiera es posible que el fallo que resuelve la petición de amparo contenga pronunciamiento alguno sobre la constitucionalidad de la ley, materia esta reservada a la competencia del Pleno del Tribunal, ante el cual han de suscitarse las Salas de éste, competentes para resolver en amparo, la cuestión de inconstitucionalidad (51).

(49) BVGG, art. 35.2.

(50) Este es el sentido inequívoco del artículo 164.1 CE al atribuir «plenos efectos frente a todos» a todas las sentencias del Tribunal Constitucional «que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho», pues esta torpe fórmula sólo puede referirse a las sentencias dictadas en vía de amparo y probablemente sólo a ellas.

(51) LOTC, art. 55.2. El complejo procedimiento, consecuencia de división del Tribunal en Pleno y Salas, con competencias diferenciadas, resulta casi grotesco cuando el Pleno, haciendo uso de la facultad que le concede el art. 10.k de la misma LOTC, ha recabado para sí el conocimiento de la demanda de amparo, precisamente para evitar la difícil situación que se originaría si, habiendo concedido una Sala el amparo solicitado por entender que era inconstitucional la ley aplicada, negase el Pleno la existencia de tal inconstitucionalidad. Un ejemplo de este curioso procedimiento

Es cierto que, pese a esta limitación, el Tribunal español, que desde muy pronto abrió la posibilidad del recurso de amparo contra leyes, no contemplada en su Ley Orgánica (52), ha entrado frecuentemente a través de esta vía en el examen de constitucionalidad de las leyes, e incluso cabe afirmar que ha sido precisamente esta vía la más utilizada para eliminar del ordenamiento preceptos contrarios a la Constitución, una labor que, tratándose de preceptos legales anteriores a ésta, no requiere declaración expresa alguna en el *decisum* de la sentencia, pero la eficacia de esta función no queda asegurada, como se dice, por el sistema mismo y sólo puede alcanzarse forzándolo.

En estos supuestos en los que los Tribunales europeos pueden entrar en el análisis de la ley sin resolver en el fallo sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ésta, su función se distingue así señaladamente de la que realiza la Corte Suprema norteamericana, cuya *opinión* tiene, según ya hemos visto, una eficacia *toto coelo* distinta de la que, en el sistema europeo, cabe atribuir según su propia lógica a los fundamentos de las sentencias constitucionales. Pero es que además, y refiriéndonos ya a la segunda de las limitaciones apuntadas, según esta misma lógica, y aunque el problema se suscite, como ocurre en el amparo, con motivo de la aplicación de la ley a un caso concreto, el juicio que sobre la constitucionalidad de la norma legal ha de hacer el juez europeo no es un juicio sobre la aplicación, sino sobre la ley misma; en rigor, sobre su enunciado, y a lo más, aceptando ya la licitud del juicio sobre normas y no sobre enunciados que la práctica ha impuesto, sobre una interpretación general del precepto. La lógica del sistema europeo prevalece sobre toda otra consideración, y también por esta vía el juicio sobre la ley sólo es eficaz en la medida en la que es juicio abstracto.

Lo que realmente ha ocurrido es que la práctica cotidiana de la jurisdicción constitucional (consecuencia inevitable de una aceptación más plena de la fuerza normativa directa de la Constitución, en la que sí cabe ver, sin duda, una influencia norteamericana) (53), ha evidenciado la insuficiencia del esquema teórico del que se arrancaba y ha puesto de manifiesto los mu-

lo ofrecen las sentencias 140/86 y 160/86, en las que se enjuicia la constitucionalidad de los arts. 6 y 7 de la Ley 40/1979, sobre control de cambios.

(52) LOTC, arts. 42, *a contrario*, 43 y 44. El Tribunal Constitucional, desde la sentencia núm. 41/1981, seguida después por las núms. 14/1982, 6/1986 y otras, ha entendido que es admisible la petición de amparo contra una sentencia judicial basada en la afirmación de que es inconstitucional la ley aplicada por el juez. Sobre el tema puede verse IGNACIO BORRAJO INIESTA, «El amparo contra leyes», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98.

(53) Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «Sobre relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, abril 1982, pp. 43-45.

chos problemas que implica, de una parte, la identificación simplista entre norma legal y enunciado de la ley y, de la otra, la reducción de la sentencia a su fallo. Se trata, claro está, de problemas conexos que en rigor no son sino facetas distintas de un problema único, cuya consideración nos situaría, sin embargo, en un plano de abstracción impropio de este trabajo.

La identificación entre norma legal y enunciado de la ley sitúa al juez constitucional ante la incómoda alternativa de mantener la plena validez del enunciado, aun consciente de que una o varias de las interpretaciones posibles son contrarias a la Constitución, o anularlo en su totalidad, aunque pudiera ser interpretado también de un modo que no resultaría incompatible con la Constitución, o su supresión pueda crear una situación más gravemente inconstitucional que la que implica el riesgo de aquellas interpretaciones (54).

a') *Sentencias interpretativas*

Para escapar de este dilema, los Tribunales europeos han arbitrado diversas vías. La más simple es la de las llamadas sentencias interpretativas, entendiendo por tales aquellas que emiten un pronunciamiento no sobre el enunciado de la ley, sino sobre una norma que de él puede deducirse mediante el empleo de los métodos habituales (¡a veces no tan habituales!) de interpretación (55). Como el sistema arranca de la conexión necesaria entre inconstitucionalidad y nulidad y ésta es predicable de los preceptos, pero no de sus interpretaciones, el empleo de esta técnica (que realmente rompe de un modo oculto esa conexión) sólo resulta formalmente conforme con el sistema si da lugar a sentencias desestimatorias, esto es, sentencias que declaran que una ley no es contraria a la Constitución, tras haber desechado, como incompatibles con ella, otras interpretaciones también posibles. Este procedimiento plausible, mediante el cual los Tribunales Constitucionales europeos logran un resultado más próximo al típico del sistema norteamericano, no es practicable en todos los casos, como veremos después, y tropieza cuando lo

(54) Cfr., en el mismo sentido, G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia costituzionale*, Bolo-
nia, 1977, p. 150, y MAUNZ, en *Grundgesetz Kommentar*, comentario a los arts. 93 y 40.
El Tribunal Constitucional español admitió que la posibilidad de las sentencias inter-
pretativas (fundamentada en la necesidad de evitar lapsus) en su sentencia 4/1981
(fundamento 6.º), ratificándola en la sentencia 11/1981 (fundamento 2.º), en la que, sin
embargo, se sostiene que el objeto del juicio de constitucionalidad es el enunciado de
la ley. En ambas tesis es claro que para el Tribunal Constitucional las sentencias inter-
pretativas son siempre sentencias desestimatorias.

(55) Sobre distintos supuestos teóricos que quiebran la correspondencia biunívoca
entre enunciado y norma, cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 148-149.

es con obstáculos estructurales graves que sólo pueden superarse en la medida en que se acepte la modificación tácita de la estructura teórica que su uso comporta.

Si la eficacia *erga omnes* de las sentencias constitucionales es atributo exclusivo de los fallos anulatorios, es claro, en efecto, que carecen de ellas las *rationes decidendi*. Estas operan (por exigencia de la lógica «casacional», más que por mandato constitucional o legal) frente al legislador, como prohibición de aprobar una ley idéntica a la anulada, pero sólo frente a él y sólo cuando la ley ha sido anulada. El fallo de las sentencias desestimatorias produce sólo efecto *inter partes* y aun esto sólo limitadamente, como conclusión del litigio en el que se produce, pero sin que ello implique necesariamente la prohibición de replantearlo, y las razones de la decisión carecen, en principio, de toda fuerza vinculante (56). La existencia de esta fuerza vinculante es precisamente, sin embargo, la condición de posibilidad de las sentencias interpretativas. Es claro que éstas son, desde el punto de vista del análisis lógico, también sentencias estimatorias que declaran la inconstitucionalidad de interpretaciones determinadas, pero esta declaración no figura en el fallo, sino en el razonamiento que le precede, y esto es lo jurídicamente decisivo.

Para ser eficaces, para obligar a todos los demás Tribunales del país (y a través de ellos a la Administración), estas razones que tachan de inconstitucionalidad normas derivadas del enunciado legal sin concluir, sin embargo, en la anulación de éste, han de superar un doble obstáculo: el que implica, de una parte, el principio básico de la sujeción exclusiva del juez a la ley, propio de los sistemas de *civil law*, y el que resulta, de la otra, de la separación existente entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. Aun aceptando, en efecto, lo que sólo con reserva puede hacerse, que la diferencia teórica que antes señalábamos en el modo de entender la jerarquía judicial en los países de *common law* y de *civil law* no se traduce en una acusada diferencia práctica y que la eficacia «persuasiva» de que gozan las decisiones de los Tribunales Supremos en Europa es análoga a la que tienen los de la Corte Suprema norteamericana, subsiste el hecho de que los Tribunales Constitucionales no son Tribunales Supremos. Ostentan en exclusiva la competencia para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, pero no sobre cuál haya de ser la interpretación correcta de ésta, que:

(56) Sobre la eficacia de las sentencias desestimatorias en España véase, además de R. BOCANEGRA, *op. cit.*, el informe presentado por el Tribunal Constitucional español a la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos (Lisboa, 1987), preparado por los magistrados LATORRE SEGURA y DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, con la colaboración de los letrados profesores CRUZ VILLALÓN y JIMÉNEZ CAMPO (mecanografiado), pp. 70 y ss.

es función propia de los Tribunales de casación. La relación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, a cuya regulación dedican títulos distintos las Constituciones de Austria, Italia y España (57), es así en principio semejante a la que media entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y el sistema judicial de cada uno de los Estados de la Unión, cuya interpretación de la ley estatal acepta aquélla. Por eso era perfectamente coherente limitar al Tribunal Supremo (o Tribunales Supremos), como cúspide de la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de cuestionar ante el Tribunal Constitucional la legitimidad de las leyes, como se hacía con la fórmula austríaca de 1929.

Esta separación estructural se resquebraja ya al extender a todos los Tribunales la facultad de cuestionar la ley ante el Constitucional, pero éste sigue siendo competente sólo para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, no sobre la corrección de la interpretación que se le somete, coincida o no con la sentada por el Tribunal Supremo del orden judicial a que pertenece el juez proponente (58). La relación directa que así se establece entre la jurisdicción constitucional y los órganos de la ordinaria no coloca, pues, por sí sola, a aquélla en una situación de superioridad de la que se derive la fuerza vinculante de sus *rationes decidendi* para imponer la interpretación conforme con la Constitución de la ley cuestionada y no anulada. Mientras la anulación no se produzca, el juez ordinario sigue estando sujeto sólo a la ley, que interpreta con libertad. Esta libertad disminuye ya, en la práctica, cuando la jurisdicción constitucional recibe competencia para anular, por infracción de la Constitución, las sentencias judiciales, como ocurre en la República Federal de Alemania y en España, pero, como indicábamos antes, las decisiones que los respectivos Tribunales Constitucionales adoptan por

(57) La situación de la República Federal Alemana es distinta. Los cinco Tribunales Federales Supremos (*Fachgerichte*) eran en la redacción originaria de los *Grundgesetz* simplemente Tribunales Superiores. La reforma constitucional de 18 de junio de 1968 suprimió el Tribunal Supremo Federal que preveía el art. 94, cuyas funciones ha asumido la «Sala Común» (art. 95 § 3), a la que se encomienda la «unificación de la jurisprudencia».

(58) Para evitar situaciones embarazosas, el Tribunal Constitucional federal alemán dispone de la facultad, de la que carecen sus homólogos en Italia y España, de solicitar el concurso de los Tribunales Supremos, federales o territoriales. Cfr. BVGG, art. 82.4. La Corte Costituzionale italiana, a su vez, ha afrontado el problema considerando *oivitt vivente* sólo el que resulta de la interpretación establecida por la Corte de Casación. En la sentencia 83/1983, el Tribunal Constitucional español fundamenta en gran medida su decisión en la consideración de que la interpretación que el juez proponente hace de los preceptos cuestionados (en el caso, los artículos 785, 1581.2 y 1498.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no es la habitual.

esta vía procesal no tienen sino la eficacia propia de la *res iudicata*, aunque sus razones tengan la fuerza persuasiva de las de los Tribunales de casación.

La extensión de la eficacia *erga omnes* a la *ratio decidendi* de las sentencias constitucionales, con independencia de cuál sea el sentido, anulatorio o no, del fallo, ha de basarse, por esto, en un elemento que es, por así decir, extraño al sistema y que no en todas las regulaciones positivas aquí consideradas puede encontrarse: la «fuerza vinculante» de la sentencia. Esta noción, cuya definición dogmática no está exenta de problemas (59), recogida en la BVGG (art. 31.1) y en la LOTC (art. 38.1), ha permitido a los respectivos Tribunales Constitucionales, con el apoyo mayoritario, aunque no unánime, de la doctrina, atribuir a la fundamentación de sus decisiones (*tragende Gründe*, fundamentos) una mal precisada capacidad de obligar a todos los demás órganos del Estado, que aparentemente no llega hasta los ciudadanos (60). Pese a ello, tanto en Alemania como en España hay, como antes se indica, una tenaz y articulada resistencia teórica a la idea de atribuir fuerza vinculante al razonamiento, la opinión del Tribunal Constitucional.

En el caso español al menos, esta vinculación de todos los poderes públicos por la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional tiene, sin embargo, sólido apoyo tanto en la Constitución como en las leyes orgánicas del mismo Tribunal y del Poder Judicial. Puede sostenerse ciertamente que la fuerza vinculante de las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad es predicable, como sus plenos efectos frente a todos (art. 164.1 CE) o «efectos generales» (art. 38.1 LOTC), sólo del *decisum*, pero esta interpretación privaría de significado a los enunciados contenidos en los artículos 161.1.a) de la Constitución y 40.2 de la Ley Or-

(59) Cfr. sobre el tema las obras de VOGEL y BOCANEGRA citadas *supra* en nota 42.

(60) La extensión de la *Bindungswirkung*, los *tragente Gründe* o fundamentos, plantea problemas que resultan no sólo de la relativa indefinición del sujeto de la proposición (la distinción entre *rationes decidendi* y *obiter dicta* no tiene tradición en Europa, ni se refleja en la redacción de las sentencias), sino también del alcance de su predicado, tema sobre el que volveremos después. Cfr. MAUNZ, «Comentario al artículo 31 de la BVGG», en MAUNZ, SCHMIDT, BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, Munich, y F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional...», cit., pp. 52 y ss. En España, a diferencia de lo que ocurre en los demás países europeos, el diario oficial (*Boletín Oficial del Estado*), que publica las leyes, recoge el texto íntegro de las sentencias constitucionales, no sólo la fórmula decisoria, con lo que al menos no existe el obstáculo material que implica la falta de publicidad de los fundamentos para reconocerles eficacia. También en Italia, a partir de la Ley 839, de 11 de diciembre de 1984 (recogida ahora en el art. 21 del texto único aprobado por Decreto 1092, de 28 de diciembre de 1985), se publica en la *Gazzetta Ufficiale* el texto íntegro de las sentencias de la Corte.

gánica, que, por el contrario, resultan cargados de sentido si, como parece ineludible, la vinculación de los poderes públicos se entiende referida a las sentencias constitucionales en su totalidad, esto es, también a las declaraciones que sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legales se incluyen en los fundamentos. El precepto contenido en el artículo 161.1.a) es, desde luego, un vestigio del intento de someter al control de constitucionalidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y parece una obviedad torpe si la declaración de inconstitucionalidad a que alude se equipara a anulación del precepto declarado inconstitucional (61). Cobra, no obstante, un sentido nuevo y de enorme trascendencia, en conexión con el artículo 40.2 LOTC, si por declaración de inconstitucionalidad se entiende, fuese cual fuese la intención del constituyente, aquella que, no recogida en el fallo de la sentencia, sino en su fundamentación, no versa sobre el enunciado de la ley, sobre el precepto, sino sobre una norma detraída mediante la interpretación. Esta lectura del precepto constitucional, que es la única congruente con la utilización de la noción de doctrina en el artículo 40.2 LOTC, permite llegar naturalmente a la conclusión de que han de entenderse invalidadas aquellas interpretaciones o cuestiones jurisprudenciales que han sido consideradas contrarias a la Constitución, sin que tal consideración haya llevado a la anulación del precepto legal así interpretado o construido, consideración que, como es obvio (y salvo en el caso hipotético de las sentencias de simple inconstitucionalidad, que el sistema español no autoriza), sólo puede recogerse en la fundamentación de la sentencia, no en su fallo. Esta tesis se ve definitivamente fortalecida por la obligación que el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a todos los jueces y tribunales de interpretar y aplicar las leyes y 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» (62). Es cierto que la referencia a los preceptos y principios constitucionales puede suscitar alguna duda, pero en el juicio sobre normas no cabe sostener seriamente que la interpretación de la norma superior, la que sirve de parámetro, puede ser dissociado del que se hace sobre la norma enjuiciada y que, en consecuencia, aceptando aquél, cabe disentir del que se establece sobre ésta. Este mandato de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que da una orientación nueva al principio de sujeción del juez a la ley, ex-

(61) Así en el trabajo «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad», publicado por mí, en colaboración con el profesor ARAGÓN REYES, en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Epoca, núm. 7.

(62) Véase, en el mismo sentido, «Informe del Tribunal Constitucional Español» a la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, cit., pp. 54 y ss.

tiende además la fuerza vinculante a todas las sentencias del Tribunal Constitucional, no sólo, como hacía el artículo 40.2 de la Ley Orgánica de éste, a las recaídas en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

Pese a la necesidad lógica de atribuir fuerza de obligar a la norma (o normas) establecida en el razonamiento jurisdiccional y a la posibilidad de apoyarla sólidamente en el derecho positivo como, con relación a España, se acaba de indicar, la inercia del sistema austríaco es tanta que los mismos Tribunales Constitucionales alemán y español incorporan generalmente estas razones al fallo, incluyendo en él una referencia expresa a los fundamentos e incluso resumiéndolas en el mismo fallo o en un apartado *ad hoc*.

Esta práctica, cuya evidente razón de ser está en la idea de que sólo el contenido del *decisum* tiene eficacia general, parece más justificada en Italia, en cuyo Derecho positivo no existe ningún precepto que autorice la extensión del contenido eficaz de la sentencia. La generalidad de la doctrina entiende, en consecuencia, que la motivación de la sentencia sólo es jurídicamente relevante en cuanto esté incorporada al *decisum* (63), pero ni siquiera con esta remisión ha bastado siempre. En un episodio bien conocido, la Corte de Casación, argumentando a partir de la idea de que la eficacia general de la sentencia constitucional es sólo una eficacia *per relationem* o refleja, sostuvo el carácter no vinculante de las sentencias en las que no se declaraba la inconstitucionalidad de una ley, aunque se tratase de una declaración condicionada a la exclusión de determinadas interpretaciones posibles. Aunque este episodio pertenece ya al pasado y la Corte de Casación reconoce actualmente sin reservas el valor interpretativo de la motivación de las sentencias constitucionales, éstas sólo expulsan del ordenamiento el mandato normativo individualizado en el fallo. La Corte Costituzionale se ha visto así obligada a dictar también sentencias interpretativas estimatorias, en las que se declara la inconstitucionalidad no de un precepto, sino de una norma (64).

Como antes hemos indicado, el empleo de esta técnica, que ya en buena medida violenta el sistema, no es siempre posible para dar respuesta a los

(63) Cfr., por ejemplo, ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 160 y 189. Más dubitativa parece la postura de PIZZORUSSO, para quien la distinción entre *decisum* y motivación no ha de entenderse en sentido topográfico, sino lógico, de modo que han de considerarse incluidas en aquél y dotadas, por tanto, de efecto normativo, «tutte la argomentazione volte ad individuare e delimitare la disposizioni e la norme declareate incostituzionale, mentre fanno della motivazione tutte le argomentazioni vole a spiagere perché la disposizione o la norma è incostituzionale». Véase *Lezioni*, cit., p. 623.

(64) Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 154-156 y 186-190, y la bibliografía allí citada. Sobre el cambio de actitud de la Corte de Casación véase *El Foro Italiano* (curso de 1985), que recoge la sentencia de las Secciones unidas núm. 5401 de 1984, con comentario de PIZZORUSSO.

problemas que éste plantea. Así sucede, por ejemplo, cuando la inconstitucionalidad del precepto no resulta de lo que dice, sino de lo que no dice (inconstitucionalidad por omisión), o se origina sólo cuando se integra con ciertas normas, pero no en relación con otras. En situaciones de esta naturaleza, cuya variedad hace imposible la reducción a esquema, no cabe excluir una interpretación, una norma, si no es anulando un precepto *in toto*, lo que puede originar, a su vez, no sólo otras situaciones de cuestionable licitud constitucional, sino perjuicios inmediatos para todos aquellos a los que el precepto en cuestión otorgaba derechos, como frecuentemente ocurre con la regulación de prestaciones de las que tácitamente se excluye a sectores o clases que, por exigencias del principio de igualdad, deberían también beneficiarse de ellas. Para hacer frente a este género de problemas, los Tribunales Constitucionales europeos se han visto obligados, en consecuencia, a acudir a otros medios: el de la inconstitucionalidad sin nulidad y el de la manipulación normativa.

b') *Sentencias de mera inconstitucionalidad*

La primera de estas vías, que asume rotundamente la disociación de inconstitucionalidad y nulidad, ya presente en las sentencias interpretativas, ha sido seguida hasta ahora exclusivamente en la República Federal de Alemania, cuyo Tribunal, actuando inicialmente al menos *extra legem* y desde 1970 cubierto ya por la ley (65), se ha limitado a declarar la inconstitucionalidad de la ley, sin anularla, cuando son varias las posibilidades que para eliminar la inconstitucionalidad se le ofrecen al legislador, al que en algunos casos también ha invitado a sustituir la ley dentro de un plazo determinado o tan pronto como sea posible, sin llegar, sin embargo, a declararla inconstitucional (66). Se trata, en cierto sentido, de un regreso a la vieja fórmula austríaca de diferir la eficacia de la declaración de nulidad para que el legislador pueda mientras tanto obrar en consecuencia. Pero en tanto que en Austria esta solución, que está establecida en la propia Constitución (art. 140.5), resulta perfectamente congruente con la teoría del legislador negativo, cuyas

(65) Ley de 21 de diciembre de 1970, que modifica los artículos 31.2 y 79.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVGG).

(66) Cfr. MAUNZ, *op. cit.* en notas 49 y 37, en donde se refiere a las «tres clases de leyes inconstitucionales». También el Tribunal Constitucional español ha utilizado la técnica de la exhortación al legislador sin declaración de inconstitucionalidad, generalmente de modo tímido (así en las sentencias núms. 6/83 [fundamento 7.º] y 83/84), pero también de modo resuelto, en otra señalada ocasión (sentencia núm. 108/86, fundamento 13.º, i.f.). En la República Federal incluso se ha creado en el Ministerio de Justicia una oficina encargada de preparar los cambios sugeridos por el Tribunal.

decisiones son constitutivas y operan *ex nunc*, es difícil justificarla en un sistema en el que se atribuye a las decisiones del juez constitucional naturaleza declarativa y eficacia *ex tunc* (67). De otro lado, y como cabría esperar, la dificultad teórica va acompañada de numerosos problemas prácticos tanto para la Administración como para los jueces (68).

c') *Sentencias manipulativas*

Los problemas prácticos de ese género no se presentan, como es obvio, cuando el propio Tribunal Constitucional asume la tarea de modificar directamente la norma constitucional, que se declara nula en cuanto que no se entienda corregida en el sentido indicado por el Tribunal. Este recurso a las sentencias «manipulativas», para emplear la expresión acuñada por la doctrina italiana, en cuya rica tipología no podemos entrar y cuya verdadera naturaleza queda a veces encubierta porque la manipulación se opera mediante la anulación, en apariencia inobjetable, de una o varias palabras, sin las cuales cambia el contenido normativo del enunciado legal (69), frecuente en Italia y no raro en España, es, por el contrario, menos respetuoso con el legislador (70) y más difícilmente admisible, dentro de la racionalidad del sistema, que la técnica alemana de la inconstitucionalidad sin nulidad o la simple exhortación al legislador. Su utilización puede ser aplaudida por quienes ven en él la única vía razonablemente rápida para acomodar a los valo-

(67) El *Bundestag* rechazó en 1969 un proyecto de ley que introducía resueltamente la fórmula austríaca, limitándose a aceptar la alternativa entre inconstitucionalidad con nulidad o sin ella que consagró con la reforma de 1970.

(68) Cfr. MAUNZ, *op. cit.*, 41, en donde sostiene que la única solución posible para estas dificultades está en el aplazamiento de las actuaciones, administrativas o judiciales, hasta que el legislador opere el cambio necesario. Véase también W. HEYDE, «Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen», en *Festschrift Hans Joachim Faller*, Munich, 1984, pp. 53-63.

(69) Sobre la variedad de formas, véase ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 156 y ss.; PIZZORUSSO, «Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano», en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. I, pp. 275-293. Estas sentencias no deben confundirse, claro está, con las de inconstitucionalidad parcial, que declaran la invalidez de una proposición que constituye por sí misma un precepto separable, aunque figure incluida en un artículo que contiene otros no afectados por la invalidación.

(70) A juicio de ZAGREBELSKY (*ibidem*), también con el juez ordinario, aunque en este punto sus razones parecen menos convincentes. La violencia que se hace a la libertad de configuración del legislador (e incluso a su potestad para acordar los gastos del Estado) se hace evidente sobre todo en la modificación (generalmente para ampliar su contenido) de los preceptos cuyo vicio de inconstitucionalidad se origina en una infracción de la igualdad. Véase como ejemplos de este género en España las sentencias núms. 34/81, 103/83 y 116/87.

res constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos (71), pero violenta al máximo el sistema de división de poderes, que es el fundamento mismo de toda la arquitectura constitucional. Este deslizamiento, que ha permitido al legislador negativo asumir la función del legislador a secas, es paradójicamente el resultado final, no necesario, pero posible, de una construcción teórica dominada por la preocupación de mantener la sujeción del juez a la ley (72).

III. LOS MODOS DE CREACION DE DERECHO

A través de las técnicas que esquemáticamente acabamos de exponer, la jurisdicción constitucional crea Derecho, innovando el ordenamiento. Esta creación, a diferencia de la que lleva a cabo el legislador, no procede de simples consideraciones de oportunidad, no es creación libre, sino vinculada, pura declaración de un Derecho preexistente (73), cuyo contenido concreto como regla de solución del caso precisa el Tribunal Constitucional. Este, al aplicarla, invalida la regla inferior que se le opone, negando su eficacia para crear los derechos o las obligaciones que ante él se pretendía hacer valer, o simplemente la anula. La acción creadora se desarrolla así, en rigor, en dos planos distintos, el constitucional y el legal. En aquél, mediante la concreción del contenido del precepto constitucional; en éste, normalmente, mediante la eliminación de un precepto, esto es, de un enunciado legal, de una disposición o de una norma detraída de él. Habitualmente, sin embargo, sobre todo en Europa, al hablar de creación del Derecho por la jurisdicción constitucional se hace referencia sólo a la creación en el plano legal, esto es, a la eliminación con eficacia *erga omnes* de enunciados o normas con fuerza de ley como consecuencia necesaria de su contradicción con una norma constitucional. Aunque no faltan razones para sostener que la actividad puramente jurisdiccional, que el Tribunal lleva a cabo para precisar o con-

(71) Cfr., en este sentido, V. CRISAFULLI, «La Corte Costituzionale ha vent'anni», y N. OCCIOCUPO, «La Corte Costituzionale come giudice da 'opportunità' delle leggi», ambos en N. OCCIOCUPO (ed.), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bolonia, 1978.

(72) La misma constatación, con un sentido más bien laudatorio, hace CAPPELLETTI en *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 95.

(73) Ha sido calificada, por ello, de fuente *cultural*. Véase PIZZORUSSO, *Fonti del Diritto*, cit., pp. 25 y ss., y *Commentario della Costituzione* (editado por G. BRANCA), vol. dedicado a los arts. 134-139, Bolonia-Roma, 1981, pp. 181-182.

cretar el contenido de esta última, es también creadora de Derecho, nos ocuparemos por eso aquí exclusivamente de los modos de creación del Derecho legal.

1. Creación de Derecho mediante anulación

No parece necesario insistir sobre el hecho de que la paradoja que encierra la atribución de capacidad creadora a una actividad que es únicamente destructora es sólo aparente, pues es obvio que cualquier modificación de un sistema normativo cerrado crea nuevas reglas (74). Tampoco lo es extenderse sobre las diferencias que median entre este modo «pasivo» de creación y el «activo», que es el propio legislador, quien, a diferencia del juez, puede tomar la iniciativa de la creación, que no necesita justificar como jurídicamente necesaria, sino, a lo sumo, como jurídicamente lícita (75). Es verdad que la postulada pasividad del juez se torna a veces, como hemos visto (76), casi en su contrario y desbordando los límites de su función promulga normas en lugar de eliminarlas, aunque incluso al obrar así responde a cuestiones que él no ha planteado (77). Esta creación «positiva» es, sin embargo, al menos en el plano legal, una manifestación patológica del sistema del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, que sólo cabe abordar tras haber analizado el modo fisiológicamente normal de funcionamiento de ese sistema, que en la teoría, y en la inmensa mayoría de las ocasiones también en la práctica, sólo crea Derecho mediante la supresión de la ley. Nos reduciremos, en consecuencia, en este apartado a considerar cuál es el objeto de la supresión, su forma y sus consecuencias.

(74) El Derecho es un sistema cerrado si se parte, como parece inexcusable, de la libertad como *prius*.

(75) Por eso es un entendimiento perverso de la función del legislador considerarlo como ejecutor de la Constitución. Véase últimamente sobre este tema CH. STARCK, «Vorrang der verfassungs und Verfassungsgerichtsbarkeit», en la obra colectiva editada por el propio STARCK y A. WEBER, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Baden, Baden, 1986, p. 36.

(76) Véase *supra*, p. 23.

(77) No va contra la afirmación del texto la facultad de que dispone el juez constitucional para extender la declaración de inconstitucionalidad a preceptos o normas directamente conectados con el que es objeto de la impugnación. Así en España, Alemania e Italia (LOTC, art. 39.1; BVGG, art. 78; Ley 87/53, art. 27). En el límite de la función jurisdiccional está ya, en cambio, la posibilidad que su Ley Orgánica (art. 84) también ofrece al Tribunal Constitucional español para abrir el debate sobre causas de inconstitucionalidad no propuestas por las partes, institución que se asemeja a la mejicana «suplencia de la queja deficiente».

a) *Objeto de la anulación*

La ley que la jurisdicción constitucional hace objeto de su control es, como queda dicho, en Europa siempre, en principio, el enunciado legal, el texto aprobado por el legislador; en los Estados Unidos, la regla concreta que de ese enunciado ha extraído el juez inferior para resolver el caso planteado. Como hemos visto también, esta afirmación de principio no se corresponde exactamente con la práctica y frecuentemente los Tribunales europeos se pronuncian sobre normas derivadas del enunciado (78) y la Corte Suprema sobre el enunciado mismo. Aunque es obvio que con ello se produce una relativa aproximación de los dos sistemas, sería erróneo, sin embargo, deducir de esta práctica una equivalencia funcional de ambos, como si éstos, partiendo de principios distintos, hubiesen llegado a ser estructuras homólogas que se correspondiesen como una imagen y su reflejo en el espejo. De una parte, en efecto, el juicio de la Corte Suprema sobre la ley *on its face* se produce sólo como una consecuencia necesaria de la aplicación del principio mismo del sistema, cuando el juez inferior ha sido llamado a pronunciarse también sobre el texto de la disposición como único expediente posible para otorgar el remedio que el demandante pretende, en tanto que en Europa la decisión sobre la interpretación es fruto de una necesidad impuesta por la práctica, pero no prevista por el sistema, que no ofrece por ello instrumentos teóricos para ordenarla (79). De otro lado, y en conexión con lo anterior, el juicio sobre la constitucionalidad de la ley es siempre en los Estados Unidos, con independencia de cuál sea su punto de referencia (enunciado legal o norma), un juicio concreto que toma en consideración las lesiones actuales, no puramente potenciales, que la ley produce en los derechos fundamentales de las partes; en Europa, por el contrario, este juicio es siempre, incluso cuando concluye en la invalidación de una determinada interpretación, un juicio abstracto cuyo resultado final no se define por referencia a las circunstancias fácticas concretas del caso en el que se produce (80).

(78) Nos referimos ahora exclusivamente a las normas derivables mediante la interpretación de la totalidad del enunciado, no a las normas «parciales» y separables, sobre las que se puede actuar operando sobre fragmentos del enunciado.

(79) Véase, sobre las razones derivadas de la idea misma de jurisdicción, que obliga a hacer un uso limitado de las declaraciones sobre el enunciado de la ley, el caso *Younger vs. Harris* (401 VS, 37, 1971). La modificación operada en 1970 en el artículo 79.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán admite ya la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad se refiera sólo a una interpretación, pero esto no cambia la situación descrita en el texto.

(80) Y que, en consecuencia, delimita también, de modo abstracto, el restante contenido normativo (válido) del enunciado.

La regla concreta de Derecho que la Corte Suprema considera inválida no es por ello necesariamente equivalente a la norma que el juez constitucional europeo anula, pues esta última es también, en buen número de casos, un enunciado general que sólo de forma general delimita el contenido normativo válido que resta en el enunciado legal, en la disposición.

b) *Forma de la declaración*

Más profundas aún son las diferencias entre ambos sistemas en lo que toca a la forma de la decisión. En los Estados Unidos, en donde de la idea de la supremacía de la Constitución se deduce la facultad de todos los jueces para considerar inválidas las normas que se le opongan, la Corte Suprema no anula la norma aplicada por el juez. Su decisión no es un mandato incorporado al fallo, sino la constatación razonada en los fundamentos, en la *opinión*, del error cometido por el juez *a quo* al interpretar el Derecho vigente y atribuir validez, en consecuencia, a una norma que carecía de ella por estar en contradicción con otra norma superior que la Corte Suprema deriva de la Constitución.

En Europa, por el contrario, en donde el juez ordinario carece de aquella facultad, la invalidación de la ley sólo puede lograrse a través de su anulación. Es cierto que así como la forma norteamericana de la decisión sólo puede construirse a partir de la idea de la nulidad *ipso iure* de la ley inconstitucional, la construcción europea, que puede hacerse también partiendo de la identificación de la inconstitucionalidad como simple causa de anulabilidad, no es incompatible con aquella idea (81). Sea cual sea la construcción teórica de la que se arranque, el sistema europeo se asienta, sin embargo, en la equivalencia de inconstitucionalidad y anulación. La ley sólo puede ser considerada inconstitucional y, por tanto, carente de fuerza de obligar cuando ha sido anulada por decisión de la única instancia facultada para hacerlo, cuyo fallo es un acto parcial (*Teil-akt*) de legislación (82).

Esta forma de declaración de inconstitucionalidad mediante decisión anulatoria, cuya obvia inadecuación para el tratamiento de las normas establecidas a través de la interpretación ha dado lugar a las dificultades que antes hemos expuesto (83), no es, sin embargo, la única utilizada en Europa.

(81) Cfr. sobre el tema J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, especialmente p. 313. Es claro que la afirmación del texto se refiere sólo a la invalidación *erga omnes*.

(82) La «legislación negativa» se descompone, para la doctrina austríaca, en dos «actos parciales», la sentencia del VGH y la orden de publicación que dicta el canciller federal o el presidente del correspondiente *Land*.

(83) Cfr. *supra*, p. 22.

Como también antes señalábamos, se ha tratado de evitar el problema que en muchos casos genera la anulación, prescindiendo de ella para reducir la sentencia, en algunos casos, a la pura declaración de inconstitucionalidad y transformarla, en otros, en una afirmación de constitucionalidad provisional de la ley juzgada (84) acompañada de la exhortación al legislador para que en un plazo breve proceda a sustituirla. Frente a la simplicidad de la forma norteamericana nos encontramos así, en Europa (85), ante una rica variedad de formas. Prescindiendo de las sentencias puramente desestimatorias, es decir, de aquellas que se limitan a declarar que la ley no es contraria a la Constitución, la práctica europea ofrece, en primer lugar, los tres grandes tipos ya indicados de la anulación, la simple inconstitucionalidad y la exhortación al legislador. Salvo en el caso de estas últimas, esto es, de las llamadas por la doctrina alemana *Appellentscheidungen*, a las que también el Tribunal Constitucional español ha recurrido en ocasiones y que lógicamente sólo hacen referencia al enunciado de la ley, los otros dos tipos pueden producirse además tanto respecto del enunciado de la ley como respecto de una norma de él derivada, con lo que el elenco de formas (86) de las que el juez dispone resulta aún más amplio de lo que esa simple división tripartita pudiera hacer pensar y le permite reducir en alguna medida los inconvenientes originados por la rigidez de la forma teórica única.

c) *Alcance espacial y temporal de la declaración*

El alcance de las sentencias que declaran, con eficacia general, y sea cual fuere la forma de la declaración, la inconstitucionalidad de una disposición

(84) Las llamadas «leyes constitucionales. Véase CH. PESTALOZZA, «Noch Verfassungsmässige und bloss verfassungswidrigen Rechtslagen», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, Tubinga, 1976, especialmente pp. 540-555.

(85) Con la excepción de Austria, cuya práctica sigue fiel al esquema teórico originario.

(86) Ordenadas según su intensidad y su objeto, las sentencias que contienen un juicio negativo sobre la constitucionalidad de la ley pueden ordenarse según el siguiente esquema clasificatorio:

- A) Sentencias exhortativas.
- B) Declaraciones de inconstitucionalidad.
Del enunciado: Sentencias de «simple inconstitucionalidad».
De una norma derivada: Sentencias interpretativas desestimatorias.
- C) Sentencias anulatorias.
Del enunciado: Anulación total. Anulación parcial.
De normas derivadas: Sentencias interpretativas estimatorias. Sentencias que anulan la interpretación de la ley con referencia a un caso concreto (*Verfassungsberchwerde*).

o de una norma, ha de establecerse con relación al espacio y al tiempo. Cabría pensar que, en principio, la determinación espacial no debería suscitar problema alguno, puesto que el ámbito de la declaración de inconstitucionalidad ha de coincidir en todo caso con el ámbito de validez propio de la ley anulada. Dado el peculiar sistema de delimitación competencial entre los poderes centrales y los poderes territoriales existente en Italia y en España, no es infrecuente, sin embargo (sobre todo en España, donde la heterogeneidad competencial es más acentuada y los conflictos más frecuentes), que se declare la inconstitucionalidad de una ley (87) del Estado por referencia sólo a una determinada parte del territorio de éste (88).

El problema del alcance temporal de las sentencias desestimatorias es, por el contrario, un problema de carácter general. Su solución no puede hacerse derivar como necesidad lógica de una determinada construcción dogmática (89) ni expresarse mediante fórmulas sintéticas, como las que contraponen la eficacia *ex nunc* a la eficacia *ex tunc* o a la eficacia *pro futuro* (90). Es, más bien, un resultado impuesto por el Derecho positivo (en el caso norteamericano, Derecho judicial), que en este punto, condicionado por las exigencias de la realidad, llega a soluciones menos heterogéneas de lo que la diversidad de objeto y de forma de las declaraciones de inconstitucionalidad pudiera hacer pensar.

Salvo en Austria, cuyo Tribunal dispone de la facultad de aplazar, hasta durante un año, la efectividad de la decisión anulatoria (91), el momento inicial a partir del cual despliega sus efectos *erga omnes* la declaración de inconstitucionalidad es el de su anuncio, en los Estados Unidos, o el de su publicación, en Europa (92). A partir de entonces, los jueces norteamericanos no deberían aplicar la norma nula, salvo que encuentren en las circuns-

(87) Como es evidente, la inconstitucionalidad tampoco en este caso implica nulidad. Las sentencias españolas utilizan a veces la noción de «inaplicabilidad».

(88) En Italia se las llama por eso también sentencias parciales. Cfr. PIZZORUSSO, en *Commentario della Costituzione*, cit., p. 177, nota 22.

(89) IPSEN (*Rechtsfolgen*, cit., pp. 150 y ss.) sostiene razonablemente que la opción entre la eficacia *ex nunc* y *ex tunc* sólo tiene sentido si se parte de la inconstitucionalidad como anulabilidad y del carácter constitutivo de la sentencia constitucional.

(90) Cfr. PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 185.

(91) Como se ha dicho, el «legislador negativo» recibe con ello la paradójica facultad de actuar como legislador positivo en contra de la Constitución. El Tribunal Constitucional austríaco suele aplazar los efectos de la nulidad hasta finales del undécimo mes siguiente a la fecha de la sentencia que la declara.

(92) Los efectos atribuibles a la sentencia en el tiempo que media entre el momento real de su conocimiento público y el de su publicación oficial, generalmente bastante más tardío, suscitan un problema del que no podemos ocuparnos aquí.

tancias concretas del caso que han de resolver rasgos diferenciales en razón de los cuales consideren que la norma que aplican no coincide con la declarada contraria a la Constitución. Esta salvedad no cabe, naturalmente, en el esquema teórico del sistema europeo, que, asentado en un Derecho de base legal, intenta ofrecer una certeza muy superior al del *case law*. En la medida en que la práctica respeta la teoría, esta certeza no deja resquicio para la duda, pues la decisión anulatoria no ofrece ninguna posibilidad de interpretaciones divergentes y la ley anulada ha desaparecido del ordenamiento y no puede ser aplicada a caso alguno. Las dudas, y con ellas la incertidumbre, surgen cuando la práctica se aparta de la teoría, sea porque se anulan interpretaciones posibles a partir del enunciado, dejando subsistente éste, sea porque a la declaración de inconstitucionalidad no se acompaña la de nulidad. En el primer caso, y sin volver sobre la cuestión ya antes tratada de las dudas que suscita la fuerza vinculante atribuible a una declaración de inconstitucionalidad que se expresa en los fundamentos de la sentencia con inequívoca intención anulatoria, pero que no va seguida de un fallo en este sentido (esto es, el problema de las sentencias interpretativas desestimatorias) (93), es claro que el contenido normativo del enunciado legal se difumina en la misma medida en la que deja de coincidir con su contenido semántico (94). En el segundo, esto es, en el caso de la ley declarada inconstitucional pero no anulada, la opción deliberada para excluir las consecuencias que el sistema anuda a la inconstitucionalidad no va, ni puede ir, acompañada por una determinación de cuáles son los efectos de la ley que se desea preservar, acerca de cuya vigencia no cabe duda alguna, pues de lo contrario la disociación de inconstitucionalidad y nulidad carecería de sentido. Desde luego, no puede ser simplemente el efecto de aplazar todos los expedientes administrativos y judiciales en los que debería aplicarse la ley viciada hasta que ésta sea sustituida, ya que este aplazamiento carece de toda justificación en todos aquellos casos en los que la aplicación de la ley es constitucionalmente irreprochable (95).

La invalidación de la ley, tanto si va seguida de su anulación como si se expresa en forma de declaración de una nulidad preexistente, se extiende ilimitadamente hacia el futuro, aunque, como ya señalamos, la Corte Suprema

(93) Cfr. *supra*, p. 18.

(94) Esta difuminación, que apareja toda interpretación, y cuyo rechazo explica la prohibición de interpretar la ley que los revolucionarios franceses quisieron imponer a los jueces, se magnifica, claro está, en la medida en que la interpretación misma adquiere fuerza vinculante.

(95) Este es, por lo común, el caso de aquellas leyes cuyo vicio consiste en no conceder a unos lo que otorga a otros, pues el aplazamiento agravia a éstos.

tiene la posibilidad de *overrule* sus sentencias anteriores para reincorporar al ordenamiento la norma declarada nula. Esta posibilidad no existe, claro está, para los Tribunales europeos, pues la anulación, que no es un juicio, sino un mandato, acaba con la existencia del enunciado o de la norma afectada (96), a los que sólo el legislador podría dotar nuevamente de vida. Este, sin embargo, no puede hacerlo sin desacatar la sentencia, que adquiere así una vocación de eternidad inconciliable con las exigencias de la realidad. Como la norma prohibitiva no es en este caso la decisión anulatoria, sino la norma recogida en los fundamentos que la produce (97), dejaremos ahora la cuestión, que es, naturalmente, la de la capacidad de la jurisdicción constitucional para crear, por derivación de los preceptos constitucionales, normas de este orden mediante la concretización de los enunciados generales.

La eficacia de la invalidación hacia el pasado sólo está excluida en Austria, en donde la anulación opera sólo hacia el futuro, sin otra excepción que la del caso que ha dado lugar a la decisión, aunque el Tribunal Constitucional interpreta de modo muy extensivo esta excepción y equipare al *Anlassfall* todos aquellos litigios análogos pendientes de decisión. El nuevo apartado 7.º del artículo 140 da, además, al Tribunal facultad para determinar que la nulidad sea tomada también en cuenta en relación con supuestos anteriores a la fecha de la sentencia (98). En todos los demás casos, la declaración de invalidez surte también efectos hacia atrás, hacia el pretérito.

Las considerables similitudes existentes en este aspecto entre los distintos sistemas evidencian que la extensión hacia el pasado de la eficacia *erga omnes* de la decisión judicial, con independencia de cuál sea la forma que adopta y la construcción teórica que la explica, no es una exigencia del sistema, sino resultado de una decisión que intenta equilibrar el respeto a la seguridad jurídica con el servicio a la igualdad y la justicia. Ni el dogma de la nulidad *ipso iure* lleva en los Estados Unidos a la invalidación de todos

(96) PIZZORUSSO ha calificado como sentencias de *overruling* aquellas en las que la Corte Costituzionale ha declarado contraria a la Constitución una ley cuya inconstitucionalidad había rechazado antes, pero éste es evidentemente el caso contrario. Véase *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, pp. 527 y ss.

(97) Para una parte, al menos, de la doctrina italiana, como el contenido eficaz de la sentencia se reduce al *decisum*, la aprobación de una nueva ley, incluso de contenido absolutamente idéntico, no implicará una violación de la cosa juzgada si no intenta dotársela de eficacia retroactiva, que se extienda hasta un momento anterior a la fecha de la sentencia. Cfr. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 192-193, y MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9.ª ed., Padua, 1976, vol. II, pp. 1427-1428.

(98) Cfr. B. STREHLE, *Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen*, Diss., Zurich, 1980, pp. 122-123.

los actos producidos en aplicación de la norma constitucional ni la eficacia *ex nunc* que cabe atribuir a las sentencias de la Corte Constitucional italiana en virtud del *dictum* del artículo 136 de la Constitución (y que sólo tiene sentido, claro está, si se entiende que la inconstitucionalidad hace al precepto simplemente anulable) ha impedido la anulación de sentencias penales dictadas en aplicación de leyes inconstitucionales. Esta constatación autoriza a prescindir de la discusión dogmática, intelectualmente apasionante pero de escasa relevancia práctica, que, sobre todo en Alemania, se desató años atrás sobre la cuestión (99), para reducirnos sólo a la exégesis del Derecho positivo.

Con fórmulas distintas, éste parte en todos los casos de dos principios que, dentro del reducido universo que aquí estudiamos, parecen tener alcance general: el de la inatacabilidad de las sentencias firmes dictadas en aplicación de la ley inconstitucional y el, simétricamente inverso, de la nulidad de todas las condenas penales (en España y en Portugal, también de las que han confirmado sanciones disciplinarias) impuestas en virtud de la ley contraria a la Constitución (100), sin que desde este punto de vista quepa establecer diferencias entre las declaraciones de inconstitucionalidad en razón de su objeto o de su forma (101). Cuando se trata de leyes penales se concede preferencia al valor justicia y en todos los demás casos al de seguridad jurídica. Algunas divergencias en las soluciones adoptadas se presentan sólo en aquellos casos en los que la tensión entre los dos valores es de tal magnitud que hace difícil la aplicación pura y simple de los principios generales indicados, como sucede muy especialmente cuando la ley invalidada es una ley procesal penal. La eficacia *ex tunc* de la invalidación significa en este caso la anulación de todos los procesos en los que la ley fue utilizada y con ello

(99) Una sucinta historia de la génesis de esta discusión, ligada en su origen al problema práctico de la vinculación de la Administración a las leyes tenidas por inconstitucionales, pero seguida después, sobre todo a partir de la obra de BÖCKENFÖRDE (*Die Sogenannte Nichtigkeit verfassungswidrige Gesetze*), en un plano puramente abstracto, en IPSEN, *op. cit.*, pp. 67-93.

(100) Así lo disponen el art. 79.1 BVGG para Alemania, el art. 30 de la Ley 87/1953 para Italia, el art. 40.1 LOTC para España y el art. 282.1 y 3 de la Constitución para Portugal. En los Estados Unidos, la anulación de la sentencia penal se produce en este caso mediante el *writ de habeas corpus*.

(101) La eficacia de las sentencias interpretativas anulatorias respecto de las condenas penales anteriores está hoy consagrada en Alemania por el art. 79.1 BVGG. No parece dudoso que en los demás países europeos el resultado es el mismo, aun en ausencia de norma expresa. Problemas de otra índole suscita la eficacia que a este respecto haya de atribuirse a las interpretaciones consideradas inconstitucionales en las sentencias desestimatorias.

probablemente la excarcelación de un buen número de delincuentes cuyas condenas, aunque irregulares según el nuevo *standard*, no fueron tal vez injustas (102). La atribución a la sentencia de efectos puramente *ex nunc* implica, por el contrario, el mantenimiento de las condenas y con ellas, claro está, de las privaciones de libertad que éstas entrañan, y que tal vez no se hubieran producido si la convicción del penado no se hubiese alcanzado mediante el empleo de medios que no aseguran la verdad de los resultados. Aunque en todas partes parece otorgarse preferencia a la seguridad frente a la justicia, esta preferencia resulta más clara y acentuada en la República Federal Alemana (103) y en Italia (104) que en España (105), en Portugal (106) y en los Estados Unidos, en donde la opción en favor de la *prospectivity* adoptada en *Linkletter vs. Walker* (107), y codificada en *Stovall vs. Denno* (108), deja a la Corte Suprema una amplia libertad de acción (109).

Respecto de las aplicaciones no judiciales de las leyes inconstitucionales, también el principio general es el de otorgar preferencia a la seguridad, de

(102) La apertura de nuevos procesos que excluyeran la aplicación de las normas anuladas, que sería la única alternativa, es teórica y prácticamente imposible.

(103) Véase el comentario de MAUNZ, en *op. cit.*, al art. 79.1 de la BVGG, especialmente § 9.

(104) En Italia, la anulación de la ley ni siquiera se ha considerado eficaz respecto de todos los procesos en curso, sino sólo de aquellos en los que hubiera de ser objeto de una aplicación directa. Véase, en sentido crítico, PIZZORUSSO, *op. cit.*, pp. 184-185.

(105) En España, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los efectos de la invalidación de normas procesales no parece estar aún definitivamente sentada. En diversas sentencias se ha considerado ineficaz *ex tunc*, esto es, desde el momento de entrada en vigor de la Constitución, la aplicación contraria a ésta de algunas normas preconstitucionales reguladoras del proceso contencioso-administrativo (así en la sentencia núm. 63/1982, en relación con el artículo 64 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa). En lo que toca a las leyes procesales penales, si bien la sentencia 32/1987 ha establecido una curiosa «ultra-actividad» de la ley procesal más favorable, en relación con las sucesivas modificaciones del art. 504 LECr, en la reciente sentencia 199/87, el Tribunal, al declarar contraria a la Constitución y nula la previsión contenida en el art. 13 de la LO 9/84, sobre prórroga de la detención gubernativa, ha advertido (fundamento 8.º, *in fine*) que esa anulación ni permite reabrir procesos fenecidos ni invalida por sí misma los procedimientos judiciales hasta ahora seguidos.

(106) Así parece deducirse del principio general de la eficacia *ex tunc*, aunque la Constitución deja un amplio margen a la discrecionalidad del Tribunal.

(107) 381 U. S., 618 (1985).

(108) 388 U. S., 293.

(109) Sobre el equilibrio entre *retroactivity* y *prospectivity* establecido en estos casos por la Corte Suprema, véase TRIBE, *op. cit.*, pp. 24-25, y las referencias en CAPPELLETTI y COHEN, *op. cit.*, pp. 98-102.

manera que la invalidación de la ley surte efectos respecto de hechos acaecidos con anterioridad, pero no abre nuevas vías de impugnación frente a los actos de aplicación de la ley invalidada ni reabre las que por el transcurso del tiempo no son ya utilizables. La vigencia de este principio es también, sin embargo, más rotunda en los Estados Unidos, en donde ha sido afirmado por la Corte Suprema (110), en la República Federal Alemana (111) y en Italia, como exigencia de la eficacia *ex nunc* (112), que en España, en donde no existe previsión expresa alguna (113), y en Portugal, en donde se parte del principio de una rigurosa eficacia *ex tunc*. Es, sin embargo, muy expresivo del hecho de que en este último país el Tribunal haya hecho uso de las facultades discrecionales que le otorga la Constitución (art. 282.4) para eximir a la Administración de la obligación de devolver tributos percibidos gracias a una ley inconstitucional (114), cuestión que ha sido muy debatida en Alemania (115) y que sólo en España ha recibido hasta el momento una solución diametralmente opuesta, derivada de un entendimiento muy radical del principio de la eficacia *ex tunc* (116).

(110) Sobre la limitada eficacia *ex tunc* de las sentencias estimatorias en los Estados Unidos, véase FIELD, *op. cit. supra* en nota 11. FIELD critica la *void ad initio theory*, que, dice, «It is encouraging that is gradually breaking down where it should break down» (p. 12). Sobre los obstáculos que en la práctica oponen los Tribunales a las acciones que persiguen la devolución de impuestos estatales por leyes inconstitucionales, véase en particular el capítulo X, frente a las cuales, «as in so many other instances, effect is given to the invalid statute not directly but by making use of other established rules of law that seem at first thought to have no relation to the question of the effect of an invalid statute» (p. 271).

(111) El art. 79.2 de la BVGG parte del principio de la inatacabilidad de todas las decisiones que fueran ya firmes, salvo la que hubiera dado origen a la decisión (art. 95.2) o disposición en contrario de una ley especial. La limitación de efectos se refuerza aún más con la prohibición de acciones basadas en el enriquecimiento ilícito.

(112) Cfr. PIZZORUSSO, *op. cit.*, pp. 183-184, y ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 171-183.

(113) El art. 40 LOTC salva expresamente sólo las sentencias firmes. Lo dispuesto en la disposición transitoria 2.ª de la misma ley respecto de las leyes preconstitucionales ofrece, sin embargo, base para sostener la inatacabilidad de los actos producidos al amparo de una ley inconstitucional que no pudieran ser ya impugnados en la vía judicial ordinaria.

(114) Cfr. J. M. MOREIRA CARDOSO DA COSTA, en CH. STARCK y A. WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, cit., p. 304.

(115) Cfr. MAUNZ, *op. cit.*, en comentario al art. 79 BVGG, §§ 3 a 7.

(116) Los tributos establecidos y cobrados por algunos Ayuntamientos en virtud de la habilitación concedida por la Ley 24/1983 para imponer un recargo en el impuesto sobre la renta, anulada en esta parte por la sentencia 179/1985, han sido devueltos por acuerdo del Gobierno con cargo a la Hacienda del Estado. También se

La invalidación de la ley inconstitucional suscita, por último, la cuestión de cuál sea el efecto que esa invalidación ha de tener sobre el Derecho anterior, derogado, implícita o explícitamente, por el enunciado invalidado (parece evidente que la invalidación de una norma no puede dar origen a una cuestión de este género). Desde el punto de vista que aquí interesa, esta cuestión recibe dos respuestas distintas, según se atribuya al propio Tribunal Constitucional la facultad de decidirla o, por el contrario, sin regularla expresamente, se deje a los operadores jurídicos (en especial, claro está, a los jueces) la tarea de determinar en cada caso, de acuerdo con los principios o las reglas existentes en el ordenamiento, el modo de llenar la laguna producida. La primera de estas fórmulas es la utilizada en Austria (117) y en Portugal (118), en tanto que en la República Federal de Alemania, Italia, España y los Estados Unidos, ante el silencio de la ley, no es el juez constitucional, sino el ordinario, el que, en cada caso, ha de resolver sobre la vigencia que cabe atribuir al Derecho derogado por la ley inválida. La obsesión por la certeza del Derecho es, sin embargo, tanta en los países de *civil law*, que en alguna ocasión la Corte Costituzionale italiana se ha creído obligada a devolver a la vida el derecho derogado, que, acto seguido, y de oficio, ha sometido al control de constitucionalidad (119).

2. Transformación de la estructura ordinamental

Con lo ya expuesto queda cumplido, en los términos sumarios que la naturaleza de este trabajo impone, el propósito enunciado a su comienzo, el de exponer desde una perspectiva comparada las técnicas mediante las que la jurisdicción constitucional modifica el ordenamiento vigente y crea, en consecuencia, Derecho. Como de la propia exposición resulta, son muy abundantes los problemas que esta creación judicial del Derecho plantea; problemas para los que ni la construcción dogmática, ni siquiera la práctica de los distintos Tribunales aquí considerados, ofrecen hoy todavía una solución fir-

ha devuelto el importe de la contribución rústica y urbana percibida por los Ayuntamientos al amparo de la misma ley en un precepto anulado por la sentencia 19/87, pero en este caso, a diferencia del anterior, la devolución, también con cargo a la Hacienda estatal, se instrumenta mediante Decreto-ley, es decir, no como ejecución de la sentencia, sino con motivo de ella.

(117) Constitución, art. 140.6.

(118) Constitución, art. 282.1 y 4, con un mecanismo idéntico al indicado en la nota anterior.

(119) Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 160.

me y generalmente aceptada, que sólo el esfuerzo concertado de la comunidad de los juristas logrará alumbrar.

Quisiera sólo, para concluir, hacer una leve reflexión sobre otro problema, perceptible seguramente como trasfondo de este trabajo, pero que tal vez no resulte ocioso traer también a su superficie. Me refiero, claro está, al problema que implica el cambio que en la estructura misma de los ordenamientos jurídicos europeos ha supuesto la introducción de la jurisdicción constitucional. No me refiero al cambio que supone la presencia de una nueva fuente del Derecho equiparada cuando menos a la ley, sino a la transformación que en la estructura de nuestros sistemas jurídicos opera esta nueva fuente, no por el simple hecho de existir, sino por la naturaleza de su producción.

Al tener como objeto de su decisión no el enunciado de la ley, sino las normas jurídicas en él contenidas (una opción ineludible como se ha visto), los Tribunales Constitucionales europeos están creando un Derecho que se aparta radicalmente del modelo que hasta ahora era el nuestro. Si la anulación del enunciado legal, en su totalidad o en parte (incluso cuando la anulación parcial constituye realmente una manipulación), no significa otra cosa que la actuación, junto al legislador positivo, de un legislador negativo (en la manipulación vergonzantemente positivo también), la invalidación de normas que las reglas habituales de interpretación e integración permiten deducir de disposiciones legales cuya validez, sin embargo, se mantiene, establece una disociación total entre las leyes y los contenidos normativos efectivamente vigentes. Esta disociación llega, como es evidente, al máximo en el uso frecuente de las sentencias interpretativas desestimatorias, con independencia de que en el fallo de ellas se haga o no referencia (como queda dicho, a mi juicio, al menos en España, superflua) a las normas que lo fundamentan.

Si se parte, como es la doctrina más generalizada en Alemania, de la idea de que la fuerza vinculante de estas razones, su *Bindungswirkung*, opera sólo sobre los órganos administrativos o judiciales del Estado, en tanto que frente a los ciudadanos sólo tiene efectos generales (*Gesetzkraft*) lo que en el fallo se diga, esta disociación da origen a una escisión del ordenamiento en dos cuerpos distintos: uno, el derecho común de los ciudadanos; otro, el derecho de los operadores jurídicos, cuya conexión no resulta fácil establecer. Si, por el contrario, se entiende, como es tal vez más razonable, que «efectos generales frente a todos» (*Gesetzkraft*) y «fuerza vinculante» (*Bindungswirkung*) son fórmulas que tienen el mismo significado y que difieren sólo por hacer referencia a *loci* distintos de la decisión judicial, esa escisión no se produce, pero nuestro Derecho se convierte de manera creciente en un «derecho de

juristas» cuya ignorancia resultará cada vez más difícil no aceptar como excusa de su cumplimiento. Ciertamente, desde el punto de vista cuantitativo, estas normas, que por exclusión de otras posibles quedan como contenido arcano del Derecho vivo (que no se aproxima así tampoco al *case-law* porque en éste es el caso concreto el que define el supuesto de hecho de la norma, que aquí sigue siendo general y abstracto), son una fracción minúscula, aunque desde luego en continuo aumento, de nuestros más que frondosos ordenamientos. Pero no es la cantidad lo que importa, sino la cualidad, y por pequeño que su número sea, su mera existencia implica un reto que la ciencia jurídica no puede ignorar sin traicionarse.

