

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### SENTENCIA SOBRE EL FONDO Y TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

I. Introducción .....	339
II. La sentencia sobre el fondo .....	340
1. Quórum y mayoría exigidos para la declaración de inconstitucionalidad de la ley .....	340
2. Contenido formal de la sentencia. Publicación .....	352
3. Efectos de la sentencia: sentencias estimatorias y desestimatorias. El valor de la cosa juzgada .....	356
4. <i>Excursus</i> : el desarrollo por las jurisdicciones constitucionales de un rico arsenal tipológico de sentencias atípicas ..	364
5. La ejecución de la sentencia .....	413
III. La terminación anormal del proceso .....	418

## CAPÍTULO SÉPTIMO

# SENTENCIA SOBRE EL FONDO Y TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia es la forma de terminación normal del proceso y a través de la misma la Corte, por regla general, resolverá sobre el fondo, aunque con la paradójica exigencia, que analizaremos a fondo, de que para declarar inconstitucional la norma impugnada se requiere una mayoría de al menos ocho ministros sobre un total que puede ir de ocho (quórum mínimo) hasta once ministros.

Desde luego, la primera clasificación que hay que hacer de las sentencias es la que distingue entre las sentencias procesales, que no entran al fondo por razones varias, y las razones que resuelven en cuanto al fondo, esto es, en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la(s) norma(s) impugnada(s). La sentencia que nos interesa aquí es, lógicamente, esta segunda, es decir, la que resuelve sobre la compatibilidad constitucional de la norma impugnada. A la hora de resolver sobre los distintos conceptos de invalidez, ha de tenerse en cuenta esta tesis jurisprudencial:

Si se declara la invalidez del acto impugnado en una acción de inconstitucionalidad, por haber sido fundado uno de los conceptos de invalidez propuestos, se cumple el propósito de este medio de control constitucional y resulta innecesario ocuparse de los restantes argumentos relativos al mismo acto.<sup>658</sup>

<sup>658</sup> Acción de inconstitucionalidad 23/2003. Tesis jurisprudencial 37/2004. Ahora bien, el que sea “innecesario” no quiere decir que no sea oportuno o conveniente, algo que la Corte puede valorar, dado que ello puede acabar afectando a la legitimidad y aceptación de su decisión.

Pero también nos referiremos a la posibilidad de que el proceso termine no a través de una sentencia sobre el fondo, como es lo normal, sino, anticipadamente o no, de manera “anormal”, por darse y apreciarse alguna de las causas de improcedencia o sobreseimiento legalmente previstas.

## II. LA SENTENCIA SOBRE EL FONDO

### 1. *Quórum y mayoría exigidos para la declaración de inconstitucionalidad de la ley*

Acaso uno de los aspectos más criticables de la regulación constitucional de la acción de inconstitucionalidad en México es el referido a la mayoría que se exige para que los magistrados del Pleno de la Suprema Corte puedan declarar inconstitucional una ley.

Se requiere, concretamente, para que una ley pueda ser declarada inconstitucional, el voto favorable de ocho magistrados, sobre un total de once. Dicho de otro modo, no basta con una mayoría simple; no es suficiente con que la mayoría de los magistrados que integran el Pleno emita un juicio favorable a la declaración de inconstitucionalidad, sino que es necesario que exista en el Pleno una mayoría reforzada de un 72 por ciento (es decir, casi las tres cuartas partes de los magistrados). Y eso únicamente para el caso de que estén presentes todos los magistrados, lo que no es en modo alguno necesario, pues la ley reglamentaria admite que el Pleno quede constituido, a los efectos de dictar una sentencia en un proceso de inconstitucionalidad, simplemente por la presencia de ocho de los ministros (artículo 4 LOPJF), hipótesis esta última en la que no bastará siquiera, para que prospere una declaración de inconstitucionalidad de la ley, con la mayoría reforzada del 72 por ciento de los ministros (presentes), sino que se requerirá la unanimidad de los mismos.

Es decir, la ausencia de hasta tres de los ministros no afecta a la constitución del Pleno (a efectos de dictar una sentencia de inconstitucionalidad), pero sí incide en el porcentaje de ministros que ha de haber favorables a la declaración de inconstitucionalidad, incrementándolo, lo que se explica porque la mayoría favorable requerida para emitir una declaración de inconstitucionalidad se establece mediante una cifra

fija con relación al número legal de miembros del tribunal, y no mediante una cifra variable en función del número de ministros presentes en el momento de la votación. Es decir, aunque en términos absolutos el número de ministros que han de votar favorablemente a la declaración de inconstitucionalidad es siempre el mismo (ocho), sin embargo en términos relativos (es decir, proporcionalmente) la mayoría exigida se refuerza, o incrementa, a medida que son menos los ministros presentes (8 sobre 10, sobre 9 o incluso sobre 8).

Sea como sea, esta mayoría exigida para emitir una declaración de inconstitucionalidad de una ley, superior a la mayoría simple por la que razonablemente ha de resolver un órgano jurisdiccional colegiado, carece de todo sentido. Es claro que la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley puede serle otorgada a un único tribunal especial, o bien otorgársele a todos los órganos jurisdiccionales o sólo a algunos de ellos, incluso a un órgano de naturaleza no jurisdiccional, o sencillamente no otorgársele a nadie, pero si se le otorga a un tribunal, y tal es la “solución mexicana”, resulta obvio que ha de ser suficiente con que la mayoría de los magistrados competentes se pronuncien en el sentido de declarar inconstitucional una ley para que esa declaración sea viable y produzca sus efectos. Y es que, como nos dice Kirchhof, “la Jurisdicción [a diferencia del legislador] decide no por autoridad de la mayoría, sino porque se inviste de la autoridad de lo justo”.<sup>659</sup>

No tiene el menor sentido exigir mayorías cualificadas, para adoptar decisiones de este tipo, a un tribunal, sin que sirva para justificarlo la presunción de constitucionalidad de las leyes. Esta presunción puede, y debe, jugar su papel en otros ámbitos o momentos, pero no, desde luego, en lo relativo a la mayoría requerida para la adopción por el órgano competente de una resolución que declare la inconstitucionalidad de una ley.

Esto es fácil de comprender si se piensa que el órgano competente para adoptar una decisión de este tipo no es un órgano político, sino judicial y es judicial no sólo formalmente, sino también —y sobre todo— materialmente, en cuanto a los criterios de fondo que utiliza como base de sus resoluciones —por más que ésta presente algunas peculiaridades respecto de la argumentación e interpretación tradicionales—. Justa-

<sup>659</sup> Kirchhof, Paul, “Efectividad de los derechos fundamentales; en particular, en relación con el ejercicio del poder legislativo”, en el colectivo López Pina, Antonio (dir.), *op. cit.*, nota 66, p. 253.

mente por ello, no tiene el menor sentido que el ordenamiento jurídico atribuya a un determinado órgano judicial el control de constitucionalidad de las leyes, con la facultad de declararlas inconstitucionales con efectos generales y, al mismo tiempo, niegue toda validez o valor al juicio contrario a la constitucionalidad de la norma de la mayoría de los magistrados que integran dicho tribunal, lo que, dicho sea de paso, implica además minusvalorar el criterio de unos magistrados y sobre valorar el de otros.

Resulta obvio que, si la mayoría de los ministros referidos estiman la inconstitucionalidad de la ley impugnada, en cuanto que ese juicio se formula desde una base jurídica racionalizada (y también razonada), su juicio mayoritario no debería dejar de tener consecuencias. Y esas consecuencias han de ser, ante todo, la inconstitucionalidad (e invalidez, en principio) de la norma.

A lo sumo, podría haberse aceptado una solución como la que, como último extremo, propone Fix-Fierro, por la que la ley otorgaría al voto de 6 o incluso 7 ministros el carácter de recomendación al órgano que aprobó la norma impugnada pues, aunque no hay certeza de que ello fuera apropiado para la autoridad de la Corte, al menos se traduciría en una presión bastante fuerte para cambiar una norma inconstitucional.<sup>660</sup> Con todo, incluso esta opción no dejaría de presentar serios inconvenientes, además de que presentaría la misma debilidad teórica y lógica que la hoy implantada: sólo podría ser admitida como mal menor.

Tampoco puede justificarse esta mayoría reforzada en el hecho de que se trate generalmente de “asuntos de gran entidad” pues, aunque ello sea cierto, la mayoría reforzada no es admisible cuando lo que está en juego es la justicia o injusticia —desde la perspectiva constitucional— de una norma, y esa decisión no es una decisión política (como la de un órgano legislativo al aprobar una ley, por ejemplo), sino una decisión *jurídica*, adoptada desde una base eminentemente racional, y —justamente por ello— razonada exhaustivamente. Con todas las particularidades que se quiera —derivadas del contenido tan característico de las normas a interpretar—, se trata, sin ningún género de dudas, de una decisión fruto del raciocinio jurídico, y resultado, no de una conformación de “voluntades” diversas, sino solamente de “interpretaciones” (jurídicas y racionales) diferentes, y en todo caso debidamente

<sup>660</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 9, p. 55.

fundadas, del texto de la Constitución, lo cual es algo absolutamente distinto. El juego que, lícitamente, pueden tener las mayorías reforzadas en el ámbito parlamentario, y tan sólo limitadamente, no es admisible en el ámbito jurisdiccional o de la justicia, ni siquiera cuando se trata de adoptar decisiones de tal gravedad.

Por lo demás, el sistema instaurado puede conducir al absurdo, si se tiene presente que prácticamente las tres cuartas partes de los ministros han de ser partidarios de la declaración de inconstitucionalidad para que ésta proceda, mientras que bastará con que apenas la cuarta parte de ellos (4 de 11) defiendan la desestimación de la pretensión de inconstitucionalidad para que aquélla tenga lugar. Y ello siempre que estén presentes todos los ministros; pero puede darse el caso de que estén presentes sólo ocho de los once (quórum que es legalmente suficiente para la constitución del Pleno), hipótesis en la cual se precisará la unanimidad, nada menos que el voto unánime de todos los ministros, bastando, pues, la oposición a la declaración de inconstitucionalidad de uno solo de ellos (frente a los siete restantes) para que ésta no pueda tener lugar.

A todo ello puede añadirse lo paradójica que resulta esta exigencia de una mayoría reforzada cuando se la pone en relación con la exigencia simplemente de mayoría simple en el Pleno de la Suprema Corte para declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales cuando la cuestión sobre su constitucionalidad se ha planteado por la vía de la controversia constitucional (a pesar de que ello conduzca también a una resolución dotada de efectos generales) o, incluso, también cuando se ha planteado por la vía del amparo contra leyes. Esto último llevará probablemente a que, en la hipótesis de que la Corte, al juzgar por la vía de la acción de inconstitucionalidad sobre la conformidad a la Constitución de un ley, aprecie que la misma es inconstitucional por mayoría simple, pero sin alcanzar la mayoría reforzada de ocho ministros, aunque la acción de inconstitucionalidad resulte efectivamente desestimada, ello no podrá sin embargo impedir que los ciudadanos más pudientes afectados por la ley en cuestión puedan acudir a la vía del amparo contra leyes para lograr que la ley en cuestión les sea desaplicada, como efectivamente habrá de decretar la propia Suprema Corte en cuanto que, por la vía del amparo, no se requiere mayoría reforzada alguna sino mayoría simple a secas. Es obvio que ello encierra una contradicción e incongruencia internas del sistema que no pueden

sostenerse por mucho tiempo, aparte ya de la gran injusticia social que conlleva.

CUADRO DE MAYORÍAS REQUERIDAS PARA QUE PROSPERE LA DECLARACIÓN  
DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN FUNCIÓN DEL NÚMERO  
DE MINISTROS PRESENTES

<i>Número de miembros del Pleno presentes</i>	<i>A favor de la inconstitucionalidad</i>	<i>En contra</i>	<i>Mayoría requerida</i>
11	8	3	72,7%
10	8	2	80,0%
9	8	1	88,8%
8	8	0	Unanimidad

Es preciso señalar, por otra parte, que una regulación como la comentada es desconocida en Europa. Aparte de los países en los que se exige una mayoría absoluta y no simple, que es algo plausible y en modo alguno equiparable a la regulación mexicana,<sup>661</sup> únicamente en Italia se ha producido una propuesta en ese sentido, exigiendo una mayoría (sólo ligeramente) cualificada en la adopción de las decisiones por el Tribunal Constitucional, pero tal propuesta no contó con el más mínimo apoyo político y quedó como una simple y pintoresca anécdota. A ella se ha referido precisamente un expresidente de la Corte Costituzionale, quien —al preguntarse por el papel político de la Corte— señala cómo a ésta no le corresponde “ciertamente un papel tan modesto como pretendía una propuesta —afortunadamente lejana desde el punto de vista de sus posibilidades actuales de prosperar— requiriendo una mayoría cualificada para la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Por mucho que se tratara de una hipótesis abstracta, *su mero planteamiento resulta algo penoso*” (cursiva mía), opinión que nos parece enteramente suscribible

<sup>661</sup> En España, al integrarse el Tribunal Constitucional por doce magistrados (número par, por tanto), en caso de empate se prevé el voto de calidad del presidente, opción que se ha revelado como completamente desafortunada en las muy contadas ocasiones en que se ha tenido que hacer uso de ella. Ello tampoco es equiparable a la exigencia de una mayoría cualificada como la que se requiere en México.

y predicable, en su estricta literalidad, de México.<sup>662</sup> En América Latina, en el Perú, durante la dictadura fujimorista se introdujo una regulación análoga a la que ahora comentamos,<sup>663</sup> que hoy se mantiene de modo que nos resulta inexplicable, pues, como con todo acierto señala Nogueira Alcalá tras un estudio de la cuestión en América Latina, “el Tribunal Constitucional del Perú es el único que exige una mayoría calificada que posibilita que minorías bloqueen la toma de decisiones del Tribunal, imposibilitando la toma de decisiones sobre inconstitucionalidad de preceptos legales”.<sup>664</sup> Se explica así que Dantwitz, en Europa, en uno de los

<sup>662</sup> Bonifacio, Francisco P., “Constitucionalidad, legislación regresiva y civilidad jurídica”, en el colectivo López Pina, Antonio, *op. cit.*, nota 225, p. 81.

<sup>663</sup> En el caso de la sentencia estimatoria, pese al silencio de la Constitución peruana de 1993, la LOTC número 26.435 exigió el voto conforme de seis de los siete magistrados integrantes del Tribunal Constitucional para dictar una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, dando lugar a una encendida polémica doctrinal y forense por considerar con toda razón algunos que se trataba cuando menos de “una limitación preocupante” (Blume) e incluso dio ocasión a sendas sentencias, bien polémicas y bastante esperpénticas, del Tribunal Constitucional, en las que no parece oportuno entrar ya en este momento, pues sólo encuentran explicación en el contexto dictatorial en que se dictaron con una presión sobre el Tribunal Constitucional impensable en un Estado de derecho y son sentencias dignas de pasar, junto con sus autores, a los anales de la ignominia jurídica. En la actualidad, el artículo 8o. de la LOTC de 22 de julio de 2004 (publicada el 23 de julio) establece que el Tribunal Constitucional estará integrado por siete miembros y el artículo 5o. establece que el quórum (esto es, el número mínimo de magistrados que han de estar presentes para adoptar una resolución) es de cinco de sus miembros y, además, se establece, con carácter excepcional para los casos en que se resuelva la inadmisibilidad de la demanda o la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, que el Tribunal ha de adoptar su resolución, no por mayoría simple de votos emitidos (como es la regla general), sino por mayoría de cinco votos conformes (sobre 5, 6 o 7, según el número de magistrados constitucionales presentes). Y precisa: “De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos a favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad”. Ello conlleva una exigencia de una mayoría reforzada o cualificada de cinco votos sobre un total de siete (en caso de estar presentes todos los magistrados), seis o, a lo sumo, cinco; esto es, se exige la unanimidad si sólo están reunidos cinco de los siete magistrados (quórum legal mínimo) o una mayoría calificada del 83,33% o el 71,42% (según estén presentes seis o siete magistrados). Sobre este extremo, que hemos considerado inconstitucional en el caso peruano, véase nuestro trabajo “La acción peruana de inconstitucionalidad”, en un *Libro Homenaje al profesor Domingo García Belaunde* de próxima aparición en Perú.

<sup>664</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2004, p. 173.



escasos estudios monográficos de la cuestión, haya destacado los claros efectos disfuncionales de una exigencia de este tenor en el ámbito de la jurisdicción constitucional, lo que le lleva a buscar alternativas de *self-restraint*.<sup>665</sup> También se explica la fuerte crítica que la exigencia de mayoría calificada ha encontrado en aquellos escasos países que la han adoptado. Fernández Rodríguez, que ha estudiado la cuestión en Europa occidental y oriental, asevera en un juicio certero que no podemos sino compartir enteramente:

Las decisiones, como ocurre en todos los órganos jurisdiccionales colegiados, se suelen tomar por mayoría. La regla general es la de la mayoría simple, que, como en Alemania, Austria o España, alude a los miembros presentes. No obstante, hay casos en los que se prevén mayorías calificadas, como en Bulgaria, Eslovaquia o Lituania, donde se exige mayoría absoluta (en el país báltico esa mayoría absoluta alude a los presentes). En Rusia y Ucrania la mayoría simple se refiere a las materias de las secciones, quedando la absoluta para las competencias del pleno. Asimismo, existen determinadas competencias que por su trascendencia deben ser votadas por mayorías calificadas para salir adelante. De esta forma... en la República Checa [se necesita] mayoría absoluta para la acción abstracta de inconstitucionalidad... Estas previsiones de mayorías calificadas no parecen tener mucho sentido en el funcionamiento de un órgano jurisdiccional.<sup>666</sup>

Se impone, por último, una reflexión más general sobre este punto. Parece ser que lo que se pretendió con una regulación como la que comentamos fue evitar una politización de la Suprema Corte. De ser ese el objetivo buscado, se ha errado el camino, completamente. Y es que la forma de evitar tal politización no es a través de esta exigencia de una mayoría calificada pues, por más que no se produzca una declaración de inconstitucionalidad de una ley por votar en ese sentido la mayoría de los miembros del tribunal pero no ocho de ellos, es obvio que el voto favo-

<sup>665</sup> Von Danwitz, “Qualifizierte Mehrheiten für normverwerfende Entscheidungen des BVerfG? Thesen zur Gewährleistungen des judicial self-restraint”, *Juristen Zeitung*, 10/1996, *in toto*, en especial p. 487. El autor se lo plantea como posibilidad meramente teórica, sin tener en cuenta que hay ordenamientos en que la exigencia de mayorías reforzadas, que él rechaza, se ha hecho realidad.

<sup>666</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 75, p. 54.

nable de la mayoría (o incluso más)<sup>667</sup> de los ministros no puede dejar de afectar a la legitimidad de la ley en cuestión.

No podemos tampoco, en fin, compartir el criterio, a veces defendido, de que estas exigencias de mayorías calificadas pretenda proteger la presunción de la constitucionalidad de las leyes, pues, aparte de lo técnicamente deficiente que resulta hablar de presunción respecto de normas (que no son cuestión de hecho, a diferencia, por cierto, de lo que ocurre en los sistemas de *common law*) y cuando además no se trata de una carga probatoria, esa “presunción” no puede conllevar, en ningún caso, la exigencia de una mayoría reforzada para declarar inconstitucional una ley. Esta presunción puede, y debe, jugar su papel en otros ámbitos o momentos, pero no, desde luego, en lo relativo a la mayoría requerida para la adopción por el órgano competente de una resolución que declare la inconstitucionalidad de una ley, pues entonces sólo se la estará utilizando como “pretexto”; la presunción de constitucionalidad sólo puede significar: primero, que, si la norma impugnada admite dos o más interpretaciones y una de ellas, al menos, es conforme a la Constitución, el Tribunal debe optar por la o las que sean conformes a la Constitución; y, segundo, que la carga de la prueba de la inconstitucionalidad recae sobre el que la afirma. Lo que, sin embargo, no puede deducirse, a nuestro modo de ver, de tal presunción es una exigencia de mayorías calificadas para apreciar la inconstitucionalidad de la norma impugnada por el tribunal que enjuicia a dicha norma. Es también dudoso, en fin, que la presunción de constitucionalidad haya de jugar a costa del ciudadano, ya que la mera existencia de una “presunción de constitucionalidad *contra cives*” es algo que resulta un tanto curioso y cuestionable, a nuestro juicio; y también lo es que el Tribunal Constitucional haya de operar así, como se le ha reprochado, más como un defensor de la ley que como un defensor de la constitucionalidad. Y, en fin, no se comprende muy bien por qué esa presunción de constitucionalidad ha de jugar respecto de tratados internacionales cuyos autores, por lo demás, difícilmente habrán podido tener presentes las concretas exigencias derivadas de la Constitución de cada ordenamiento jurídico nacional, como es fácilmente comprensible, por lo que presumir su constitucionalidad no sólo carece de fundamento (al menos, no tiene una fundamentación democrática), sino que raya lo irracional

<sup>667</sup> Siete sobre once o incluso, poniendo un caso extremo, siete sobre un total de ocho (quórum legalmente suficiente).

o puramente absurdo al suponer la conformidad de una norma internacional a la Constitución nacional cuyas disposiciones raramente se habrán tenido siquiera en cuenta, aparte de que con frecuencia lo que pretenden dichas normas internacionales es justamente la adecuación del ordenamiento interno (incluida la Constitución) a sus estipulaciones, lo que presupone más bien aceptar y asumir, siquiera eventualmente, una contradicción, algo a duras penas racionalmente compatible con una presunción de constitucionalidad (más bien, tendrá que ser el legislador nacional el que tenga que tener a la vista el tratado internacional para reformar las normas, incluso constitucionales, correspondientes a fin de que se adecuen a sus exigencias, lo cual se facilita de modo notorio a través de un control previo de constitucionalidad).

Por otro lado, esta exigencia de mayoría cualificada para declarar inconstitucional una norma impugnada responde, desde una perspectiva teórico-constitucional, a la concepción de Schmitt de la interpretación auténtica de la Constitución por los tribunales como legislación constitucional, que es justamente lo que explicaría tal exigencia; y desde una vertiente más pragmática, se pretendería con ello potenciar el *self-restraint* de la jurisdicción constitucional frente al legislador o el Poder ejecutivo (al aprobar determinados decretos o tratados internacionales), cuando no, y a veces incluso confesadamente, reducir a la jurisdicción constitucional a un papel mínimo.

La mayoría cualificada requerida es probable, en fin, que produzca el efecto contrario, justamente, al que se buscó, pues en aquellos casos en que seis o siete de los ministros se pronuncien en favor de la declaración de inconstitucionalidad de la ley y ésta no se produzca por oponerse a la misma cuatro magistrados (todo lo más, pero a veces únicamente tres, dos o incluso uno solo),<sup>668</sup> es evidente que se producirá una deslegitimación difícilmente salvable de la ley en cuestión que sólo servirá para enconar, políticamente hablando, una cuestión que hasta ese momento se había mantenido en reposo. Quiero con ello decir que la eficacia que *jurídicamente* se niega al voto favorable de la mayoría de los ministros no afecta en modo alguno al valor *político* que dicho voto tiene en sí mismo y los partidos se encargarán de darle,

<sup>668</sup> Sólo habrá un magistrado que se oponga, eficazmente, a la declaración de inconstitucionalidad en el caso de que el pleno se constituya con sólo ocho ministros pues bastará con la oposición de uno de ellos para que no se forme la mayoría precisada de ocho ministros favorables a la declaración de inconstitucionalidad.

aparte del que pueda también tener, con toda razón, para la opinión pública. El conflicto, entonces, lejos de resolverse, podría fácilmente aca-  
bar agudizándose.

De este modo, resulta patente que una medida con la que preten-  
didamente se trató de evitar la politización de la justicia podría llevar a  
un resultado justamente inverso y a una agudización política de un con-  
flicto que bien podía haber quedado resuelto por la vía jurídica, sin riesgo  
mayor de politización de la justicia.

Precisamente por todo ello, es especialmente necesario que los mi-  
nistros busquen por todos los medios un acuerdo de sus diversas posi-  
ciones a fin de evitar a toda costa resoluciones en que una mayoría de  
los ministros se pronuncia a favor de la inconstitucionalidad, a pesar  
de lo cual ésta no llega a tener efectos jurídicos por no ser la mayoría  
suficiente. Por la misma razón deberán evitar a toda costa, y en la medi-  
da de lo posible, la constitución del Pleno sin alguno de sus miembros.  
La limitada experiencia de la acción de inconstitucionalidad es, en este  
sentido y globalmente considerada, positiva, aunque no sin excepciones  
difícilmente evitables.

Permítasenos terminar con una breve reflexión, referida no tanto a  
insistir una vez más en la idea de que la medida estudiada puede llegar  
a ser, a fin de cuentas, contraproducente —y llevar así a resultados opues-  
tos a los que se buscaban—, cuanto al hecho de que la mayoría requerida  
constitucionalmente para emitir una declaración de inconstitucionalidad  
de la ley es un dato de enorme significación para calibrar la since-  
ridad de la reforma, la verdadera voluntad política de instaurar en México  
una vía por la cual pueda controlarse la conformidad a la Constitución  
de las leyes, así como también un mecanismo de protección o defensa  
(*ex post facto*, pero también preventiva por la vía disuasoria) de las mino-  
rías políticas. Y a la luz de lo visto, es claro que esa voluntad no era,  
en modo alguna, decidida. Se ha instaurado la acción de inconstitucio-  
nalidad, pero se ha hecho con cierto temor a que pudiera afectar a las  
decisiones básicas adoptadas por las Cámaras legislativas; no es más que  
otra manifestación de lo que Carpizo ha llamado el “miedo a la propia  
creación que inspiró al Poder Revisor de la Constitución al crear la acción  
de inconstitucionalidad”.<sup>669</sup> Es probable que ello, más que ninguna otra

<sup>669</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 13, pp. 837 y 838, quien, no obstante, se muestra  
partidario de una mayoría ligeramente cualificada (siete ministros sobre once).

causa o justificación racional que pueda buscarse, explique (aunque difícilmente justifique) la exigencia de una mayoría tan reforzada en favor de la declaración de inconstitucionalidad para que ésta se produzca. Un sistema como el actual nace herido de muerte y un replanteamiento serio de las funciones del órgano de la constitucionalidad habrá de conducir, antes o después, a comprender la necesidad inexorable de una reforma que viene exigida por el sentido común y la propia eficacia del órgano: la declaración de inconstitucionalidad debe prosperar siempre que aparezca respaldada por la mayoría simple de los magistrados presentes.

Las situaciones teóricas a que aludíamos en anteriores ediciones han llegado a darse, pese a los esfuerzos ímprobos de los ministros por evitarlos. Y además, han venido a corroborar lo que entonces afirmábamos. Así, es de destacar que en un caso particularmente controvertido y espinoso, la acción de inconstitucionalidad relativa al artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (despenalización parcial del aborto, “indicación criminológica” por violación o inseminación artificial no consentida), seis ministros se pronunciaron a favor de declarar inconstitucional el artículo impugnado —y no sólo eso, sino que cinco de ellos, en su voto particular conjunto, consideraron a dicho precepto como “notoriamente inconstitucional”, entre otras cosas—, mientras que sólo cinco ministros sostuvieron su constitucionalidad, pese a lo cual dicho precepto no fue declarado inconstitucional, sino que su conformidad a la Constitución fue convalidada. Pese a ello, el voto particular de los ministros José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia no sólo expresó su discrepancia más absoluta, sino que tampoco se privó de indicar que:

*Paradójicamente, es el primer caso en la historia de la Suprema Corte en el que la mayoría no decide el asunto, pues los artículos 105 de la Constitución y 72 de su ley reglamentaria establecen que para declarar la invalidez de una norma de carácter general se requiere una mayoría de 8 votos. ...En cuanto a este tema, se reconoce el principio establecido por el órgano que, conforme al artículo 135 constitucional, se encuentra facultado para adicionar y reformar la Constitución Federal. La Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con lo previsto en los artículos 94, 103, 104, 105, 106 y 107 de la propia Carta Fundamental, debe vigilar que ésta sea acatada por todas las autoridades del país, lo que le*

impone como un deber fundamental, ser la primera que cumpla con ella. Naturalmente, para cumplir con esa, su primera función, debe interpretarla, pero cuando, como en el numeral 105 constitucional a que se alude, el texto es suficientemente claro y no es posible, jurídicamente, darle un alcance diverso, debe cumplirlo con exactitud. Simplemente, si se impugnó una norma general y no hay una mayoría especial de 8 votos en el sentido de que se declare su invalidez, debe desestimarse la acción y archivarse el expediente.

Al mismo tiempo, estos ministros discrepantes expusieron, con fino criterio jurídico, alguna paradoja más a que daba lugar la exótica exigencia de una mayoría reforzada de ocho ministros para declarar inconstitucional una ley combinada con la posibilidad de formular votos particulares (mayoritarios, incluso):<sup>670</sup>

En el estudio que se realiza de las disposiciones citadas, se interpreta, con sana lógica, que en ese supuesto es factible que se produzcan votos particulares de quienes asumieron las posiciones mayoritaria y minoritaria, aunque esto crea una dificultad que conviene destacar en forma preliminar. Se debe hacer el análisis del artículo sin contar con la postura contraria, expresada formalmente en el voto o votos particulares opuestos, haciéndose referencia a lo expresado en las sesiones, que puede o no corresponder a ello. Es factible que en los referidos votos se introduzcan temas que no fueron expuestos en las sesiones en que

<sup>670</sup> “Acción de inconstitucionalidad. En el caso de una resolución mayoritaria en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, que no sea aprobada por la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el artículo 105, fracción II, último párrafo, de la Constitución federal, la declaratoria de que se desestima la acción y se ordena el archivo del asunto debe hacerse en un punto resolutivo. Del análisis sistemático de los artículos 59 y 73 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, en relación con los numerales 41, 43, 44, 45 y 72 de la propia ley, se desprende que al presentarse en una acción de inconstitucionalidad la hipótesis de una resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada y que no haya sido aprobada por cuando menos ocho votos de los ministros (mayoría exigida para invalidar la norma), debe hacerse la declaración plenaria de la desestimación de la acción y ordenar el archivo del asunto, en un punto resolutivo de la sentencia, y además en este supuesto, de acuerdo al sistema judicial, si bien no existirá pronunciamiento sobre el tema de inconstitucionalidad, sí podrán redactarse votos por los ministros de la mayoría no calificada y por los de la minoría, en los que den los argumentos que respaldaron su opinión”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XV, febrero de 2002, p. 419, Acción de inconstitucionalidad 10/2000, Tesis jurisprudencial 15/2002.

se debatió el asunto; sin embargo, resulta válido circunscribirse a los que se expusieron en tanto que la votación obedeció a ellos y no a los que se introdujeran con posterioridad, en la hipótesis de que así llegara a suceder. Asumiendo este riesgo inevitable, expresamos a continuación las razones por las que [discrepamos]...

Todo el arsenal argumentativo desplegado no hace sino poner de relieve los inconvenientes e incongruencias insalvables en que se basa la exigencia de mayoría reforzada de ocho ministros, por lo que, pasados algunos años, reiteramos nuestro convencimiento de que, a la larga y por las abundantes razones expuestas, una exigencia como esta habrá de ser abrogada si realmente quiere tomarse en serio la supremacía constitucional en México, eliminando así la que, a nuestro juicio (que se somete a cualquier otro mejor fundado en derecho), es la mayor de las deficiencias de la acción federal mexicana de inconstitucionalidad.

## 2. *Contenido formal de la sentencia. Publicación*

La propia Ley reglamentaria establece cuál ha de ser el contenido de las sentencias, por referencia a lo regulado respecto de las sentencias dictadas con motivo de controversias constitucionales. Y con arreglo al artículo 41, la sentencia deberá contener:

- a) *La fijación breve y precisa de las normas generales impugnadas*, las que no tienen por qué ser reproducidas íntegramente.
- b) *Los preceptos que la fundamenten*, que tampoco tienen que ser reproducidos en su literalidad.
- c) *Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados*. La eficacia de estas “consideraciones” se regula positivamente en el artículo 43 LR105, en los siguientes términos:

Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos [*ratio decidendi*], serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales.

La Suprema Corte ha interpretado que las consideraciones que sustentan los puntos resolutivos en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, tienen la misma naturaleza jurídica de la jurisprudencia y, en esa medida, es obligatorio acatar el contenido de dichas consideraciones y que, por ello mismo, al tener estas “consideraciones expresadas en las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales” (*sic*) el carácter de jurisprudencia, su aplicación no vulnera el principio de irretroactividad:

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la tesis P/J. 145/2000 que la aplicación de la jurisprudencia no viola la garantía de irretroactividad de la ley porque no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de la ley, sino que se trata de la interpretación que de ella hacen los tribunales federales, sin que constituya una norma jurídica nueva equiparable a la ley con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción. Asimismo, la Primera Sala de este Alto Tribunal determinó en la tesis 1a./J. 2/2004 que las consideraciones que sustentan los puntos resolutivos en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, tienen la misma naturaleza jurídica de la jurisprudencia y, en esa medida, es obligatorio acatar el contenido de dichas consideraciones. En esa tesitura, el hecho de que en los resolutivos de una acción de inconstitucionalidad se haya declarado la invalidez de la disposición impugnada, y que dicha declaratoria tenga efectos generales, no significa que las consideraciones que la sustentan se equiparen a una norma legal, en virtud de que si bien es jurídicamente factible resolver con base en las razones y fundamentos expresados al fallar la referida acción de inconstitucionalidad, ya que aquéllas se equiparan a la jurisprudencia, su aplicación no vulnera el principio de irretroactividad y, por ende, no existe impedimento jurídico alguno para resolver con base en el criterio y consideraciones expresados al fallar una acción de inconstitucionalidad o una controversia constitucional, aun cuando la disposición impugnada se haya aplicado con anterioridad a que éstas hayan sido resueltas.

Esta interpretación resulta ser, al menos formulada en términos absolutos, excesivamente formalista porque si bien la jurisprudencia que interpreta un precepto no puede equipararse al precepto mismo interpretado ni, por consiguiente, los cambios en esa jurisprudencia pueden equipararse a un cambio del precepto, no cabe duda que una jurisprudencia



dencia clara y bien establecida interpretando un determinado precepto equivale en la práctica al precepto mismo, por lo que los cambios o giros en esa jurisprudencia deberían estar sujetos a la prohibición de retroactividad en unos términos análogos a los que rijan para las leyes mismas, especialmente en lo que se refiere a la interdicción de la retroactividad penal perjudicial para el reo. En este punto, se plantean dos problemas fundamentales:<sup>671</sup> *a)* si los giros jurisprudenciales en la interpretación de una norma penal desfavorables al reo pueden aplicarse retroactivamente a los hechos sucedidos con anterioridad a dicho cambio de criterio; *b)* si los giros jurisprudenciales “contra reo” pueden dar lugar a la revisión de condenas penales. El tema ha sido estudiado, sobre todo, en la elaboradísima dogmática jurídico-penal alemana desde hace varias décadas, sin que se haya llegado hasta ahora a una solución unívoca (aunque predomina la tesis de que cabe la aplicación retroactiva, si bien con la posibilidad del acusado de alegar un error de prohibición), y también en la doctrina norteamericana ello ha sido controvertido. A nuestro modo de ver, ha de tenderse a extender las prohibiciones de retroactividad (penal, restrictivas de derechos fundamentales, etcétera) que rijan respecto de las leyes a los giros bruscos *a)* en la jurisprudencia “bien y claramente establecida” *b)*, con la consiguiente retroactividad de los giros bruscos en la “jurisprudencia bien y claramente establecida” que sean favorables al reo o afectado, aun-

<sup>671</sup> Supongamos que, en un determinado ordenamiento, existe una jurisprudencia clara y bien establecida en el sentido de que es inconstitucional que un tipo penal de los llamados en blanco se complete con normas de rango inferior a la ley parlamentaria o con normas estatales (a fin de que una misma conducta no pueda ser delito en un estado federado, pero no serlo en otro), y que el órgano de la constitucionalidad ha declarado numerosas leyes inconstitucionales por remitirse a normas infralegales o a normas estatales, pero, en un momento dado, se produce, por cambios en la composición o por otras razones, un giro jurisprudencial repentino y brusco en el órgano de la constitucionalidad en el sentido de considerar perfectamente constitucionales esas técnicas (la remisión de una norma penal en blanco a normas federales de rango inferior a la ley o a normas estatales). Y por otro lado, supongamos la situación inversa: un giro jurisprudencial a la inversa. Desde luego que en ninguno de los dos casos se habrá producido una reforma o modificación de los correspondientes artículos de la Constitución, pero la nueva interpretación, en la realidad de las cosas, sí que significa un cambio brusco en el significado realmente operativo de los correspondientes preceptos constitucionales en que se base esa interpretación, y esto ha de tenerse en cuenta, al menos en los casos en que nos movamos en materia penal, sancionadora o de restricciones graves a un derecho fundamental (1) y el cambio sea brusco respecto de una jurisprudencia claramente establecida (2), con aplicación análoga de la prohibición de retroactividad que rige respecto de las leyes, aunque sea en términos menos estrictos.

que los términos exactos no tienen que ser coincidentes con los que rigen para las leyes, sino que deben ponderarse los distintos intereses contrapuestos en cada caso. Y es que, en cuanto a una eventual aplicación retroactiva de un giro jurisprudencial *contra cives*, lleva toda razón Scalia, a nuestro modo de ver, en los Estados Unidos, cuando comenta: “la decisión de hoy da lugar... a una Constitución curiosa, que sólo le podría gustar a un juez. Se trata de una Constitución bajo la cual, en virtud de la cláusula que prohíbe leyes *ex post facto*, los representantes elegidos por el pueblo no pueden, de modo retroactivo, convertir en asesinato lo que no era asesinato cuando tuvieron lugar los hechos; pero sí pueden hacer exactamente eso los jueces no elegidos por el pueblo”.

d) *Los alcances y efectos de la sentencia.* En caso de declaración de invalidez de la norma impugnada, los efectos de la sentencia “deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada”. Esta precisión del artículo 41.IV LR hay que entenderla, en rigor, como una quiebra legal del principio de congruencia —que exige que exista una exacta correlación entre el *petitum* de la demanda y el contenido del fallo—, pero que en realidad constituye una exigencia ineludible de la propia estructura del proceso de control normativo a fin de salvaguardar la necesaria coherencia del texto legal al que pertenecían los artículos anulados y ello porque lo dispuesto en ese artículo no puede interpretarse como referido exclusivamente a las normas que dependan *lógicamente*<sup>672</sup> de la norma que se invalida y ello tanto si son normas legislativas como si son normas reglamentarias. La lógica del precepto, que guarda por lo demás correlación con preceptos análogos en todos los sistemas de control concentrado de constitucionalidad, es la de preservar la coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Es particularmente necesario, en cualquier caso, que la Suprema Corte establezca claramente cuáles son esos preceptos a los que se extienden los efectos de la sentencia estimatoria, así como también, por otra parte, la fecha a partir de la que “las sentencias producirán sus efectos” (artículo 45 LR105).

e) Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales.

<sup>672</sup> Véase lo que después diremos respecto de las sentencias de nulidad parcial.

### 3. *Efectos de la sentencia: sentencias estimatorias y desestimatorias.* *El valor de la cosa juzgada*

La LR105 regula en qué supuestos la sentencia ha de considerarse estimatoria y en cuáles desestimatoria: “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos”, de tal forma que si la sentencia no es aprobada por la mayoría indicada, “el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto”. Ello no es más que una precisión de lo dispuesto por el artículo 105 constitucional en el sentido de que “las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos”: sólo en ese caso puede considerarse estimatoria (de la inconstitucionalidad) la sentencia.

#### *A. Efectos en cuanto a los destinatarios*

Lo que interesa en primer lugar resaltar es que, en principio,<sup>673</sup> si la sentencia es estimatoria, el efecto que produce es la declaración de la invalidez de la norma, su expulsión pura y simple del ordenamiento jurídico, declaración de invalidez que tendrá efectos generales y no particulares o limitados a una determinada relación jurídica. Ello resulta ser una necesidad imperiosa y una exigencia lógica del propio control concentrado abstracto de constitucionalidad porque, como nos dice Brewer Carías, en estos casos “la relación procesal no se establece entre un demandante y un demandado, sino más bien, fundamentalmente, entre un recurrente y una ley o acto estatal cuya constitucionalidad está cuestionada. En este caso, el objeto de la decisión acerca de la constitucionalidad de la ley es su anulación, y los efectos de la decisión son necesariamente *erga omnes*. Nunca deberían ser *inter partes*, particularmente debido a la ausencia de partes propiamente dichas en el procedimiento”.<sup>674</sup>

Sea como sea, y tal y como ya hemos dicho en un momento precedente, estos efectos generales que tiene la sentencia dictada en este

<sup>673</sup> Y sin perjuicio de la utilización que la Corte pueda hacer en el futuro de alguna de las técnicas sentenciadoras a que luego aludiremos.

<sup>674</sup> Brewer Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 133, pp. 155 y 156.

proceso constitucional, cuando sea estimatoria de la inconstitucionalidad alegada, constituyen, en México, una novedad absoluta, acaso una de las más relevantes de la reforma. Con ello, tal y como Fix-Fierro<sup>675</sup> ha señalado, “se rompe una barrera, psicológica se diría, construida alrededor de la famosa ‘fórmula Otero’ en el juicio de amparo”.

En virtud de esta fórmula, que sigue siendo hoy de aplicación al juicio de amparo, las sentencias sólo pueden ocuparse “de los individuos particulares... limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.<sup>676</sup> Contra esta limitación o restricción de los efectos a las partes intervinientes en el proceso (de amparo), como ya se ha señalado, se ha venido mostrando muy crítica la doctrina desde hace ya largos años, y no sólo por razones de economía procesal, sino ante todo por razones de justicia material, ya que de este modo lo que ocurre es que se lesiona, grave y patentemente, el derecho a la igualdad de los ciudadanos, en cuanto que la declaración de inconstitucionalidad de un determinado precepto legal en la sentencia sólo beneficia al ciudadano concreto que ha intervenido en el proceso y, a lo sumo, a todos los que acudan a los tribunales con posterioridad a efectos de que no se les aplique la ley en cuestión. Se proponía, por ello, otorgar efectos generales a las sentencias que declarasen inconstitucional un precepto, bajo ciertas condiciones.<sup>677</sup> Ese paso no se ha dado todavía en el ordenamiento mexicano, pero no ofrece dudas que la introducción en su sistema constitucional de una acción de inconstitucionalidad dotada de efectos generales, así sea con notables condicionamientos, supone un avance en esa línea que hará ineludible, antes o después, la extensión de los efectos generales, en ciertas condiciones, al propio amparo contra leyes.

<sup>675</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 9, p. 123.

<sup>676</sup> Artículo 76 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>677</sup> Fix-Zamudio proponía que cuando el pleno de la Suprema Corte estableciese jurisprudencia obligatoria de que un determinado precepto es inconstitucional, el quinto fallo en ese sentido habría de publicarse en el *Diario Oficial de la Federación* y, a partir de su publicación, el precepto legal quedaría sin efecto para el futuro (sin perjuicio de su desaplicación en los juicios de amparo en los cuales se planteó la cuestión respectiva). Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, p. 193.

## B. Efectos en el tiempo

Por lo que a la eficacia en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad se refiere, hay que decir que la nulidad que dicha declaración encierra puede concebirse o ser configurada de dos formas distintas:

a) Como *nulidad ex tunc*, en cuyo caso los efectos de la nulidad son de carácter retroactivo, aunque dicha retroactividad suele conocer algún tipo de límites, especialmente el respeto a la cosa juzgada (salvo en materia penal, cuando favorezca al reo). Esta eficacia, no sin ciertos límites, es típica de sistemas como el español, el italiano o el alemán<sup>678</sup> en Europa, y de Costa Rica<sup>679</sup> (países que la toman, a su vez, del sistema norteamericano).

b) Como *nulidad ex nunc*, es decir, una nulidad que no produzca efectos retroactivos, sino que sólo es efectiva a partir del momento de su declaración. La sentencia no es aquí meramente declarativa, sino constitutiva. Esta es la nulidad, anulabilidad más bien, propia del sistema austriaco originario, a fin de equiparar la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad “a una derogación —sobre lo cual se ha basado su calificación como ‘*acto de legislación negativa*’ ”.<sup>680</sup> En palabras del propio Kelsen, la eficacia retroactiva de las sentencias que declarasen la inconstitucionalidad de un precepto legal difícilmente podría ser justificada, no sólo por las consecuencias críticas de todo efecto retroactivo, sino especialmente porque la decisión concernía a un acto del legislador (constitucional), y el legislador también estaba autorizado para interpretar la Constitución, incluso cuando estuviese sometido en este aspecto al control judicial. Mientras el Tribunal no declare in-

<sup>678</sup> Para Alemania, Pestalozza, Christian, ““Noch verfassungsmässige und” “bloss verfassungswidrige” rechtslagen. Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände”, en el colectivo Christian Starck (dir.), *op. cit.*, nota 69, tomo I, p. 522; para Italia, el colectivo *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989; para España, García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 401, vol. I, p. 191, quien sostiene asimismo que esta nulidad retroactiva “es común en los demás sistemas de jurisdicción constitucional distintos del austriaco”. No obstante, hay que decir que la cuestión no es del todo pacífica ni en el derecho alemán ni en el español y no hay absoluta unanimidad sobre este punto.

<sup>679</sup> En Costa Rica, la sentencia estimatoria tiene efectos *ex tunc*, retroactivos, salvo respecto de los derechos adquiridos de buena fe o respecto de situaciones consolidadas por prescripción, caducidad o en virtud de una sentencia judicial.

<sup>680</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 401, vol. I, p. 191.

constitucional una ley, la opinión del legislador expresada en un acto legislativo, tiene que ser respetada.<sup>681</sup>

En la concepción kelseniana, el efecto *pro futuro* debía tener lugar, así pues, a partir del día de la publicación (*ex nunc*) de la sentencia. Sin embargo, el propio Kelsen previó la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pudiese prorrogar esos efectos por un *plazo de espera* (*Wartefrist, Karenzfrist*)<sup>682</sup> —que algún comentarista de la época no dudó en comparar a la *vacatio legis*—. Se previó tal posibilidad con la finalidad de evitar las consecuencias que en ocasiones podrían derivarse del vacío legislativo, pues ese plazo de espera permitiría al Parlamento reemplazar la ley cuestionada por una nueva y constitucional, antes de que la anulación sea efectiva.

La *Constitución austriaca* consagraría positivamente esta idea en su originario artículo 140.2, en el que se facultaba al Tribunal Constitucional para *prorrogar la eficacia de la sentencia por un plazo de hasta seis meses desde el día de su publicación*. Esta facultad del alto tribunal se mantiene hasta el día de hoy, si bien el plazo de *prórroga jurisprudencial* de la vigencia de la ley ha ido creciendo en sucesivas reformas constitucionales hasta la última, de 1992, que lo fija en un máximo de dieciocho meses (actual artículo 140.5 Constitución).<sup>683</sup> Y, por otra parte, el actual artículo 140.7 establece una norma de extraordinaria importancia, que se ha revelado útil en múltiples casos: “La ley [declarada inconstitucional] se mantendrá, sin embargo, aplicable a los *hechos consumados antes de la anulación*, a excepción del asunto que originó la anulación, *a menos que el Tribunal Constitucional hubiere*

<sup>681</sup> Kelsen, Hans, *cit.*, nota 122, p. 219. No obstante, esta regla de la eficacia no retroactiva tiene, en la propia concepción austriaco-kelseniana, “sin embargo una excepción. La ley anulada por el Tribunal ya no debe aplicarse a aquello que motivó el control constitucional y la subsiguiente aplicación de la ley. Como este caso ocurrió antes de la anulación, ésta tenía, con respecto a dicho caso, un efecto retroactivo”. Y si bien dicha excepción no se previó expresamente en la Constitución austriaca de 1919, la doctrina y el propio Tribunal Constitucional la consideraron implícita en la regulación constitucional.

<sup>682</sup> Sería el efecto *pro futuro* en sentido propio, a distinguir de los efectos *ex nunc* y *ex tunc*, si se permite la diferenciación —un tanto convencional— de estas modalidades.

<sup>683</sup> La reforma de 5 de junio de 1992 señala que es sólo un plazo máximo (“este plazo no excederá...”), correspondiendo al Tribunal Constitucional fijar su duración concreta en función de las circunstancias.

*dispuesto otra cosa en su sentencia de anulación*".<sup>684</sup> En conclusión, estas distintas reglamentaciones permiten al Tribunal Constitucional adaptar el efecto del fallo a las condiciones del caso, lo cual se ha contrastado en la práctica y se ha estimado claramente preferible al criterio de que las sentencias decretasen una nulidad *ex tunc*, y probablemente sea ésta una de las razones que más han influido para que se acepte que los fallos del Tribunal Constitucional tengan fuerza obligatoria.<sup>685</sup>

Pero si en el sistema austriaco se ha producido una evolución desde un sistema de eficacia *ex nunc* de la nulidad, a otro en que el Tribunal tiene un amplio margen de libertad para determinar la eficacia en el tiempo de sus sentencias (tanto hacia el pasado, como hacia el futuro), no menos patente es la evolución que se ha producido en los sistemas con eficacia, en principio, *ex tunc* (retroactiva) de la sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad:

a) En el propio sistema norteamericano, debe decirse que, desde 1965, el Tribunal Supremo americano, que hasta entonces se había atenido al principio de la nulidad *ex tunc* o *ab initio*, a partir de ese momento va a sentar la importante doctrina de que "la Constitución ni prohíbe ni exige efectos retroactivos", lo que le va a permitir, por la vía de excepción, admitir los efectos no retroactivos a las declaraciones de inconstitucionalidad en ciertos supuestos: es la conocida como *doctrina de la prospectividad*.

b) En los sistemas europeos de jurisdicción constitucional se ha desarrollado, fundamentalmente por vía jurisprudencial, un verdadero arsenal tipológico de sentencias constitucionales, algunas de las cuales vienen a romper en la práctica con el principio general de eficacia *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad. A este arsenal de sentencias atípicas nos referiremos en el último capítulo.

Por lo que a *México* ya se refiere, merecen ser destacados los siguientes puntos de la regulación constitucional positiva de los efectos

<sup>684</sup> Se consagra así un sistema que parte de la regla general de la eficacia *ex nunc* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad (efecto *ex nunc*), si bien por vía de excepción se admite tanto que el tribunal pueda diferir esa eficacia hasta un máximo de 18 meses (efecto *pro futuro*), como que el tribunal pueda establecer en su sentencia que la ley no se aplique a hechos consumados con anterioridad a la sentencia y, en este último caso, no se establece límite temporal alguno a la eficacia retroactiva (efecto *pro praeterito*).

<sup>685</sup> Ermacora, Félix, *op. cit.*, nota 182, p. 530.

en el tiempo de las sentencias estimatorias pronunciadas en el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad:

a) El *principio general* de que se parte en cuanto a los efectos temporales de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad está formulado negativamente en el artículo 105 constitucional, al señalar que *la declaración de inconstitucionalidad no tendrá efectos retroactivos*. Esta es la solución general en Latinoamérica: Panamá, Brasil, México, Colombia, Guatemala, Bolivia, Venezuela, Perú, Ecuador.<sup>686</sup>

b) Nada se dice, sin embargo, en el texto constitucional, sobre el *dies a quo* de esos efectos temporales de una eventual sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad. La Constitución sólo dice que la nulidad no tendrá efectos retroactivos, pero tampoco afirma expresamente que haya de producir necesariamente sus efectos inmediatamente después del pronunciamiento de la Suprema Corte.

c) Aprovechando este vacío constitucional sobre el *dies a quo*, el legislador reglamentario —siguiendo de cerca, por lo demás, el sistema austriaco del *Wartefrist*— ha establecido que “*las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia*” (artículo 45 LR105).

Esta interpretación del texto constitucional por el legislador ordinario no era la única posible, si bien su constitucionalidad no parece discutible. Hay que reconocer, por lo pronto, que el hecho de que el texto constitucional guarde silencio sobre el momento en que las sentencias han de empezar a producir sus efectos no puede ser interpretado como una remisión en blanco al legislador en tan importante punto, obviamente. De otra forma, esa remisión sin más al legislador dejaría en manos de éste la destrucción pura y simple de todo el sistema trabajosamente diseñado para controlar, concentradamente por la Suprema Corte y por vía de acción planteada por determinados órganos políticos, la constitucionalidad de las leyes y tratados internacionales. El legislador no puede ser libre para establecer, pongamos por caso, que las sentencias producirán sus efectos a los 10 años de su publicación, ni otras regulaciones disparatadas que rompan con el sistema introducido por

<sup>686</sup> Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 133, pp. 156 y ss.



el artículo 105 constitucional, y así se desprende de la más obvia interpretación sistemática y teleológica del citado precepto.

Pero nada de eso es lo que se hace mediante una regulación como la señalada, pues no es el legislador quien, directamente, establece una eficacia diferida de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, sino que meramente autoriza a la Suprema Corte a establecer esa eficacia diferida, previsión que se revela útil y, a la luz del derecho comparado (como enseguida veremos), acertada. Con todo, hay que decir que *existen ciertos rasgos del sistema austriaco que no se han seguido en el caso mexicano, y que hacen a aquél superior*. Concretamente:

a) A diferencia del sistema austriaco, *no se admite* (fuera de lo que se dirá respecto de la materia penal), en ningún caso, la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad. No se otorga a la Suprema Corte facultad alguna para establecer, en ciertos casos, que la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad se extienda a hechos consumados con anterioridad a la misma, como sí se hace en Austria, siquiera por la vía de excepción.

b) En cuanto a la eficacia diferida, la letra de la ley no señala ningún plazo máximo de prórroga jurisprudencial de la vigencia de la ley declarada inconstitucional, a diferencia del plazo de 18 meses que prevé la Constitución austriaca. Tampoco se prevé, en la ley, esa eficacia diferida como excepción a una regla general de eficacia inmediata a la publicación de la sentencia, como sí hace la Constitución austriaca, aunque ello no obsta a considerar que así debe ser en efecto: aunque la ley no establezca expresamente esa regla general de la eficacia inmediata, una interpretación de acuerdo al texto constitucional (que no dice nada sobre el *dies a quo*, partiendo más bien, implícitamente, de la eficacia inmediata como regla general) ha de llevar necesariamente a esa conclusión y además supone que, en todo caso, el plazo que se establezca de *vacatio sententiae* (valga la expresión) de la declaración de inconstitucionalidad ha de estar justificado —en atención a las circunstancias, y a las (negativas) consecuencias de una eficacia inmediata (que habrán de explicitarse y justificarse en la sentencia)—, y no sólo en cuanto a su establecimiento, sino también en su duración. Hay que reconocer, no obstante, que ello va a depender, más que nada, de la prudencia y buen sentido de la Suprema Corte, que sin duda no falta-

rán, sin que haya posibilidad alguna de control, más allá del de la opinión pública y la doctrina, pues sólo *in extremis* habrá de intervenir el propio legislador.

c) La única *excepción* que establece el propio artículo 105 constitucional al principio general de irretroactividad de los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad viene referida a la “materia penal”, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables en esta materia. Habrá que determinar si cabe una interpretación amplia y entender incluidas dentro de la materia penal a las normas sancionadoras administrativas.

### C. El valor de cosa juzgada

Las sentencias se benefician, por lo demás, del valor de cosa juzgada, es decir, no son susceptibles de recurso alguno<sup>687</sup> y se imponen a todos los poderes públicos y autoridades.<sup>688</sup> Además, la Suprema Corte no puede volver a conocer de la constitucionalidad de esas mismas normas (identidad de objeto) cuando los conceptos de invalidez alegados sean los mismos (identidad de causa)<sup>689</sup> por ser esa una causa legal de improcedencia.

Se plantea también la cuestión de si la autoridad de cosa juzgada vincula a la propia Suprema Corte en cuanto a la doctrina formulada y a la interpretación por ella sostenida y aquí hay que entender que la Suprema Corte no está *absolutamente* “atada” por sus decisiones anteriores sino que, puesto que la Constitución no es una fórmula matemática ni puede tampoco ser un texto muerto, puede el alto tribunal rectificar criterios anteriores,<sup>690</sup> lo que en cualquier caso habrá de hacerse sólo en ocasiones contadas, con prudencia y, como hemos dicho al hablar de la argumentación, con una fundamentación especialmente intensa.

<sup>687</sup> Artículo 51 LR.

<sup>688</sup> Artículo 43 LR.

<sup>689</sup> Aunque el artículo 19.IV LR exige no sólo identidad de objeto y de causa, sino también de partes, entiendo que ello es así respecto de las controversias únicamente, a las que específicamente se dirige el precepto, pero no respecto de las acciones de inconstitucionalidad, a las que se refiere sólo indirectamente, por remisión al mentado precepto del artículo 65 LR y que responden a una lógica distinta.

<sup>690</sup> Nos referimos a los criterios que hayan constituido la *ratio decidendi* de una resolución anterior y no a los *obiter dicta*, que no le vinculan en absoluto.

#### 4. Excursus: *el desarrollo por las jurisdicciones constitucionales de un rico arsenal tipológico de sentencias atípicas*

##### A. *Introducción*

Es sabido que las sentencias de los órganos de la constitucionalidad se enfrentan con mucha frecuencia a problemas de mucho alcance político, social y económico, o de gran complejidad, en especial cuando conllevan un “juicio a la ley”, que es decir tanto como a los productos del legislador democrático y es justamente esa gravedad consustancial a toda declaración de inconstitucionalidad —ya por el mero hecho de que supone la intervención del tribunal constitucional en el campo del legislador, democráticamente elegido, para “corregirlo”, pero a veces, además, por las importantes consecuencias (financieras, especialmente) que de ella pueden derivarse—, junto con la necesidad en ocasiones de evitar males mayores que los que se tratan de conjurar (así, respecto del principio de igualdad normativa), lo que explica por qué los diversos Tribunales Constitucionales, y el propio Tribunal Supremo americano, hayan ido “descubriendo” y creando, por medio de la interpretación constitucional y normalmente sin base legal explícita, diversas técnicas que modulan de alguna forma la declaración pura y simple de inconstitucionalidad, especialmente en aquellos sistemas que parten como principio general de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad.

Ello ha podido dar lugar a situaciones como la italiana, donde, como Rolla y Groppi subrayan, frente al carácter estático de la legislación procesal constitucional, la jurisprudencia constitucional se ha caracterizado por un “intenso dinamismo”,<sup>691</sup> en especial respecto de las modalidades sentenciadoras y sus efectos sobre el ordenamiento. Y esta variedad tipológica de sentencias de inconstitucionalidad ha llevado también a Fernández Segado, siguiendo a Barile, a hablar de que los tribunales constitucionales, por medio de una cierta sustitución institucional parcial respecto del legislador (se habla incluso de *sentenze-legge* por Zagrebelsky), “influyen sobre el *indirizzo político*, no sólo constitucional, sino también de gobierno. Dicho de otro modo, los

<sup>691</sup> Rolla, Giancarlo, y Groppi, Tania, “Tra política e giurisdizione: Evoluzione e sviluppo della Giustizia costituzionale in Italia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 168 y ss.

tribunales constitucionales ejercen en alguna medida una verdadera función de dirección política que se proyecta sobre los restantes órganos constitucionales”.<sup>692</sup>

Sobre estas técnicas, que han dotado a los tribunales constitucionales de un amplio “arsenal sentenciador” con que enfrentarse al juicio de constitucionalidad de la ley, nos centraremos en este trabajo, si bien ello lo haremos con un ánimo más panorámico que exhaustivo, proponiendo simplemente un “sucinto inventario” que, en todo caso, se limita justamente a esos “pronunciamientos atípicos” (aunque, a veces, previstos ya en la ley) intermedios entre la declaración de inconstitucionalidad pura y simple, acompañada de la nulidad, y la desestimación sin más de las pretensiones o dudas de inconstitucionalidad y en los que se plantea a la interpretación constitucional una de sus más sensibles dificultades prácticas, en cuanto que, a la postre, lo que está en juego es el concreto alcance práctico de las decisiones del órgano de la constitucionalidad y también, en no poca medida, los límites de la actuación fiscalizadora de dicho órgano respecto del legislador democrático.

No es preciso decir que, también en este campo, los órganos de la constitucionalidad han de actuar con suma prudencia, recurriendo a estas técnicas sentenciadoras sólo en los casos en que sea estrictamente indispensable y esmerándose al máximo en atinar en cada caso con el tipo de sentencia “especial” o atípica que sea más acorde con el conjunto de circunstancias concurrentes.<sup>693</sup> En definitiva, no debe olvidarse que, también en este campo, es de aplicación a los órganos de la constitucionalidad la máxima de San Pablo en la II Carta a los Corintios: “tened como si no tuvieseis”.<sup>694</sup>

<sup>692</sup> Fernández Segado, Francisco, “La defensa de la Constitución en España”, *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, UNAM-SCJN, 1997, p. 62.

<sup>693</sup> Como dicen Rolla y Groppi para Italia, estas modalidades sentenciadoras especiales surgen “no tanto a partir de una teoría abstracta, cuanto de la necesidad de dar respuesta a específicas exigencias prácticas”. Rolla, Giancarlo, y Groppi, Tania, *cit.*, nota 691, p. 169.

<sup>694</sup> Máxima (*Haben als hätte man nicht*) que Zweigert consideró aplicable a los Tribunales Constitucionales en su estudio introductorio a unas famosas jornadas. Zweigert, Konrad, “Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit”, en el colectivo Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976, tomo I, p. 75]. La cita bíblica corresponde a [2 Cor. 6,10]. Una traducción más literal del texto latino dice: “como quienes nada tienen, aunque todo lo poseemos”.

## B. *Un sucinto inventario de algunas sentencias atípicas declarativas de inconstitucionalidad*

Puede hoy afirmarse, así, que, entre la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad y la sentencia desestimatoria, hay un vasto campo. Existen hoy, en efecto, muy diversas modalidades alternativas de sentencias a dictar por el órgano de la constitucionalidad entre la sentencia estimatoria y la desestimatoria, lo que ha llevado precisamente a la doctrina europea a hablar de la “técnica” de las sentencias constitucionales. Resulta así que, si bien la alternativa nulidad-conformidad constitucional representa el modelo clásico de control judicial de las normas emanadas del Parlamento, este modelo hoy ha sido ya, o está siéndolo, ampliamente superado por medio de la interpretación constitucional aplicada a las modalidades sentenciadoras. Sin ánimo exhaustivo, y con un amplio criterio de derecho comparado,<sup>695</sup> nos referimos a algunas que pueden constituir una muy interesante referencia para el órgano de la constitucionalidad mexicano.<sup>696</sup>

### a. La eficacia en el tiempo de las sentencias constitucionales: las sentencias prospectivas y las de mera inconstitucionalidad

Como es de sobra conocido, en el sistema americano las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad tienen efectos, en principio,

<sup>695</sup> Los modelos más desarrollados en este punto, son el alemán y el italiano, que disponen de un rico y plural arsenal de técnicas de pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes. La variedad es menos rica y original en el caso español, y no abundan los estudios sobre tipología de las sentencias constitucionales, como resaltó Tomás y Valiente hace ya algún tiempo, incitando a poner fin a esta situación, aunque debe decirse que la cuestión ha sido objeto de una atención creciente por la doctrina en los últimos años (así, por ejemplo, Díaz-Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del TC*, prólogo de Luis López Guerra, Valladolid, Lex Nova, 2001). También resulta de interés para nosotros, en algún caso, el modelo americano, así como el portugués.

<sup>696</sup> Debe recordarse con Cervati que, al menos algunas de estas sentencias, concretamente las apelatorias y las de mera inconstitucionalidad, nacen en el cuadro de un ordenamiento que presupone, en el plano del derecho constitucional no escrito, una estrecha cooperación entre el tribunal constitucional y el Parlamento, así como una realidad institucional que ha permitido afirmarse a una doctrina de autolimitación por el propio Tribunal que presenta también caracteres peculiares; elementos todos ellos, por cierto, que a su juicio no se dan en Italia. Cervati, Angelo Antonio, “Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali austriaca, tedesca ed italiana”, *Quaderni costituzionali*, vol. IX, 1989, núm. 2, p. 264.

retroactivos, y lo mismo ocurre en los más significativos y recientes sistemas de justicia constitucional (Alemania, Italia o España).<sup>697</sup>

Sin embargo, en todos estos casos —así como en otros que pudieran citarse— la jurisprudencia ha abandonado ese principio para determinados casos excepcionales. Y ello se ha hecho a través, fundamentalmente, de las llamadas en Estados Unidos sentencias prospectivas y, en Alemania, por medio de sus “primas hermanas” las sentencias de mera inconstitucionalidad (sin nulidad).

Las sentencias prospectivas son aquellas que se caracterizan por tener unos efectos a partir de la fecha del fallo (eficacia *ex nunc*) o a partir del plazo (determinado o indeterminado) que el Tribunal fije (eficacia diferida), efectos no retroactivos en suma, “frente a la tradición de la ‘retroactividad’ de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley (la sentencia ‘descubre’ un vicio origina-

<sup>697</sup> La contraposición entre las sentencias con efectos retroactivos o sólo para el futuro a que nos referiremos no se corresponde exactamente, en realidad, en contra de lo que es frecuente leer, con la diferenciación entre el efecto constitutivo que se atribuía a la sentencia de inconstitucionalidad en el sistema kelseniano originario y el efecto declarativo que sería propio del sistema americano. En realidad, la sentencia de inconstitucionalidad es siempre constitutiva, al menos en el sentido de que hasta que la misma existe no cabe hablar más que de una hipotética inconstitucionalidad y sólo desde que se produce la declaración de inconstitucionalidad pueden surgir los efectos de que se trate. Una cuestión distinta es la de los efectos que se derivan de dicha declaración de inconstitucionalidad, pues, siendo constitutiva la sentencia de inconstitucionalidad en cualquier caso en el sentido que se acaba de indicar, la misma puede producir efectos sólo *pro futuro*, diferidos en el tiempo incluso, o producirlos no sólo a partir del momento en que se dicta sino además, hacia el pasado (con mayores o menores límites o sin límites incluso y ya sea una retroactividad “fuerte” o sólo “débil”). Y es a esta última cuestión a la que aquí nos referimos, y no a la cuestión, un tanto “metafísica” (Müller), de la naturaleza constitutiva o declarativa de las sentencias de inconstitucionalidad. Sobre ello, véase las interesantes consideraciones, que aquí seguimos en parte, de Müller, Friedrich, “Die Nichtigerklärung verfassungswidriger Gesetze und ihre zeitlichen Dimensionen”, en el libro coordinado por Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 172. Sobre la concepción de Kelsen al respecto, véase Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, pp. 83 y ss. y la matización que hace al diferenciar entre una retroactividad que podríamos llamar “fuerte” y otra “débil”. Uno de los pocos autores que, entre nosotros, ha destacado la necesidad de abordar diferenciadamente el binomio inconstitucionalidad/nulidad e inconstitucionalidad/eficacia *ex tunc*, Gómez Montoro, Ángel J., “Artículo 39” en *Comentarios a la Ley Orgánica del TC*, Madrid, TC/BOE, 2001, pp. 584 y 585, si bien no deja por ello de unir la eficacia *ex tunc* con el carácter declarativo de la sentencia.

rio en la Ley que la da por nula o inexistente desde su origen, lo que permite revisar todas las aplicaciones pasadas de la misma)".<sup>698</sup>

aa) *Estados Unidos*. La retroactividad de las sentencias caracterizó siempre al modelo americano, y fue precisamente un criterio diferenciador frente al tribunal constitucional del kelsenianismo puro. Parece que este *principle of absolute retroactivity of invalidity* se rompe por el Tribunal Supremo americano,<sup>699</sup> por vez primera, en la decisión *Linkletter vs. Walker* de 1965 y ello por el argumento pragmático de que tal principio aplicado en el caso (una precisión sobre las garantías del proceso penal, especialmente sobre la prueba capaz de justificar un veredicto de culpabilidad) implicaría una grave perturbación de la administración de la justicia (en el caso, habría que revisar todas las condenas en curso de ejecución, cuando ya habrían desaparecido todos los testigos directos así como la posibilidad de nuevas valoraciones del conjunto de las pruebas restantes). De esta forma se rompía con la tradicional jurisprudencia retroactiva y hasta con el viejo dogma jurídico anglosajón del carácter declarativo del derecho que se ha visto en la función judicial. Diría el Tribunal Supremo en esa importante sentencia que "la Constitución ni prohíbe ni exige el efecto retroactivo" y que, para decidir la aplicación retroactiva, deben ponderarse las ventajas y los inconvenientes de cada caso, y en particular desde la perspectiva de la eficacia misma de la doctrina establecida por la declaración de inconstitucionalidad.

Esta *doctrina de la prospectividad* ha sido luego mantenida con resolución, aunque previa una valoración excepcionalmente ponderada de cada caso. Se entiende resumida en la Sentencia *Stowall*, de 1967, que ha enumerado así los criterios para aplicar la doctrina prospectiva: "a) la finalidad de que se establezcan nuevos criterios normativos; b) La extensión de la confianza en los anteriores criterios interpretativos por parte de las autoridades que aplican el derecho; c) el efecto sobre la administración de justicia que podría producir una aplicación retroactiva de los nuevos criterios normativos".

<sup>698</sup> García de Enterría, Eduardo, "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 61, 1989, p. 6.

<sup>699</sup> Seguimos en esta exposición a García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 181; "Un paso importante para el desarrollo...", *op. cit.*, p. 6.

bb) *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Esta doctrina de la prospectividad ha sido seguida resueltamente, por otra parte, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde su sentencia *Defrenne*, de 8 de abril de 1976, así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde su sentencia *Marckx*, de 13 de junio de 1979. Mencionemos únicamente la importante doctrina sentada al respecto por el Tribunal de Justicia, doctrina que más adelante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haría literalmente suya: “Si las consecuencias prácticas de toda decisión judicial deben ser cuidadosamente sopesadas, ello no podría llevar, sin embargo, a doblegar la objetividad del derecho y comprometer su decisión futura en razón de las repercusiones que una decisión de justicia pueda implicar para el pasado”, lo que le lleva a adoptar una decisión con eficacia *pro futuro* en atención a las “consecuencias imperiosas de seguridad jurídica” que así lo exigen.

cc) *Austria, Italia y Portugal*. En *Austria*, se parte del principio general de la eficacia *ex nunc* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad y, por vía de excepción, se admite incluso que el Tribunal difiera esa eficacia por un plazo nunca superior a los dieciocho meses siguientes a la publicación de la sentencia (*Wartenfrist, Karenzfrist*). Pero se admite igualmente, también por la vía de excepción, que el tribunal constitucional pueda, discrecionalmente, establecer la retroactividad respecto de hechos consumados antes de la anulación. Ello da notable flexibilidad al tribunal constitucional al determinar la eficacia en el tiempo de sus sentencias, si bien las mismas han de aplicarse siempre retroactivamente al caso concreto que dio lugar, en su caso, al control de la constitucionalidad (*Anlaßfall*: proceso *a quo*).

En *Portugal*, partiendo del principio general de retroactividad de las sentencias estimatorias, se contempla la facultad del tribunal constitucional de limitar las consecuencias de la retroactividad cuando lo exijan “la seguridad jurídica, razones de equidad o interés público de relevancia excepcional” (artículo 282,4 Constitución),<sup>700</sup> una facultad de la

<sup>700</sup> Y el propio tribunal constitucional portugués ha señalado que, al no existir plazo para plantear la fiscalización de la constitucionalidad, es justamente esa facultad de modular la eficacia de sus decisiones la que permite reducir “los inconvenientes, en el plano de la certeza y de la seguridad de la posible fiscalización *en todo momento* de la constitucionalidad de tales preceptos”. Antunes, Miguel Lobo, “Fiscalização abstracta da constitucionalidade. Questões processuais”, *Estudos sobre a jurisprudência do TC*, Lisboa, Aequitas-Notícias, 1993, pp. 409 y 410.



que se ha hecho excesivo uso, según parece,<sup>701</sup> si bien, en todo caso, la publicación de la sentencia es un límite temporal absoluto que no puede superarse, por lo que no caben, en suma, sentencias con efecto diferido, sino sólo las sentencias de mera inconstitucionalidad sin nulidad.

En *Italia*, la limitación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad se ha producido por dos vías, como señalan Rolla y Groppi: *a*) en primer lugar, por ejemplo, a fin de salvaguardar determinados actos procesales, a través de las llamadas *sentenze de illegittimità sopravvenuta*, en las que la nulidad no lo es *ab initio*, sino sólo desde el momento en que se determina el vicio de la ley: la hipótesis más simple se produce cuando sobreviene un nuevo parámetro, pero también cabe referirse a una transformación económico-financiero, a un cambio de la conciencia social y, más en general, a un cambio de las condiciones que hacían una norma compatible con la Constitución; *b*) en segundo lugar, por ejemplo cuando se trata de sentencias que originan gastos para el erario, por medio de los *pronunce di incostituzionalità differita*, que son pronunciamientos por medio de los cuales es la propia *Corte Costituzionale* la que, a través de una ponderación de los valores constitucionales en juego, concreta el *dies a quo* de los efectos de la “caducidad”, lo que plantea graves problemas en el sistema italiano de jurisdicción constitucional por cuanto que tales sentencias no producen efecto alguno en el proceso *a quo*, con lo cual derogan, en cierto modo, la incidentalidad que caracteriza al control de la constitucionalidad en el país trasalpino.<sup>702</sup>

<sup>701</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 1007. La Constitución prevé expresamente, además, que “revivan” las normas anteriores, si bien también al respecto tiene el Tribunal facultades para excepcionar tales “efeitos repristinatórios” y, aun sin limitación expresa por el Tribunal, entiende Canotilho que tales efectos no deben admitirse incondicionalmente y así, no deben operar cuando la reviviscencia no sea una opción más razonable que el vacío normativo ni cuando la norma declarada inconstitucional no hubiera derogado ninguna norma anterior, además de que el tribunal constitucional puede conocer de la inconstitucionalidad de la norma a “revivir” y basarse en la misma para rechazar el “efeito repristinatório” y, quizás, declarar incluso la inconstitucionalidad de tales normas (pp. 1006 y 1007). Este efecto reviviscente ya fue contemplado por Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 159, p. 85, rige en Alemania, Portugal o Austria con carácter (sólo) general y también el tribunal constitucional español lo ha aplicado, *extra legem*, en algún caso concreto, bien que de modo excepcional (véase, así, la STC 61/1997, de 20 de marzo).

<sup>702</sup> Rolla, Giancarlo, y Groppi, Tania, *op. cit.*, nota 691, p. 173.

dd) *España*: En España, las declaraciones de inconstitucionalidad conllevan, en principio, la nulidad y ésta, conforme al artículo 40 LOTC, conlleva una nulidad con efectos retroactivos si bien, excepcionalmente, no se extenderá a los procesos fenecidos con sentencia con fuerza de cosa juzgada (que el tribunal constitucional español, como otros de sus homólogos europeos, ha extendido en varias ocasiones a las situaciones jurídicas consolidadas),<sup>703</sup> aunque sí se extenderá incluso a estos procesos cuando se tratara de procesos sancionadores y tuviera un efecto *pro reo*. Sin embargo, la conexión que la ley procesal constitucional parecía establecer de modo incondicionado entre inconstitucionalidad y nulidad resultó rota ya a partir de la STC 45/1989:

... Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento ... La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión. En definitiva, a partir de esta sentencia, el tribunal constitucional consagró la posibilidad de declarar la mera inconstitucionalidad sin nulidad de las leyes en aquellos casos en que los preceptos ... declarados inconstitucionales formaban parte de un sistema legal cuya plena acomodación a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz de reparar dicha inconstitucionalidad, haciendo, al mismo tiempo, un llamamiento al legislador para que, “a partir de esta sentencia, llev[e] a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes”.

El TC, en definitiva, a la hora de fijar los efectos cronológicos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad parte de la doctrina de que:

la vigencia simultánea de los diversos preceptos constitucionales nos exige que, al determinar el alcance de la declaración de nulidad de una Ley, prestemos también atención a las consecuencias que esa misma

<sup>703</sup> SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 180/2000, de 29 de junio, FJ 7; y 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

declaración de nulidad puede proyectar sobre los diversos bienes constitucionales”, pues “la declaración de invalidez de un precepto legal ... no puede ser a costa de un sacrificio desproporcionado en la efectividad de otras normas constitucionales. Por ello, más allá de la consecuencia inmediata de la declaración de nulidad, esto es, la inaplicación a nuevos supuestos, el tribunal constitucional debe ponderar qué consecuencias adicionales puede contener la declaración de nulidad para evitar que resulten injustificadamente perjudicados otros bienes constitucionales” (STC 54/2002, de 27 de febrero).

Ello le ha permitido acudir, frente a la regla general de la eficacia retroactiva de sus pronunciamientos de inconstitucionalidad, a *declaraciones con efectos sólo hacia el futuro en determinados casos excepcionales en que la eficacia retroactiva no tendría efectos reparatorios o afectaría a intereses de rango constitucional de modo desproporcionado*,<sup>704</sup> *haciendo al mismo tiempo un llamamiento al legislador para que proceda a regular de nuevo la materia, sanando así la inconstitucionalidad*, siendo una cuestión distinta, que abordaremos luego al tratar de las sentencias apelatorias, la de la vinculatoriedad de estas apelaciones al legislador, si bien debe subrayarse ya que el TC, ante la inobservancia por el legislador de una de estas apelaciones en un plazo de tres años, ha llegado a apercibir de la posibilidad de decretar la nulidad diferida a plazo fijo (STC 235/1999: “no estimando este tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede diferida a un determinado plazo”), por más que diez años antes dijera que “la Ley Orgánica no faculta a este tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad” por inconstitucionalidad.

ee) *Alemania*. Como es sabido, en el sistema de justicia constitucional que originalmente dibujaba la Constitución austriaca de 1920, cuya configuración inicial se debe a Kelsen, este genial jurista se apartó en este punto, como en tantos otros, de la tradición americana, por lo que se dispuso expresamente que el vicio de inconstitucionalidad de una ley determinaría siempre una simple anulabilidad y no una nulidad, de modo que la eficacia de la sentencia que la declarase sería siempre *ex nunc*, esto es, a partir de su fecha, y no retroactiva o *ex tunc*. La Ley Fundamental de Bonn de 1949, si bien mantuvo algunos elementos de

<sup>704</sup> Véanse, por ejemplo, SSTC 96/1996, de 20 de mayo; 195/1998, de 10 de octubre; 208/1999, de 11 de noviembre; 235/1999, de 16 de diciembre.

la construcción kelseniana de justicia constitucional, en ese punto se apartó de dicho modelo, pues se establece la eficacia retroactiva de las sentencias, sus efectos *ex tunc*.

Sin embargo, los jueces del tribunal constitucional alemán estaban familiarizados con la construcción kelseniana y su plasmación en la Constitución austriaca, por lo que empezaron a hacer, cuando menos *extra legem*<sup>705</sup> —si es que no *contra legem*—, una distinción entre mera inconstitucionalidad (en rigor, mera “incompatibilidad” con la ley fundamental) e inconstitucionalidad con nulidad.

La primera de estas calificaciones, la de *mera inconstitucionalidad* o *mera incompatibilidad*, no supone la nulidad *ex tunc* de la ley, sino sólo una exhortación al Poder Legislativo para que la sustituya (admitiendo su constitucionalidad provisional entre tanto) por una nueva en un plazo determinado o cuanto antes; se impone, pues, por la sentencia constitucional la eliminación de la norma incompatible, lo que el legislador hará por la técnica de la derogación (*ex nunc*, pues), y no por la de la anulación retroactiva.<sup>706</sup> Aunque la doctrina se mostró crítica respecto de esta modalidad de sentencia, el legislador, en un alarde de sensibilidad a los problemas reales,<sup>707</sup> la consagró mediante ley de 21 de diciembre de 1970<sup>708</sup> y los tribunales constitucionales de los diferentes *Länder* la han asumido como propia, lo que, en todo caso, tampoco ha silenciado por completo las críticas a esta modalidad de sentencia en sí o a su concreta utilización en diversos supuestos.

Como dice Cervati, el origen más remoto de las sentencias de (mera) incompatibilidad con la Constitución se puede encontrar en la

<sup>705</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en su libro recopilatorio *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 522.

<sup>706</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 167, p. 9.

<sup>707</sup> Raúl Bocanegra Sierra, *op. cit.*, nota 51, p. 237.

<sup>708</sup> “La positivización de esta figura dio cobertura legal a una práctica jurisprudencial claramente *contra legem*, pero contrariamente a lo que pudiera esperarse, no ha contribuido a determinar el régimen jurídico de esta técnica. La ley de reforma se limitó a reconocer esta figura como fallo alternativo al de nulidad, pero ni siquiera de forma directa, sino únicamente mencionándola al regular la fuerza de ley y la obligación de publicar las sentencias del Tribunal (artículo 31.2 BVerfGG), así como la retroacción de las sentencias constitucionales que tienen por objeto sentencias penales”. González Beilfuss, Markus, “Delimitación de competencias entre el tribunal constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994, p. 141.

jurisprudencia relativa a las omisiones (*lato sensu*) del legislador,<sup>709</sup> que el Tribunal alemán solía condenar sin que ello supusiese la nulidad de la ley impugnada. En realidad, y más en particular, el origen jurisprudencial<sup>710</sup> de estas sentencias se encuentra en los supuestos de “exclusión arbitraria de beneficio” (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*), que son aquellos casos en que se conceden una serie de derechos, ventajas o beneficios a unas personas y no, en cambio, a otras, que quedan así excluidas, sin que haya para esa diferenciación una justificación razonable (principio general de igualdad y sus concreciones específicas). En estos supuestos, el tribunal constitucional alemán ha entendido que competía al legislador la eliminación de la inconstitucionalidad; por ello, se limitaba el tribunal a declarar la incompatibilidad sin declarar la nulidad. Y es que, como dice Weber, en estos casos “la declaración de nulidad no resolvería el problema, dado que acarrearía la desaparición del régimen jurídico también para el colectivo beneficiado, así como la incidencia en el ámbito del legislativo, dado que éste tiene la posibilidad de eliminar el privilegio de un colectivo o el gravamen del otro, de eliminar el régimen jurídico en su totalidad o de aprobar otra regulación completamente distinta”.<sup>711</sup>

Se entendía que una eventual declaración de nulidad en estos casos, y particularmente en los de exclusión arbitraria de unas personas de los beneficios concedidos a otras (omisión inconstitucional relativa u omisión del legislador, no de ley), implicaría, una vez fuera de vigencia la

<sup>709</sup> Sobre las omisiones legislativas, véase el estudio, con ricas referencias de Derecho comparado, de Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1997 y bibliografía allí citada. Para el tema en Estados Unidos, véase el interesante y original artículo de Schapiro, Robert A., “The legislative injunction: A remedy for unconstitutional legislative inaction”, *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, que he traducido al castellano, junto con Carlos Ruíz Miguel: “El mandamiento judicial de legislar: una garantía frente a la inactividad inconstitucional del legislador”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, números 20 y 21, 1997, pp. 73 y ss. También es de mucho interés el trabajo de Sagüés, Néstor Pedro, “Instrumentos de la Justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *op. cit.*, pp. 605 y ss.; y en el mismo libro, véase el trabajo de Eto Cruz, Gerardo, “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, pp. 165 y ss.

<sup>710</sup> Cfr. Hein, P. E., *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht: Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen*, Baden-Baden, Nomos, 1988, pp. 39 y ss.

<sup>711</sup> Weber, Albrecht, “Alemania”, en Aja, Eliseo (ed.), *op. cit.*, nota 186, p. 79.

norma, una intromisión absolutamente inadmisible en la libertad de configuración del legislador (*Gestaltungsfreiheit*), generándose así una situación más inconstitucional incluso que la que resultaría del mantenimiento en vigor de la regulación estimada inconstitucional.

Se acude también a esta técnica sentenciadora cuando el legislador tiene abiertas varias posibilidades para evitar la inconstitucionalidad y así, en algunos casos, se ha invitado al legislador a sustituir la ley dentro de un plazo determinado o tan pronto como sea posible, sin llegar, sin embargo, a declararla inconstitucional. A juicio de Rubio Llorente, se trata, en cierto sentido, de un regreso a la vieja fórmula austriaca de diferir la eficacia de la declaración de nulidad para que el legislador pueda, mientras tanto, obrar en consecuencia, pero si ello es congruente con la teoría del legislador negativo en que se basa la Constitución austriaca,<sup>712</sup> “es difícil justificarla en un sistema en el que se atribuye a las decisiones del juez constitucional naturaleza declarativa y eficacia *ex tunc* (como el español o el alemán). De otro lado, y como cabría esperar, la dificultad teórica va acompañada de numerosos problemas prácticos tanto para la administración como para los jueces”.<sup>713</sup>

También se acude a las sentencias de mera inconstitucionalidad cuando la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que precisamente se trata de evitar, así como cuando se quiere evitar una injerencia en el ámbito del legislador (en relación a la reparación de la situación normativa censurada) o si se aprecia que una eventual sentencia (de nulidad) crearía un vacío legislativo (el *terror vacui*, para evitar “el caos”) que provocaría un alejamiento todavía mayor de una situación de legitimidad constitucional sustancial. En estos casos —que requieren obviamente un análisis de las consecuencias de los posibles pronunciamientos— el tribunal declara la norma “entre tanto” incompatible (*unvereinbar*) con la Constitución; pero no la anula, dejando los remedios al legislador.<sup>714</sup> También la valoración de las consecuencias económicas o de otro tipo puede llevar a la conclusión de que “el in-

<sup>712</sup> Su artículo 140.5 establece que “la anulación tendrá efectos el día de su publicación, a menos que el tribunal constitucional hubiese fijado un plazo para su entrada en vigor. Este plazo no excederá de dieciocho meses”, plazo que se concibe originariamente como una suerte de *vacatio legis*.

<sup>713</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 705, p. 522.

<sup>714</sup> Stuth, Sabine, “Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle sue pronunce”, *Quaderni costituzionali*, vol. IX, núm. 2, agosto de 1989, pp. 292 y 293.

terés general impone... un tránsito pacífico entre la situación inconstitucional y la constitucional”, lo que lleva a un pronunciamiento de mera inconstitucionalidad sin nulidad y aplicación transitoria de la norma en cuestión (*Neue Juristische Wochenschrift*, C. H. Beck, 1995, 381, 383).<sup>715</sup>

Pero aunque no sean las únicas hipótesis en que se acude a estas sentencias, no ofrece dudas que los casos de exclusión arbitraria de beneficios son el supuesto más frecuente de su empleo y puede decirse, además, que una de las esferas más problemáticas del derecho constitucional en lo que a las relaciones entre el tribunal constitucional y el Poder Legislativo se refiere. Y es que, en estos supuestos, la “protección cooperativa” de la Constitución, tal y como señala Pestalozza,<sup>716</sup> es la única forma de garantizar la supremacía constitucional con relación al principio de igualdad, en juego en estas ocasiones; sólo mediante esa cooperación entre legislador ordinario y tribunal constitucional puede lograrse el pleno restablecimiento de la igualdad.

Y si en Austria se acude en estos casos a la facultad dilatoria de la eficacia que al tribunal constitucional atribuye la propia Constitución expresamente, en Alemania ello no era posible, a pesar de lo cual, mediante la creación jurisprudencial de estas sentencias de mera inconstitucionalidad, se ha llegado a una solución semejante. La justificación para la utilización de estos pronunciamientos parecía estar, en principio, en evitar una situación todavía más inconstitucional, en particular en las hipótesis de exclusión arbitraria de beneficios, en cuanto que una sentencia anulatoria no sólo no satisfaría la pretensión del recurrente ni los intereses de los excluidos, sino que además causaría un grave perjuicio a los beneficiados por la norma excluyente. Según Hesse, lo que subyacería en la utilización de esta técnica sentenciadora sería la valoración de las consecuencias de las decisiones jurisdiccionales.<sup>717</sup>

<sup>715</sup> Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 186, p. 78, quien se refiere a otros dos supuestos aquí no tratados en que el Tribunal Constitucional Federal Alemán acude a las declaraciones de mera inconstitucionalidad sin nulidad: cuando el legislador no tenía ninguna otra posibilidad reguladora teniendo en cuenta la situación histórica (derecho transitorio) o, respecto de los vicios legislativos, cuando éstos no fueran evidentes.

<sup>716</sup> Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, Munich, C. H. Beck, 1982, p. 13.

<sup>717</sup> Konrad Hesse, *op. cit.*, nota 17, p. 286, núm. 30. Lo mismo sostienen para Italia Rolla, Giancarlo, y Groppi, Tania, *op. cit.*, nota 690, p. 169, quienes subrayan

Pero aun en los casos en que era técnicamente posible acudir a la anulación de la ley sin que ello conllevara una situación más inconstitucional, el tribunal utiliza la técnica de la mera incompatibilidad en aras de la libertad de configuración del legislador,<sup>718</sup> que parece ser hoy más bien la justificación genérica del empleo de esta técnica de sentenciar. Como dice González Beilfuss,<sup>719</sup> tanto en el caso alemán como en el austriaco,

se pone de relieve que la solución cooperativa de este problema debe realizarse al margen del binomio inconstitucionalidad-nulidad, a través de una técnica procesal que permita que el pronunciamiento del tribunal mantenga separadas la detección de la discriminación y el restablecimiento de la igualdad. Sólo de esta forma es posible que el legislador restablezca la igualdad dando respuesta, al mismo tiempo, a un emplazamiento tácito o expreso por parte del tribunal en este sentido. El efectivo restablecimiento de la igualdad depende, pues, de la imprescindible actuación del legislador.

Y el legislador es libre, dentro de las diversas opciones constitucionales,<sup>720</sup> para restablecer esa igualdad de una forma u otra, aunque debe tenerse presente que el tribunal constitucional ha llegado a declarar inconstitucional una ley reparadora por no haber restablecido la igualdad para todos los supuestos planteados desde que el tribunal detectó la discriminación hasta la promulgación de tal ley, sino sólo para los posteriores.

En cuanto a las consecuencias concretas que se derivan de estas sentencias en el sistema alemán, digamos simplemente que es el artículo 31.2 BVerfGG el que regula actualmente las consecuencias de este tipo de sentencias, señalando que tendrán fuerza de ley (*Gesetzeskraft*),

que no se trata sólo de las consecuencias sobre el ordenamiento, sino también respecto de las relaciones con los otros poderes del Estado.

<sup>718</sup> “La declaración de nulidad de una regulación legal también puede no darse por motivos materiales, aun en el caso de que fuese técnicamente posible. En estos casos la violación del artículo 3.1 GG por parte del legislador puede subsanarse, por lo general, de varias maneras ... Cuál de ellas debe ser escogida en el caso concreto es una cuestión que debe dejarse, en principio, a la libertad de configuración del legislador”: BVerfGE 22, 349.

<sup>719</sup> González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 708, p. 142.

<sup>720</sup> Y parece que no lo sería la de privar retroactivamente, durante el periodo transitorio, de los beneficios a sus titulares. La solución ha de consistir, más bien, en una extensión de los beneficios a los discriminados.



al igual, por lo demás, que las sentencias anulatorias. En consecuencia, preceptúa ese artículo, en su inciso final, lo siguiente: “cuando una ley fuera declarada compatible o incompatible con la ley fundamental u otras normas del ordenamiento federal o bien como nula, la cláusula dispositiva de la sentencia será publicada por el Ministerio Federal de Justicia en el Boletín de Legislación Federal, exactamente igual que se publica una ley”.

Pero aunque se diga que estas sentencias tienen fuerza de ley, lo cierto es que eso no es decir mucho, de forma tal que la determinación de las consecuencias concretas (para el legislador, para la administración y los tribunales), tal y como nos recuerda Stuth, dependerá de las reglas del proceso constitucional, desarrolladas por el tribunal.<sup>721</sup> En efecto, la regulación legal ni señala las hipótesis en que podrá hacerse uso de este tipo de sentencias ni tampoco determina los efectos concretos de las mismas, por lo que habrá de ser inevitablemente el tribunal constitucional quien emprenda esa labor, como de hecho así ha ocurrido (por medio de una jurisprudencia que ha evolucionado a lo largo del tiempo), si bien, a juicio de Häberle, “en interés de la seguridad jurídica esta jurisprudencia debería traducirse en una base legal”.<sup>722</sup>

Sea como sea, sí hay ciertos efectos que pueden precisarse y así podemos decir, *en primer lugar, que la declaración de incompatibilidad no da lugar a la nulidad retroactiva*, pues esta es precisamente la peculiaridad de estas sentencias: que declaran una norma

<sup>721</sup> Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 714, p. 293

<sup>722</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 39, p. 271. Müller subraya precisamente que, frente a los planteamientos (pseudo)metafísicos y abstractos de si la sentencia de inconstitucionalidad tiene efecto constitutivo o simplemente declarativo, es al legislador al que corresponde decidir qué efectos y consecuencias puede y debe tener la sentencia en la realidad social, pudiendo, así, determinar que la sentencia sea declarativa y, pese a ello, en ciertas materias o tipos de casos tener efecto sólo para el futuro; o que sea constitutiva y, pese a ello, desarrollar ciertos efectos hacia el pasado, por ejemplo respecto del derecho penal. Y como siempre ocurre en las cuestiones pragmáticas, al hacer uso el legislador de su libertad de configuración, de ello resulta una mixtura y no las soluciones (pseudo)metafísicas propias de la vieja escuela que piensa en términos disyuntivos (“o ... o”) en este campo. Friedrich Müller, *op. cit.*, nota 697. Para España, Gómez Montoro, *op. cit.*, nota 697, p. 583) también considera que la Constitución no impide una reforma de la Ley del tribunal constitucional en la que se optara por la eficacia *ex nunc*, pues de la Constitución sólo se derivan dos límites para el legislador en este campo: “la desaparición del ordenamiento de la norma inconstitucional y la no remoción de la cosa juzgada”.

incompatible con la Constitución (*als mit dem Grundgesetz... unvereinbar*), pero no nula (*aber nicht für nichtig*).

En *segundo lugar*, debe señalarse que si bien en principio cabría pensar que, al no ser la norma anulada, lo razonable es que continúe en vigor, y de hecho así se consideró en una primera fase —esas leyes inconstitucionales, pero no anuladas, se entendían “todavía” vigentes y seguían siendo aplicadas por todos los operadores jurídicos—, lo cierto, sin embargo, es que, *a partir de una importante sentencia constitucional de 21 de mayo de 1974*,<sup>723</sup> *el TCFA ha precisado que, en estos supuestos, los tribunales correspondientes deben suspender los procedimientos (Anwendungssperre: suspensión de aplicación) y esperar la nueva disciplina, rigiendo durante el periodo transitorio que transcurre entre la sentencia y la nueva regulación (que sustituya a la ley declarada “meramente inconstitucional”), un bloque de aplicación de dicha ley que estas sentencias normalmente fijan*, tema éste al que enseguida nos referiremos. De esta forma, se pretende que los supuestos de hecho pendientes o que se suscitan durante el periodo interino también puedan beneficiarse de la ley reparadora que apruebe el legislador. No obstante, la tramitación del procedimiento legislativo de esta ley necesariamente implica el transcurso de cierto tiempo, que suele ser de entre uno y dos años.<sup>724</sup>

La suspensión por los jueces o autoridades administrativas de los procesos es, así pues, el único medio que existe para evitar que las decisiones pendientes a favor de las partes adquieran la fuerza de cosa juzgada. A juicio de Stuth, aunque estas reglas se han formulado explícitamente para el control de las normas en vía incidental y para el recurso de amparo, rigen siempre con respecto al efecto vinculante para los tribunales y autoridades<sup>725</sup> previsto en el artículo 31.1 GG: “Las resoluciones del tribunal constitucional federal serán vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación y de los estados regionales, así como para cualesquiera tribunales y autoridades.

Esto último no deja de tener consecuencias y, así por ejemplo, el tribunal constitucional ha precisado que no puede el legislador emanar nuevamente la misma norma, y de esta fuerza vinculante —junto con

<sup>723</sup> BVerfGE 37, 217.

<sup>724</sup> Markus González Beilfuss, *op. cit.*, nota 708, p. 144.

<sup>725</sup> Sabine Stuth, *op. cit.*, nota 714, pp. 293 y 294.

el propio principio de supremacía constitucional (artículo 20.3 GG)—se deduce también la obligación de aprobar una ley reparadora o sustitutiva.

Ahora bien, y *en tercer lugar, no resultan afectados los procedimientos definitivamente decididos en base al artículo 79.2 (fuerza de cosa juzgada),*<sup>726</sup> *que rigen por analogía también para las declaraciones de incompatibilidad sin nulidad.* Sin embargo, las autoridades (especialmente las administrativas, porque tienen más posibilidades respecto a los tribunales en estas hipótesis) deben buscar otras soluciones favorables a los ciudadanos afectados por las consecuencias de una norma en contraste con la Constitución.<sup>727</sup>

Sea como sea, esta irrecurribilidad de las decisiones con fuerza de cosa juzgada —por más que se hayan basado en una ley inconstitucional— hace especialmente necesario que, tal y como señala Stuth, las partes interesadas impugnen “los actos (legislativos, administrativos o jurisdiccionales) que entiendan injustos, ‘teniendo abierta’ la propia causa y controlando con todos sus medios a las autoridades competentes. Una vez que devenga la *res iudicata*, no hay posibilidad de revisar los actos emanados de la autoridad; el sistema de recursos legales asume, por tanto, un papel decisivo”.<sup>728</sup>

Sin embargo —en vía de ulteriores excepciones—, una norma declarada inconstitucional debe ser aplicada todavía, si la característica de esta propia norma exige, por motivos de derecho constitucional (*aus verfassungsrechtlichen Gründen*)<sup>729</sup> —y sobre todo de certeza del derecho (*in Interesse der Rechtsklarheit*)—, que permanezca en vigor por un periodo transitorio, evitando una *situación más inconstitucional que la preexistente (damit in dieser Zeit nicht ein Zustand besteht, der von der verfassungsmässigen Ordnung noch*

<sup>726</sup> Se refiere, en efecto, este precepto a las sentencias con fuerza de cosa juzgada y basadas en una norma declarada nula por el TC, a las que no afectará esa declaración de nulidad (con excepción, obviamente de las penales, a las que se refiere el artículo 79.1 BVerfGG). Se entiende que, por analogía, tampoco la declaración de “incompatibilidad” constitucional, sin nulidad, afecta a estas decisiones en los términos del artículo 79.2 BVerfGG.

<sup>727</sup> Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 714, p. 294.

<sup>728</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>729</sup> Una crítica de esta excepción al bloque de aplicación, en cuanto que genera inseguridad y no parece fundada en elementos muy seguros, puede verse en K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, C. H. Beck, 1985, p. 175.

*weiter entfernt ist als der bisherige*)<sup>730</sup> y en alguna ocasión el propio tribunal constitucional alemán ha llegado a establecer un plazo máximo de esa vigencia transitoria. Se trata de una excepción importante respecto a la regla general de inaplicación de la norma meramente inconstitucional. Su alcance depende de una lectura muy atenta de la sentencia misma, del fallo y de los fundamentos. La sentencia puede prever la aplicación futura de la norma en el fallo o en los fundamentos. Los mayores problemas surgen si la sentencia no aclara estos puntos —por ejemplo, el alcance de la futura (in)aplicabilidad— o si se pronuncia sólo con respecto al proceso pendiente ante el tribunal.<sup>731</sup>

La escasa motivación ofrecida por el tribunal en las sentencias en que se ha decantado por la inaplicación o por la aplicación (al menos en parte) de la ley meramente inconstitucional, así como la indeterminación de los términos empleados cuando ha intentado establecer unos criterios más o menos generales tampoco han contribuido a dar mayor seguridad jurídica a los diversos operadores jurídicos, sino que, por el contrario, surgen discrepancias entre ellos, especialmente entre los órganos jurisdiccionales, ya que en el ámbito administrativo —regido por el principio de jerarquía— suelen dictarse circulares que establecen los criterios a seguir. La propia doctrina no es unánime en señalar el criterio a seguir en estos casos ni qué órgano es el competente para ordenar la aplicación o inaplicación de la norma inconstitucional durante el periodo interino, aunque parece haber un cierto consenso respecto de que el órgano indicado para ello es el TC, por razón de pura seguridad jurídica.<sup>732</sup>

El presupuesto de la aplicación futura (transitoria) de tal norma está en las características particulares de esta norma y en los correspondientes motivos de derecho constitucional como, por ejemplo, en el caso de las normas que definen el estatus de la persona,<sup>733</sup> o las bases legales del salario de los funcionarios públicos y los reembolsos a los diputados de las Cámaras. El punto común a estos casos —junto a las leyes

<sup>730</sup> Por ejemplo, BVerfGE 61, 319 (356).

<sup>731</sup> Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 714, pp. 294.

<sup>732</sup> Markus González Beilfuss, *op. cit.*, nota 708, p. 144.

<sup>733</sup> Así lo declaró el tribunal constitucional alemán en su sentencia de 11 de junio de 1958 (BVerfGE 8, 11), en la que se declara “inconstitucional” la Ley de Retribuciones de los funcionarios públicos en cuanto que no les garantiza un sustento adecuado, pero no declara su nulidad, porque ello supondría la desaparición de toda cobertura legal para efectuar los pagos a los funcionarios, situación que estaría todavía menos de acuerdo con el orden constitucional.

tributarias— está en el hecho de que, anulada la base legal (defectuosa), no hay ninguna base para la reglamentación de las situaciones de los individuos, afectadas por la ley.

En caso de declaración de incompatibilidad de la norma con la Constitución, pero no de su nulidad, el legislador viene obligado a prever una situación normativa conforme a la *Grundgesetz*; en particular, en el caso de lesión del principio de igualdad está también obligado a dictar reglas que sean conformes a la Constitución para el pasado: por ejemplo a prever indemnizaciones, al menos a partir del momento de la eficacia de la sentencia en base a la cual se ha emanado la ley de “reparación”. Lo exige el principio del Estado de derecho, que vincula a todos los poderes públicos al respeto a la Constitución. Si el tribunal no ha fijado un término de vencimiento,<sup>734</sup> el legislador es libre por lo que al tiempo se refiere, pero no debe, a través de un retraso culpable, dejar en vigor una situación inconstitucional inalterada.<sup>735</sup>

En cuarto lugar, ha de decirse que *en la mayoría de los casos, el tribunal constitucional alemán indica en la decisión misma qué normativa, qué efectos estarán vigentes hasta la intervención del legislador en la materia regulada por la norma incompatible, para evitar la inseguridad jurídica y el vacío normativo*. La sentencia acuerda, por lo general, una suspensión de aplicación de la ley inconstitucional, sin perjuicio de la facultad del tribunal constitucional de ordenar, mediante la oportuna motivación, que la ley continúe siendo aplicada en espera de

<sup>734</sup> En la doctrina se entiende, en general, que, aun cuando haya fijado el tribunal ese plazo, que suele por lo demás referirse a la aplicación de la normativa discriminatoria, no puede forzar al legislador a aprobar la ley reparadora dentro del mismo. El plazo suele oscilar entre los 9 meses y los 4 años y puede fijarse en el fallo o en los fundamentos jurídicos de la sentencia constitucional, dependiendo su duración de la dificultad de la materia a regular y del volumen de trabajo del legislador, aunque por lo general su duración no se fundamenta concretamente. Su establecimiento está frecuentemente relacionado con la indicación de que la norma declarada inconstitucional siga siendo aplicada durante dicho plazo. Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 186, p. 80.

<sup>735</sup> Stuth, Sabine, *cit.*, nota 714, pp. 295. No ofrece duda que uno de los mayores problemas que se pueden llegar a plantear en estos casos es si hay una obligación de legislar, cuestión indiscutible para nosotros, y los medios para hacer cumplir tal obligación. Pero eso nos llevaría ya muy lejos. Baste dejar indicado que, aunque deben primar en estos casos los principios de cooperación y lealtad constitucional, pueden existir y de hecho existen mecanismos, sin duda extremos pero reales, que van desde la responsabilidad del Estado legislador o una segunda sentencia anulatoria (con nulidad inmediata o diferida) del precepto antes “meramente inconstitucional” hasta el establecimiento por el propio tribunal constitucional de una normativa transitoria.

la intervención del legislador. Así en la clásica decisión de la Sala 1a. de 21 de mayo de 1974, ya citada, se establecía que la ley incompatible con la Constitución continuaba vigente hasta la adopción de la nueva disciplina legislativa únicamente en la parte que consentía a los hijos de padre alemán y madre extranjera obtener la ciudadanía alemana (v. fallo), mientras en los fundamentos se ordenaba a los jueces *a quibus* suspender el juicio en espera de la nueva disciplina en la materia.

- b. El principio de interpretación conforme a la Constitución y las denominadas sentencias interpretativas: su derivación lógica de la presunción de constitucionalidad de las leyes<sup>736</sup>

Tales sentencias están estrechamente vinculadas al principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, principio que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano<sup>737</sup> que exige la interpretación de las leyes *in harmony with the Constitution*, y responde a una lógica clara, siendo una buena muestra de ello, la aceptación del mismo por vía jurisprudencial en prácticamente todos los sistemas de justicia constitucional, y muy singularmente en la doctrina del tribunal constitucional alemán (*Verfassungskonforme Auslegung*).<sup>738</sup> Nos referiremos brevemente a sus grandes rasgos.

El juez Cardozo en la sentencia *Ashwarder vs. Tennessee* enunció el principio de interpretación conforme a la Constitución, que conduce a las sentencias interpretativas, así:

Quando es puesta en cuestión la validez de una ley del Congreso, aun cuando exista una seria duda sobre su constitucionalidad, es un principio cardinal que este Tribunal decida, en primer lugar, si es posible una construcción o interpretación flexible de la ley, mediante la que pueda ser evitada la cuestión de su constitucionalidad.

<sup>736</sup> Al respecto, véase López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

<sup>737</sup> No le falta razón a Black [Black, Charles L. Jr., *Perspectives in Constitutional Law*, Prentice-Hall Inc., New Jersey, 1963, p. 4] cuando señala que la cuestión es el alcance concreto que se da a la presunción, que podría reducirla a una simple formalidad no operativa o, en el otro extremo, suponer una extinción virtual de la *judicial review*.

<sup>738</sup> Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, nota 621, pp. 410 y 411.

Se deriva este principio de la consideración de *la Constitución como Ley Suprema*,<sup>739</sup> *conectada a la unidad de todo el ordenamiento jurídico (Einheit der Rechtsordnung)*, a una verdadera “presunción de constitucionalidad de las leyes”,<sup>740</sup> que hace aparecer a la declaración de su inconstitucionalidad como *ultima ratio*<sup>741</sup> y, como señala García de Enterría,

no es la simple afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que pueda permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea “razonablemente posible”, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.<sup>742</sup>

En España, nuestro tribunal constitucional ha definido a las sentencias interpretativas como “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el tribunal constitucional considera como adecuado a la

<sup>739</sup> “Es, en efecto, el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica, y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, lo que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero y, por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo. No se trata ya, pues, de simples necesidades o conveniencias técnicas de la Justicia Constitucional y de su papel efectivo, sino de algo bastante más general e importante”. García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 97.

<sup>740</sup> Formulada ya en 1920, en España, por Alvarado, A. Jorge, *op. cit.*, nota 193, p. 48. No obstante, es dudoso que sea una presunción en sentido técnico.

<sup>741</sup> Müller, Friedrich, *op. cit.*, nota 168. Aparte de ello, también la seguridad jurídica y el *horror vacui* ayudan a explicar el recurso a esta técnica, pues, como dice Fernández Segado, *op. cit.*, nota 114, p. 117: “El legislador carece de la agilidad necesaria para cubrir de inmediato el hueco que deja la ley anulada y esa laguna genera una gran confusión jurídica. Este *horror vacui* explica el recurso a este principio hermenéutico”.

<sup>742</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 96.

Constitución o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados”,<sup>743</sup> sentencias que vienen exigidas por el “principio de conservación de la ley” (STC 233/1999).<sup>744</sup> Veremos luego que la práctica del tribunal constitucional ha excedido el marco dibujado en esa definición de la temprana jurisprudencia constitucional por medio de las sentencias interpretativas (formalmente, al menos) estimatorias.

Es de relevancia destacar que el principio de interpretación adecuada o conforme a la Constitución, más allá de las sentencias interpretativas, vincula no sólo al tribunal constitucional u órgano de la constitucionalidad de que se trate, sino que vincula a todos los tribunales en la totalidad de su actuación, más aun, a todos los “operadores jurídicos públicos y privados de cualquier carácter, en cualquier aplicación del ordenamiento o de cualquiera de sus elementos”.<sup>745</sup> Y, muy en particular, es vinculante el criterio que el órgano de la constitucionalidad mantenga sobre si una determinada interpretación de la norma legal de que se trate ha de ser excluida como contraria a la Constitución o, por el contrario, se impone por ser la única conforme con aquélla (*cfr.* artículo 5 LOTC). Como señala Stuth respecto de Alemania, si el *Bundesverfassungsgericht* ha considerado una interpretación de la norma incompatible con la Constitución (*unvereinbar mit dem Grundgesetz*), ningún tribunal puede considerar constitucional la misma interpretación y tal interpretación deviene nula con efectos *ex nunc*.<sup>746</sup>

Ahora bien, la interpretación llevada a cabo por el tribunal en estos casos tiene unos límites, pues el contenido claro de la norma constitucional no puede ser redefinido, alterado o corregido de un modo radical, ni los fines del legislador pueden ser modificados en sus puntos esenciales.<sup>747</sup> En este sentido, lleva razón, en términos abstractos (y más allá del caso particular, que aquí no interesa), el

<sup>743</sup> STC 5/81, de 13 de febrero, FJ 6o.

<sup>744</sup> Sobre ello, véase Díaz-Revorio, Francisco, *op. cit.*, nota 695, pp. 91 y ss y 287 y ss.

<sup>745</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. ult. cit.*, nota 164, p. 97.

<sup>746</sup> Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 113, p. 291.

<sup>747</sup> *Ibidem*, p. 290. No obstante, la doctrina ha criticado a los tribunales constitucionales por deformar “la auténtica voluntad del legislador con la preferencia por determinadas fórmulas que el legislador hubiera podido establecer”, lo que lleva a salvar “en último extremo regulaciones cuestionables que mejor hubieran sido devueltas al legislador para una nueva redacción”. Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 143, p. 854.



magistrado señor Conde Martín de Hijas en su voto particular a la STC 176/1999 cuando sostiene que

una cosa es que, siendo varias las interpretaciones posibles de un precepto en sí mismo considerado, y en cuanto objeto inmediato de análisis, unas adecuadas a la Constitución, y otras no, la selección por vía interpretativa del sentido conforme, unida al principio de conservación de las normas, permita eludir una declaración de inconstitucionalidad, que es, en mi criterio, a lo que debe limitarse tal técnica interpretativa, y otra, que se altere el sentido normativo del precepto, haciéndole decir lo que en rigor no dice, y alterando de partida el objeto de análisis hermenéutico, para pasar a continuación a contrastar con la Constitución ese precepto, previamente rectificado en su sentido.

El propio tribunal constitucional ha señalado que la interpretación conforme no permite “reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4) ni “puede llegarse a entender que dice lo contrario o algo sustancialmente distinto de lo que dice” (STC 42/1981, de 22 de diciembre, FJ 6). El tribunal constitucional alemán, por ejemplo, ha negado la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución de una regulación emanada durante el nazismo, por cuanto que el espíritu que lo inspiraba era profundamente totalitario y habría exigido, más que una interpretación, una verdadera y propia reformulación, que habría podido consistir, en último término, en una actividad creativa, pura y simplemente, de una norma. En España, Gómez Montoro ha considerado, en lo que es opinión común, que no caben, tampoco, sentencias interpretativas ni cuando la interpretación incompatible con la Constitución “es la que viene siendo aplicada de manera constante y uniforme por los órganos judiciales” ni respecto de los preceptos sancionadores (administrativos o penales)<sup>748</sup> y que, además, debe atenderse siempre a la voluntad del legislador.<sup>749</sup>

En Alemania, se deduce de la jurisprudencia constitucional que esta interpretación conforme a la Constitución, además de tener que respetar

<sup>748</sup> Desde nuestro punto de vista, no puede excluirse de modo absoluto la posibilidad de sentencias interpretativas en el ámbito sancionador, si bien ha de hacerse un uso especialmente prudente de tales pronunciamientos y, desde luego, nunca *contra cives*, lo que veda toda interpretación expansiva o análogica, etcétera. El propio tribunal constitucional ha hecho uso de la interpretación adecuada a la Constitución respecto de tipos penales incluso en la vía de amparo (STC 111/1993, de 25 de marzo).

<sup>749</sup> Gómez Montoro, Ángel, *op. cit.*, nota 697, p. 597.

el *maximum* de los designios del legislador que puedan respetarse de conformidad con la Constitución, encuentra sus límites en el claro<sup>750</sup> tenor literal o la voluntad claramente reconocible del legislador, el objetivo esencial o el sentido básico de la norma legislativa (BVerfGE 8, 28, 34 y 70, 35, 63, por ejemplo); en caso de duda —y también si ésta es seria (BVerfGE 9, 167, 174; 12, 281, 296)— sobre la constitucionalidad de la ley, ha de procederse a una “interpretación conforme”.

Expresado con otras palabras, Hesse marca como criterio orientativo de los límites funcionales de esta interpretación conforme a la Constitución que la misma debe ser un *minus* y no un *aliud* respecto del contenido originario de la ley, pues en esta última hipótesis, fuera de los casos en que sólo sea imaginable una regulación que tome en cuenta las exigencias constitucionales (BVerfGE 2, 336, 340, por ejemplo), la intervención del tribunal constitucional en las competencias del legislador es mayor incluso que mediante la declaración de nulidad, ya que es él mismo el que conforma positivamente en cuanto a su contenido la materia de que se trate, mientras que con la declaración de nulidad ello seguiría siendo competencia del legislador; por tanto, cuanto más corrija el tribunal constitucional al legislador, tanto más se aproximará a los límites jurídico-funcionales de la interpretación conforme a la Constitución, que difícilmente pueden fijarse con toda precisión.<sup>751</sup> Parafraseando precisamente a Hesse, dice Häberle que cuanto más implique el resultado del proceso de “interpretación conforme” una comprensión de la ley que se separe de la significación pretendida por el legislador (y, por ello, sea respecto de la misma más un *aliud* que un simple *minus*), tanto más alto será el precio a pagar en forma de legislación *jurisdiccional-constitucional*.<sup>752</sup>

<sup>750</sup> Ya en BVerfGE 8, 28, 33.

<sup>751</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 17, p. 52.

<sup>752</sup> Häberle, Peter, “Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politikeine Zwischenbilanz”, *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise?: Öffentlichrechtliches, europarechtliches und rechtsphilosophisches Seminar* (sesión del 17 de junio de 1996), Berlín, p. 27. Ahora bien, aunque algunos autores señalan que, mientras la declaración de inconstitucionalidad permite al legislador volver a actuar (véase Müller, Friedrich, *cit.*, nota 699) y, en cambio, una interpretación conforme a la Constitución no, Häberle sostiene que no es así, pues la interpretación conforme no se opone a un nuevo acto legislativo, por más que haya que reconocer que jugará como elemento psicológico en la mente de los legisladores la circunstancia de que ya existe una ley.

Así pues, la interpretación conforme a la Constitución ha de tener —precisamente para respetar al legislador democrático y su competencia configuradora— unos límites, no debe ser contraria al sentido claro de la norma, no debe conllevar un fraude hermenéutico de la ley, pero no cabe desconocer que ello precisamente será problemático en los casos concretos, por lo que no puede extrañar que Müller considere que los límites a la “interpretación conforme a la Constitución” derivados del *claro* sentido, objetivo, fin o voluntad de la ley “son superfluos” y sólo en raros casos-límite se dará esa claridad de objetivo, etcétera, de la ley; y estime, así, que, más bien, lo que habría que decir es que *lo que no está permitido, ni para la interpretación de la Constitución ni de la ley (a conformar con la Constitución), es un método hermenéutico “extravagante”, no desarrollado con los medios metódicos “normales”*; <sup>753</sup> la conformidad a la Constitución no es, pues, un elemento de trabajo autónomo o complementario, sino una regla de preferencia para decidir entre resultados alternativos determinados con el procedimiento habitual de interpretación. <sup>754</sup>

En realidad, desde nuestro punto de vista, todos los anteriores son criterios complementarios válidos que pueden servir de orientación (negativa) para saber cuando no procede una interpretación conforme a la Constitución, no debiendo tampoco nunca olvidarse que tal “interpretación conforme”, de no observarse sus límites funcionales, podría conllevar incluso una afectación mayor del campo de juego del legislador que la propia declaración de inconstitucionalidad <sup>755</sup> y, con ello, un mal mayor que aquel que se trata de evitar por medio de la interpretación conforme, hasta el punto de que algunos autores consideran que la técnica que surgió originariamente como un reconocimiento de un *favor legis* o *legislatoris* se ha transformado, directamente y sin rodeos, en una forma de inobservancia de la voluntad parlamentaria; <sup>756</sup> y en el

<sup>753</sup> En esta línea, el voto particular de los magistrados señores Viver Pi-Sunyer y García Manzano a la STC 50/1999, de 6 de abril: “La posibilidad de dictar un fallo interpretativo está limitada por las pautas de interpretación que rigen en una determinada comunidad jurídica. Entre esas reglas o criterios tradicionales de interpretación figura, sin duda, como límite infranqueable de toda actividad interpretativa, el deber de respetar el tenor literal de los preceptos, de modo que no cabe deducir de un enunciado legal ninguna norma contraria al posible sentido lingüístico del precepto o, más claramente, ‘al sentido propio de sus palabras’ (artículo 3.1 CC)”.

<sup>754</sup> Müller, Friedrich, *op. cit.*, nota 699.

<sup>755</sup> *Idem*.

<sup>756</sup> Sobre ello, véase Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 17, p. 27.

seno del propio órgano de la constitucionalidad se han producido en ocasiones reproches por entender que, en el caso concreto, la pretendida interpretación conforme no “es tal interpretación, sino una sustitución pura y simple del texto legal por otro diferente”, no “respetuosa con su sentido normativo” (así, voto particular del magistrado señor Conde Martín de Hijas a la STC 233/1999).

Por otro lado, es preciso indicar que, en Italia, se distingue, dentro de las sentencias interpretativas, según que el tribunal constitucional escoja una determinada interpretación como conforme a la Constitución (*sentenze interpretative di rigetto*) o como contraria a ella (*sentenze interpretative di accoglimento*). Las primeras no tienen eficacia jurídica estricta *erga omnes* (más allá de la fuerza persuasiva de los fundamentos), sino sólo respecto del juez *a quo* que planteó la cuestión de inconstitucionalidad (estimada) y cuya interpretación de la norma legal precisamente se declara inconstitucional y no podrá aplicar *in casu* dicho juez. Precisamente por la tendencia a la inobservancia por los tribunales ordinarios de la interpretación establecida por la Corte Constitucional, ésta se ha visto obligada a recurrir a las sentencias interpretativas de acogimiento, por medio de las cuales se escoge una determinada interpretación como incompatible con la Constitución, declarándola inconstitucional, de forma que no se elimina del ordenamiento la disposición legal, que puede seguir siendo aplicada, pero sí una de sus posibles interpretaciones.<sup>757</sup>

También en España las sentencias interpretativas pueden o bien declarar inconstitucional una determinada interpretación de la ley, con un fallo normalmente estimatorio de la inconstitucionalidad, lo que es poco frecuente; o bien declarar que la ley es constitucional si se la interpreta en un determinado sentido, con un fallo generalmente desestimatorio de la inconstitucionalidad. Pero su vinculatoriedad no ha planteado problemas, pues si la del primer tipo de fallos es indudable, no lo es menos la del segundo (artículo 5 LOTC), aunque desde luego el hecho de que el fallo sea formalmente desestimatorio (por más que materialmente imponga una determinada interpretación adecuada a la Constitución) puede dificultar su conocimiento y aplicación por los operadores jurídicos, especialmente cuando, como alguna vez ha ocurrido, ello se hace sin remisión formal a uno o varios fundamentos jurídicos de la sentencia, técnica que no nos parece aceptable. No obstante, debe decirse que no existe una correlación necesaria entre sentencia que declara inconstitu-

<sup>756</sup> Rolla, Giancarlo, y Groppi, Tania, *op. cit.*, nota 691, pp. 170 y ss.

cional una determinada interpretación de la ley y fallo estimatorio ni entre sentencia que da una determinada interpretación conforme a la Constitución y fallo desestimatorio, sino que cabe distinguir entre las sentencias que llevan a cabo una interpretación conforme a la Constitución, pero sin llevar dicha interpretación al fallo (*sentencias interpretativas simples*) y aquellas otras sentencias que sí llevan la interpretación adecuada a su parte dispositiva (*fallos interpretativos o sentencias con fallo interpretativo*), siendo en ocasiones discutido en el seno del tribunal precisamente si ha de adoptarse en cada caso una u otra modalidad sentenciadora.<sup>758</sup> En Alemania, ocurre algo similar.

Todas estas consideraciones son de aplicación en México y, en general, en cualquier sistema de justicia constitucional. Las sentencias interpretativas son, acaso, las sentencias constitucionales atípicas más comunes y generalizadas en todos los sistemas de justicia constitucional, lo que se deriva de la propia lógica a que responden. Y si la admisibilidad de estas sentencias puede plantear dudas en algún sistema de justicia constitucional, aparte de que la jurisprudencia sin apenas excepciones las admite, desde luego su procedencia en el derecho mexicano respecto de la acción de inconstitucionalidad es indiscutible a la luz del artículo 43 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, que aunque se ubique en sede de controversias constitucionales, es de aplicación por la remisión que a él, entre otros preceptos, realiza el artículo 73. Dice el artículo 43: “Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, tribunales...”.

Es cierto que la vía idónea para la interpretación adecuada a la Constitución es más la del control concreto, influenciada por la dialéctica del caso concreto y vinculada a la interpretación por los demás tribunales, que la del control abstracto ejercitado vía acción de inconstitucionalidad, pero ello no impide que también en los procedimientos iniciados por dicha acción puedan dictarse sentencias adecuadoras a

<sup>758</sup> Ello es justamente objeto de los votos particulares formulados por tres magistrados (especialmente, el de los magistrados señores Jiménez de Parga, Mendizábal y Garrido Falla) a la STC 176/1999, de 30 de septiembre. Desde nuestro punto de vista, las sentencias interpretativas deberían llevar consigo, en buena técnica jurídica y por razones obvias de seguridad jurídica, un fallo también interpretativo, esto es, con remisión formal a los fundamentos jurídicos en que se realiza la interpretación adecuada a la Constitución.

la Constitución conforme a la técnica de la interpretación conforme, tal y como es práctica habitual en todos los países que cuentan con un órgano de la constitucionalidad consolidado.

Cuestión distinta es la de si los accionantes ante el órgano de la constitucionalidad pueden pretender en sentido técnico-jurídico que el mismo dicte una sentencia interpretativa, algo a lo que el tribunal constitucional español ha dado una respuesta negativa por entender que él “es intérprete supremo de la Constitución, no legislador”, por lo que “sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre la adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución” (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6), si bien la referencia a que el tribunal constitucional no es un legislador, aun reflejando una realidad obvia, no resulta del todo convincente si se tiene presente que la técnica de las sentencias interpretativas, cuando se utiliza dentro de sus correctos límites, está precisamente al servicio del principio de conservación de la ley y dirigido a moderar la incidencia del tribunal constitucional en el ámbito funcional del legislador democrático. No puede sorprender, así, que en alguna ocasión sea el propio legislador afectado el que solicite que se dicte una sentencia interpretativa (véase, así, STC 196/1996, de 28 de noviembre).

### c. Las sentencias admonitorias

Son sentencias en que el tribunal constitucional desestima la pretensión impugnatoria frente a una ley, considerándola, pues, constitucional, pero, al mismo tiempo, con ellas se pretende, como señala Fernández Segado,<sup>759</sup> “desencadenar la actuación del Poder Legislativo, circunstancia que por lo general se explica por la existencia de una obligación constitucional de actuar por parte de aquél”, indicando al legislador un camino a seguir.<sup>760</sup>

Se suelen utilizar, como señalan Rolla y Groppi, en asuntos de elevada politicidad y en Italia se las conoce también como *le doppie pronunce*, pues el tribunal constitucional introduce una escisión ló-

<sup>759</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 692, p. 62.

<sup>760</sup> Sobre el tema en la jurisprudencia norteamericana, véase Sánchez Agesta, Luis, *La función constitucional del juez. Las interpretaciones del modelo americano y su posible vigencia en España*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Discurso de Recepción como Académico de número, 1967, p. 47.

gica entre la parte dispositiva, en la que declara constitucional la ley, y su fundamentación, en la que se deja entrever claramente que las dudas de constitucionalidad por parte del juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad son fundadas, por lo que el tribunal anticipa su decisión de considerar la ley inconstitucional, pero sin llegar a declararlo expresamente, de modo que en ocasiones llega a concederse al legislador un cierto tiempo para intervenir y sólo si éste no interviene, el tribunal declarará la inconstitucionalidad cuando en el futuro vuelva a plantearse la cuestión.<sup>761</sup> Con todo, estas sentencias pueden ser específicas y puntuales, incluso con fijación de plazos, pero también pueden ser genéricas y flexibles.<sup>762</sup>

Las recomendaciones al legislador son, en opinión de un antiguo presidente del tribunal constitucional español, “observaciones no vinculantes de inmediato tendentes a orientar al legislador en una determinada dirección o, incluso, a impulsarle a que siga la orientación indicada”. El mismo autor ha propuesto una clasificación, no exhaustiva, de las que llama “recomendaciones al legislador”, sobre la base de la experiencia española: *a)* recomendaciones *transaccionales*;<sup>763</sup> *b)* recomendaciones *cautelares*;<sup>764</sup> *c)* recomendaciones *correctivas* (en el recur-

<sup>761</sup> Rolla, Giancarlo, y Groppi, Tania, *op. cit.*, nota 691, p. 172.

<sup>762</sup> Véanse los ejemplos de uno y otro tipo que, para Italia, propone Romboli, Roberto, “Italia”, en Aja, Eliseo (ed.), *op. cit.*, nota 186, pp. 109 y ss.

<sup>763</sup> Desde nuestro punto de vista, este “tipo” de recomendaciones “transaccionales” al legislador no está en contraposición a las restantes, pues mientras que las recomendaciones cautelares, correctivas, orientadores e igualitarias se refieren a tipos de recomendaciones en cuanto a su contenido, las llamadas recomendaciones transaccionales se refieren, como enseguida se verá, al modo en que surgen, informalmente, dentro del tribunal y por ello los otros tipos de recomendaciones a que se refiere Tomás y Valiente pueden ser, al mismo tiempo, por la forma en que se originaron en el seno del tribunal, transaccionales y es de suponer que así será en buena parte de los casos.

<sup>764</sup> Como ejemplo se propone la formulada por el tribunal constitucional con ocasión del enjuiciamiento de la constitucionalidad del artículo 170 LPL que exigía al empresario recurrente en casación una consignación para poder recurrir: “Sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el artículo 170 y conexos, para que evitara la imposibilidad del recurso en supuesto de falta de medios o de simple falta de liquidez, a través en este último supuesto de medios conocidos y seguros empleados en la práctica económica —aval bancario, depósito de valores, etcétera—, de modo similar a como prevé el artículo 183 de la LPL para las empresas concesionarias de servicios públicos” (STC 3/1983, FJ 5). En este caso, como dice Tomás y Valiente, “la recomendación de reforma legislativa es clara y su sentido también. El tribunal entiende constitucional la obligación de consignar, pero teme que algún empresario pueda quedarse sin poder recurrir por no tener liquidez suficiente, y ante tal supuesto la recomendación sugiere explícitamente la

so previo de inconstitucionalidad); *e*) recomendaciones *orientadoras*,<sup>765</sup> pero con respeto último de la libertad de configuración del legislador; *f*) recomendaciones *igualitarias*.

En concreto, respecto de la que llamaba Tomás y Valiente “recomendación transaccional”, ofrecía dicho autor como (posible) ejemplo la recomendación al legislador contenida en la sentencia 108/1986, sobre la constitucionalidad del modo de designación previsto en la nueva LOPJ de 1985 de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. En este tipo de sentencias, “las cosas suceden más o menos así: unos magistrados argumentan en favor de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, otros razonan en pro del mantenimiento del mismo por entenderlo conforme a la Constitución, un tercer sector guarda silencio. En una fase más avanzada de la deliberación alguien arguye que, aunque el precepto no es inconstitucional, mejor sería o

conveniencia de admitir otras formas de garantía que la propia LPL en un supuesto análogo prevé, e implícitamente advierte que si un recurrente viniera en amparo por haberse quedado sin recurso de casación, aun queriendo consignar, por no admitírsele otra forma de hacerlo que la consignación en metálico, el tribunal, probablemente al menos, le otorgaría el amparo por violación del derecho a la tutela judicial, bajo la forma en este caso de derecho al recurso. La recomendación es, por ello, cautelar: propone una mejora legislativa y advierte al buen entendedor de lo que puede suceder si no se lleva a cabo, al mismo tiempo que sugiere una posible interpretación analógica del 170 en relación con el 183 LPL, en virtud de la cual los órganos del orden laboral pueden evitar que un empresario con voluntad de recurrir y de consignar se quede sin recurso. Tampoco, pues, esta recomendación carece de sentido”. Tomás y Valiente, Francisco, “A modo de sugerencia (Notas sobre las recomendaciones del tribunal constitucional al legislador)”, en Ángel Garrorena (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990.

<sup>765</sup> Por ejemplo, la de la STC 49/1988, de 22 de marzo de 1988, FJ 18: “En cuanto a la fijación de porcentajes rígidos para cada grupo de intereses (en los órganos de gobierno de las cajas de ahorro), debe señalarse de entrada que una fijación de ese tipo (el precepto establece todos los grupos representados y su porcentaje) no puede constituir norma básica para las comunidades (inalterable por sus propias leyes), especialmente para aquellas que, como la catalana y la gallega, tienen competencia exclusiva en la materia, aunque con el límite del obligado respeto a las bases de la organización del crédito y a las bases y coordinación de la planificación general de la política económica. Es cierto que la finalidad democratizadora, tantas veces citada, permite al legislador estatal establecer como básicas ciertas normas que aseguren su consecución. *Así puede prevenir, por medio de esas normas, que un grupo alcance un dominio decisivo en la asamblea en perjuicio de los otros, o le cabe exigir que las representaciones correspondientes sean significativas, siempre que deje un margen también significativo para las diversas opciones autonómicas. El legislador podría para alcanzar esos objetivos fijar mínimos o máximos o acudir a otras medidas que estime apropiadas*”.



hubiera sido que su texto fuera distinto. Se camina por esta vía, y en un momento dado uno o dos magistrados proponen un párrafo ‘transaccional’ con recomendación incluida, que es aceptado por todos”.<sup>766</sup> La recomendación al legislador en la sentencia citada arriba como ejemplo, se produjo en los siguientes términos:

La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo (de llevar la lucha de partidos al seno del Poder Judicial), creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, *parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento suficiente para declarar su invalidez*, ya que es doctrina constante de este tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Ocuriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la Constitución.<sup>767</sup>

<sup>766</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, nota 764, p. 19.

<sup>767</sup> STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 13. El artículo 122.3 CE dice: “El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el rey por un periodo de cinco años. De éstos, doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica: cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros entre abogados y juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión”. La referencia a los doce consejeros elegidos “entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales” fue interpretada, por la primera Ley Orgánica del Poder Judicial (1980), de tiempos de UCD, como la exigencia no sólo de que esos consejeros fueran Jueces y Magistrados sino que además debían ser elegidos “por” los jueces y magistrados; la Ley Orgánica de 1985, en tiempos del PSOE, entendió, sin embargo, que lo único que exigía la Constitución con esa cláusula es que esos doce consejeros fuesen jueces y magistrados, pero no elegidos “por” ellos mismos y, sobre ese entendimiento, atribuyó la designación —en rigor, propuesta al rey de designación— de los mismos a las dos Cámaras: seis al Congreso y seis al Senado. Ello motivó la impugnación de la constitucionalidad de tal interpretación legal de la Constitución, dando lugar al pronunciamiento que comentamos del TC. Es de destacar que el actual gobierno, formado por el partido que en su día impugnó la Ley de 1985, estaba decidido a volver al sistema de 1980, si bien el pacto con la oposición ha llevado a una solución intermedia entre el sistema originario y el sistema de 1985, operada por medio de la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, que no ha podido evitar, sin embargo, la elevada politicidad cuasipartidista del funcionamiento del CGPJ, en cuyo seno se acaba proyectando *grossa modo* la misma correlación de fuerzas existente en el Parlamento nacional.

Como dice Tomás y Valiente, hay en este párrafo una “preferencia insinuada, una advertencia respecto al cuidado que es necesario adoptar al instrumentalizar el sistema de elección contenido en el precepto impugnado y un razonamiento expreso de por qué, pese a todo, no se declara la inconstitucionalidad. El legislador presente y futuro conocen la opinión del tribunal y de eso se trata. El *obiter dictum* no sirve sólo (nunca sirve sólo para eso) para descargar tensiones internas: contiene un mensaje que el legislador presente y futuro entiende, aunque uno y otro lo valoren, quizá, de modo diferente”,<sup>768</sup> como probablemente ocurra.

Rubio Llorente, que participó también por cierto en la sentencia como magistrado del TC, parece sugerir que hay algo más que “una preferencia insinuada” en la misma, pues la cita como ejemplo de sentencia exhortatoria sin declaración de inconstitucionalidad, al referirse a aquellas sentencias en las que el tribunal “ha invitado a sustituir la ley dentro de un plazo determinado o tan pronto como sea posible, sin llegar, sin embargo, a declararla inconstitucional”, entendiendo que es un caso *señalado* en que el tribunal ha hecho uso de esta técnica “de modo resuelto” y no, como generalmente ha ocurrido, “de modo tímido”.<sup>769</sup>

García de Enterría, por su parte, en certera opinión, comenta cómo “la ‘exhortación’ no surtió el menor efecto, e incluso el gobierno la rechazó expresamente cuando la oposición se la recordó, alegando justamente la validez constitucional de la ley que se derivaba del fallo de la sentencia” y no cree que pueda entenderse que se haya hecho en este caso uso “de modo resuelto”<sup>770</sup> de esta técnica, siendo en todo caso con toda probabilidad “la ineficacia de estas exhortaciones” la que ha llevado posteriormente al tribunal constitucional a optar por la técnica de las sentencias de mera inconstitucionalidad. Y por lo

<sup>768</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, nota 764, p. 19.

<sup>769</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 705, p. 522.

<sup>770</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 698, p. 10: “realmente, la ‘resolución’ con que el Fundamento 13 de la sentencia hizo la admonición no parece muy caracterizada”. Sobre ello, véase, además, el voto particular de los magistrados señores de Mendizábal Allende y Jiménez de Parga a la STC 105/2000, de 13 de abril, en que, considerando claramente inconstitucional el sistema de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial consagrado inicialmente (antes de la última reforma) por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, parece aludirse a las recomendaciones al legislador de la STC 108/1986 como “aspavientos retóricos”.

que parece, la experiencia italiana no ha sido muy diferente, aunque sí anterior.<sup>771</sup>

Y, en efecto, la diferencia que existe entre las sentencias admonitorias y las de mera inconstitucionalidad, aunque está bastante difuminada en la práctica de los diversos sistemas, parece estribar en que mientras las primeras son desestimatorias de la pretensión de inconstitucionalidad (si bien acompañadas de una recomendación al legislador sobre el medio a seguir para llegar a una situación plenamente constitucional), las segundas, en cambio, estiman la inconstitucionalidad aunque sin que de la misma se derive, por el momento, la nulidad de la disposición cuestionada. Esta parece ser la diferencia sustancial entre un tipo y otro de sentencias, aunque no es una cuestión clara ni, tampoco, cerrada. Y aunque, en las sentencias de mera inconstitucionalidad, la doctrina discute el grado o intensidad de la vinculatoriedad de las mismas, en el caso de las sentencias admonitorias se trataría más bien, a juicio de Tomás y Valiente, de “observaciones no vinculantes”, que “ni se llevan al fallo ni constituyen tampoco su *ratio decidendi*”, precisamente por lo cual tampoco “pueden considerarse juicios de oportunidad ni de conveniencia, puesto que no son verdaderos juicios, sino opiniones”: “El legislador puede desoírlos”. Pero el tribunal ha empleado esta técnica llevado de dos actitudes combinadas: “ni eludir un problema (antes bien, se suscita o se recoge), ni ir más allá de lo debido. Técnica discutible: discútase”.

Pero, junto a las recomendaciones transaccionales, es preciso aludir también a las llamadas *recomendaciones relativas a la igualdad material*. Como nos dice una vez más Tomás y Valiente, “en ocasiones, el tribunal ha resuelto recursos cuya tesis impugnatoria podía parecerle en algún punto más cerca, dentro de la sección del ordenamiento al que se refiriera la ley impugnada, a la igualdad o a la justicia material que la contenida en la propia ley. Pero si ésta, a juicio del tribunal, no era inconstitucional por oposición a otros preceptos constitucionales, el tribunal no la ha declarado inconstitucional, si bien ha acompañado su fallo de alguna recomendación al legislador para que remedie tal desigualdad o injusticia material”.<sup>772</sup>

<sup>771</sup> Politi, Fabricio, “Principio di continuità dell’ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: ‘giusta preoccupazione’ o ‘eccessivo timore’ della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXXVII (1992), fascículo 4, p. 3173.

<sup>772</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, nota 764, p. 21.

Estas recomendaciones tienden a estimular o incitar al legislador a hacer algo más acorde con el precepto constitucional de la igualdad material y los derechos sociales que lo ya hecho o todavía no hecho, y aunque no sean *ratio decidendi* sino claramente *obiter dicta*, debieran ser atendidas por el legislador. “Él tiene conocimiento de los datos empíricos y de los medios disponibles para mejorar situaciones como las denunciadas; el tribunal no. Él tiene una iniciativa legislativa de la que el tribunal carece y, obviamente, debe carecer. Pero una falta reiterada de atención<sup>773</sup> a recomendaciones de este género podría impulsar al tribunal a un cierto activismo, a mi juicio, inconveniente”.<sup>774</sup>

#### d. Las sentencias apelatorias

Este tipo de sentencia es bien conocida en la práctica jurisprudencial alemana (*Apellentscheidungen*),<sup>775</sup> caracterizándose por una gran riqueza y variedad, si bien es cierto que la reciente y expansiva difusión de las sentencias de mera inconstitucionalidad ha derivado en un recurso menos frecuente a las sentencias apelatorias. Los casos más relevantes en que se ha usado este tipo de sentencias en Alemania, según nos dice Weber, son los relativos al impuesto sobre las ventas (BVerfGE 7, 282), al mandato constitucional de equiparación de los hijos extramatrimoniales (BVerfGE 25, 167), a la reserva de ley en relación a los reclusos (BVerfGE 33, 1), a la expulsión de las escuelas sin previsión legal (BVerfGE 41, 251), al mandato constitucional de equiparar las pensiones de los viudos y las viudas (BVerfGE 39, 160, 191), y a la tributación discriminatoria del patrimonio (BVerfGE

<sup>773</sup> En algunos países, se han creado oficinas u organismos encargados de preparar los cambios sugeridos por el tribunal. En Italia también existe un cauce formal, que es la institución del seguimiento legislativo, por virtud de la cual la Comisión parlamentaria competente en cada caso analiza la sentencia constitucional de que se trate y, en su caso, propone las reformas legislativas que juzgue convenientes, algo que, por lo demás, es consecuencia del mandato de comunicar las sentencias a las Cámaras para que éstas “tomen las medidas que consideren oportunas” (artículo 136 Constitución).

<sup>774</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, nota 764, pp. 21 y ss.

<sup>775</sup> Su origen parece estar en el artículo de la antigua juez constitucional Brüneck, Rupp v., “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?”, *Festschrift für Gerbard Müller*, 1970, pp. 355 y ss. (trabajo que no hemos manejado). No existen este tipo de sentencias, en cambio, en Austria ni en Portugal, por ejemplo, por más que también en estos países el tribunal constitucional sí haya hecho uso de sentencias más o menos admonitorias.

23, 242).<sup>776</sup> Se ha sugerido que los casos en que se hace uso de este tipo de sentencias en Alemania pueden reconducirse a tres tipos de supuestos según cual sea el motivo general que las origina: *a)* cambio en las relaciones de hecho y/o jurídicas; *b)* incumplimiento de un deber constitucional de legislar; *c)* falta de evidencia de la inconstitucionalidad.

En cuanto a la diferenciación de las sentencias de mera inconstitucionalidad o incompatibilidad con la Constitución y las sentencias apelatorias es particularmente compleja, en especial si se parte del dato de que en ocasiones, como se ha visto, las primeras incluyen también una apelación al legislador para que actúe y, a veces, un plazo dentro del cual ha de hacerlo. Ahora bien, puede decirse que hay una diferencia formal o estructural básica entre uno y otro tipo de sentencia, y ello por cuanto que mientras las sentencias de mera inconstitucionalidad son estimatorias de la incompatibilidad con la Constitución, aunque no declaren la nulidad de la ley, en el caso de las sentencias apelatorias se considera la ley constitucional si bien en tránsito, por así decirlo, hacia la inconstitucionalidad, motivo por el cual se anexa a la sentencia una apelación al legislador para que regule urgentemente una determinada materia de conformidad con las exigencias que la Constitución impone en la interpretación del TC, fijándose en ocasiones, incluso, bien que de forma más o menos determinada, un plazo para hacerlo así. Con todo, las cosas no son tan claras en la realidad y con frecuencia la separación entre un tipo y otro de sentencias se hace especialmente compleja, no existiendo un consenso suficiente todavía al respecto y predominando, como por otra parte es lógico, en los tribunales constitucionales un enfoque pragmático e integrador.

Al margen de ello, debe decirse que lo característico y *esencial* de este tipo de sentencias, como su propio nombre indica, es que, considerando la norma enjuiciada “todavía constitucional”,<sup>777</sup> incluyen, no

<sup>776</sup> Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 186, pp. 80 y 81.

<sup>777</sup> También son sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad las sentencias que declaran que la norma es “todavía” (*noch*) constitucional, distinguiéndose en la doctrina alemana, a partir de la praxis del Tribunal Constitucional Federal Alemán, entre el “todavía dinámico” (*das dynamische Noch*: el tribunal constitucional considera que ha comenzado, pero no concluido, un desarrollo de las circunstancias que rodean a la norma cuyo cambio final amenaza con rendir inconstitucional la norma y por ello declara que la norma es “todavía” constitucional) y el “todavía tolerante” (*das tolerante Noch*: la tolerancia del tribunal constitucional al legislador puede derivarse de las

obstante, una apelación o llamamiento al legislador “para que establezca una situación plenamente constitucional o para que evite una posible inconstitucionalidad futura” que el tribunal podría declarar en el futuro: el TCFA, nos dice Häberle, establece por medio de estas sentencias una “reserva de mejoramiento”: el legislador debe “reconsiderar y, si hubiere lugar, mejorar” la ley “no obstante” constitucional (BVerfGE 87, 348, 358; véase también BVerfGE 65, 1, 55).<sup>778</sup> Ocurre además que frecuentemente la apelación va acompañada del señalamiento de un término (*Fristsetzung*), normalmente en el propio fallo pero a veces en la fundamentación jurídica, plazo dentro del cual el legislador habrá de adecuar la normativa legal de que se trate al texto constitucional tal y como ha sido interpretado por el TC, lo que ha llevado a la doctrina a hablar de la eficacia primordialmente preventiva de este tipo de sentencias, que son en cierto modo patológicas.

En la doctrina se discute si hay, incluso cuando se señala un plazo, una verdadera obligación del legislador de adecuación de la ley a la Constitución, así como su alcance concreto y su posible fundamento. El TCFA habla de una genuina y propia obligación, así como de encargo o tarea que deriva directamente de la Constitución. Pestalozza entiende que el efecto vinculante del término señalado por el tribunal presenta una doble vertiente: por un lado, ese señalamiento de un término se basa en un pronóstico, que exige el desarrollo completo de la situación jurídica (reservándose el tribunal, si cambiasen las circunstancias, la facultad de revisar el análisis de la situación); por el otro, tal efecto vincula a todos los participantes en el procedimiento de formación de la ley a moverse en el ámbito del marco establecido por el tribunal constitucional y, eventualmente, en el respeto a las alternativas por él establecidas.<sup>779</sup>

eventuales “dificultades del reconocer” la situación jurídica por parte del legislador en el momento en que adoptó la regulación, de las dificultades de la previsión *ex ante* y de las dificultades de conformación (por la complejidad o novedad de la materia, en especial) por parte del legislador. Por medio de estas sentencias, el Tribunal Constitucional Federal Alemán recuerda, en especial al legislador, que no está asegurada en todo caso para el futuro la constitucionalidad de la Ley. Estas sentencias suelen ir ligadas, además, a una apelación al legislador (sentencias apelatorias) en el fallo o sólo en la fundamentación jurídica, cuya inobservancia puede conducir, en la próxima ocasión, a la declaración de incompatibilidad con la LF de la Ley. Sobre ello, Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozeßrecht*, Múnich, C. H. Beck, 1991, pp. 337 y ss.

<sup>778</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 39, p. 271.

<sup>779</sup> Pestalozza, Christian, *op. cit.*, nota 716, tomo I, pp. 555 y ss.

Debe precisarse que, en principio, este tipo de sentencias tienen sentido, o al menos mucho más sentido, en sistemas como el alemán, en que el control abstracto no está sujeto a la limitación de un plazo para su interposición, pero no, o no tanto, en sistemas que, como el español o el mexicano, precluyen el ejercicio de la acción directa de inconstitucionalidad dentro de un plazo fugaz (no obstante, véanse SSTC 96/1996 y 235/1999), por más que subsista la posibilidad de un ulterior control “dinámico” de la constitucionalidad a través de otras vías (cuestión —interna, en su caso— de inconstitucionalidad). Con todo, también nuestro tribunal constitucional ha hecho uso de las sentencias apelatorias respecto de normas legales que juzga inconstitucionales, pero que, dados los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, no puede él reparar dicha inconstitucionalidad por las razones que sean, por lo que formula una apelación al legislador a actuar en un “tiempo razonable” (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23) o incluso “cuanto antes” (STC 208/1999, FJ 8), con apercibimiento incluso de la posibilidad de que, de no cumplir el legislador con su deber de forma leal en plazo, el tribunal constitucional podría decretar la nulidad diferida a plazo fijo (STC 235/1999: “no estimando este tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede diferida a un determinado plazo”).<sup>780</sup>

<sup>780</sup> En este caso, el TC, tras exhortar en una primera sentencia al legislador a adoptar una determinada regulación constitucionalmente exigible en un “tiempo razonable” (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23), al tener ocasión, tres años más tarde, de volver a enjuiciar la cuestión tras haber caído en saco roto sus recomendaciones al legislador por no haberse dictado la norma precisa para sanar la inconstitucionalidad, ha concluido que, “ante la falta de actividad del legislador en este punto” (“el transcurso de más de tres años desde aquel pronunciamiento desborda, como es notorio, el criterio de un ‘tiempo razonable’ para acomodar la norma a la Constitución, lo que ha deparado la anómala pervivencia de una situación contraria al reparto constitucional y estatutario de competencias”), “es obligada la declaración de inconstitucionalidad de dicha disposición adicional, en el mencionado precepto” (STC 235/1999, de 16 de diciembre, FJ 13). Esto es, acude el tribunal constitucional a una declaración de mera inconstitucionalidad sin nulidad y ello porque “la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión”, por lo que su nulidad produciría un vacío normativo en una materia de gran importancia, sin que sea tampoco posible que sea el propio TC, que no es un legislador positivo, el que supla la omisión normativa. Pero ello no le impide tampoco al TC, en esta segunda sentencia, “reiterar el inexcusable imperativo constitucional que sobre el legislador pesa en orden a la reparación con presteza de semejante situación contraria al bloque de la constitucionalidad, intervención legislativa reparadora que tras otras sentencias y para otros ámbitos —vale recordar— no ha incurrido en demora des-

Con ello, parece que la vinculatoriedad de las apelaciones en cuestión no puede ponerse en duda, por más que aquí el juego del principio de lealtad constitucional habría de llevar al legislador a dar cumplimiento “cuanto antes” a las mismas, sin necesidad de que el tribunal constitucional tenga que hacer uso de esas técnicas sentenciadoras más enérgicas y, a la postre, menos idóneas para sanar de modo no disfuncional la incompatibilidad con la Constitución, como la de la declaración de inconstitucionalidad diferida a un plazo fijo, al modo del *Warte-* o *Karenzfrist* de la Constitución austriaca, que viene a ser una suerte de prórroga jurisdiccional provisional o, si se permite la expresión, de *vacatio sententiae*, pero con la importante diferencia de que, en el caso español o alemán, ni la legislación procesal constitucional ni, menos todavía, la Constitución contemplan tal posibilidad de declaración de nulidad sometida a una condición suspensiva (*aufschiebend bedingte Nichtigerklärung*). Por ello, nos parece discutible y apropiado que el tribunal constitucional pueda recurrir a tal modalidad sentenciadora, al menos si se pretende que opere *ope iuris* o, en especial, si se pretende que el propio tribunal constitucional pueda revisar de oficio el juicio de compatibilidad de la ley con la Constitución transcurrido el plazo fijado (como defendiera Maunz en Alemania).

Sobre todo, es de desear, de un lado, que el órgano de la constitucionalidad de que se trate haga un *uso prudente* de esta técnica sentenciadora; y, de otro, que las apelaciones al legislador de dicho órgano sean tenidas en cuenta inmediatamente por los órganos legislativos y procedan, en una labor de cooperación institucional, a darles cumplimiento a fin de evitar una declaración de inconstitucionalidad que puede acarrear muchos perjuicios evitables. En Alemania, desde luego, puede decirse que estas apelaciones no han caído en saco roto en general, y las apelaciones al legislador del TCFA han dado lugar a reformas legislativas de importancia que venían requeridas por las exigencias constitucionales. Ha de prevalecer, pues, la moderación de control y la valoración prudente y rigurosa de los supuestos en que

proporcionada (STC 45/1989). La declaración de inconstitucionalidad del precepto y la reiteración, que queda hecha, de la necesaria intervención legislativa bastan, cabe esperar en virtud del principio de lealtad constitucional, para propiciar una pronta sanación de la situación inconstitucional, no estimando este Tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede diferida a un determinado plazo”.



procede acudir a estos pronunciamientos, y, una vez que se ha producido uno de ellos, ha de imponerse la cooperación interinstitucional entre el legislador y el tribunal constitucional que evite los efectos disfuncionales que, en otra hipótesis, y más allá del caso particular, podrían producirse.

#### e. Las sentencias de inconstitucionalidad parcial

Aunque estas sentencias no tengan, desde una perspectiva técnico-formal, nada de nuevo, su capacidad de modificar la *voluntas legis*<sup>781</sup> se ha revelado como un importante instrumento para influir en el ordenamiento.<sup>782</sup> Se trata de supuestos en que sólo algunas de las disposiciones legales son inconstitucionales, pero no la ley en su integridad. Y del mismo modo que ocurre en el ámbito privado o en el administrativo, ello no conduce a la declaración de nulidad de la ley en su conjunto, sino sólo de las disposiciones inconstitucionales por virtud del principio de incomunicabilidad de la nulidad. Esta inconstitucionalidad parcial constituye, por lo demás, la regla general.

Ocorre, sin embargo, y por una parte, que habrá casos en que la inconstitucionalidad de disposiciones legales singulares habrá de traducirse necesariamente en una nulidad total de la ley (expansión de la inconstitucionalidad o nulidad), frente a la regla general de la “incomunicación de la nulidad”: a) bien porque las restantes disposiciones de la ley sujeta a examen dejan de tener significado autónomo (*criterio de la dependencia*); b) bien porque las disposiciones inconstitucionales formaban parte de una regulación global a la cual prestaban sentido y justificación (*regla de la interdependencia*).<sup>783</sup>

En el caso de España, el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del TC, prevé una extensión de la inconstitucionalidad “por conexión o consecuencia” (de preceptos de la misma ley, no de otras): el TC, una vez

<sup>781</sup> Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 186, p. 76, señala que “debe tenerse en cuenta el problema de que una declaración de nulidad parcial puede dar lugar a un contenido normativo que no era deseado por el legislador en el contexto del régimen jurídico aprobado. En ocasiones, la intención del legislador puede llegar a convertirse en su reverso” y así, por virtud de la primera sentencia constitucional sobre el aborto, “el sistema de plazos pretendido por el legislador fue sustituido en la práctica por un sistema de indicaciones”.

<sup>782</sup> Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 113, p. 290.

<sup>783</sup> Gomes Canotilho, Jose Joaquim, *op. cit.*, nota 159, ed. 2002, pp. 1010 y 1011.

declarada la nulidad de determinados preceptos de la ley sujeta a examen, deberá también declarar la de “aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”, facultad de actuar de oficio que se explica por la naturaleza objetiva de los procedimientos de control de constitucionalidad de la ley.

En Italia, se prevé también por la ley la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad “derivada”, si bien la Corte ha hecho un “uso demasiado amplio y extensivo”, a juicio de Romboli, llegando a hablarse por algunos autores de una asunción subrepticia de funciones legislativas por parte de la misma.<sup>784</sup> El artículo 72 LR105 no parece dar pie, en México, sin embargo, para esta (lógica) extensión de la nulidad por “derivación”, o por “conexión o consecuencia” o por “dependencia o interdependencia” que rige en otros ordenamientos, siempre con carácter excepcional, claro es.

Junto a los supuestos aludidos, puede darse otra hipótesis de nulidad parcial cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad sólo de una de las partes o de los incisos separables<sup>785</sup> de la disposición impugnada,<sup>786</sup> así como cuando sea declarada inconstitucional sólo una de las posibles normas deducibles de dicha disposición, lo que sería un supuesto de lo que en la doctrina portuguesa (así, sentencia 12/84) se conoce como *inconstitucionalidad parcial cualitativa (ideal o vertical)*, frente a la

<sup>784</sup> Romboli, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996, pp. 67-69, donde aborda hasta siete grupos de casos de inconstitucionalidad “derivada”.

<sup>785</sup> Se trata de una parte de la disposición que podría constituir por sí sola una disposición autónoma pero que, por las razones que sean, se halla formando parte de un precepto más amplio. Hay que enfatizar esa autonomía o separabilidad para distinguir estos supuestos de aquellos otros en que se anulan una o varias palabras, sin las cuales cambia el contenido normativo del enunciado legal (sentencias manipulativas), que plantea mayores problemas, con respecto a la libertad de configuración del legislador, que las sentencias de mera anulabilidad o las apelatorias o admonitorias, especialmente en aquellos supuestos en que la eliminación de una o varias palabras conduce a la ampliación del ámbito de aplicación del precepto, por lo general para poner punto y fin a una infracción legal del principio constitucional de igualdad. *Cfr.* Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 705, p. 523.

<sup>786</sup> Zeidler, Wolfgang, “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol III, 1987, p. 41.

*inconstitucionalidad parcial cuantitativa (horizontal)*, por afectar a una sección o segmento ideal del precepto.<sup>787</sup>

*f.* Las sentencias reductoras

Las sentencias reductoras son aquellas que, como su propia denominación ya indica, reducen el contenido de la norma legal enjuiciada a fin de salvar su constitucionalidad, por lo que declaran la inconstitucionalidad de dicha norma sólo “en la parte en que prevé...” o “en cuanto incluye...” o “en la parte en que no excluye...” o fórmulas similares, si bien lo relevante para calificar a una sentencia como reductora es que la misma produzca el efecto reductor sobre el contenido de la norma enjuiciada propio de estas sentencias, siendo indiferente que se utilice o no alguna de las fórmulas indicadas u otras análogas.<sup>788</sup>

A juicio de Díaz Revorio, para que sean legítimas estas sentencias han de cumplir *dos requisitos*: *a)* la parte del contenido normativo declarada inconstitucional no se puede identificar con una parte o inciso concreto del texto de la norma enjuiciada (ya que en tal hipótesis lo procedente sería una sentencia de estimación parcial respecto de ese inciso); *b)* ese contenido normativo inconstitucional ha de ser escindible o ha de poseer cierta autonomía respecto al contenido subsistente, de manera tal que éste pueda entenderse y considerarse existente aun después de la declaración de inconstitucionalidad, sin nece-

<sup>787</sup> Sobre las dificultades que, al respecto, plantea la diferenciación entre la nulidad parcial y la interpretación conforme, véase Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.*, nota 159 (ed. 2002), p. 1011. La inconstitucionalidad parcial cuantitativa u horizontal es aquella referida a disposiciones legales en las que hay partes nítidamente diferenciadas, plasmadas en el propio enunciado lingüístico del precepto que las contiene, afectando la inconstitucionalidad a uno de esos segmentos o partes de la disposición, mientras que la inconstitucionalidad parcial cualitativa o vertical se refiere a la parte, aunque sea ideal, de la disposición en que se prevé su aplicación a ciertas situaciones o categorías.

<sup>788</sup> Véase, por ejemplo, STC 50/1999, de 6 de abril, que, con relación al artículo legal que establecía la obligatoriedad de traducción al castellano “en cualquier caso” de documentos escritos en una lengua regional cuando hubieran de surtir efectos fuera de la Comunidad Autónoma en que aquella lengua era cooficial (junto al castellano), declara constitucional dicho artículo interpretado en el sentido de que dicha obligatoriedad “no se extiende” a los documentos que hayan de surtir efectos “en otra Comunidad Autónoma en la que la lengua en la que dichos documentos hayan sido redactados tenga también carácter cooficial”, por compartir ambas comunidades autónomas una misma lengua cooficial además del castellano (ya con anterioridad a esta sentencia se había reformado la ley en esta línea). Aunque la sentencia es formalmente

sidad de ser completado o precisado por la propia sentencia, pues, en caso contrario, lo que procedería sería una declaración de inconstitucionalidad simple.<sup>789</sup>

Sería el caso, por ejemplo, en que, en Italia, la Corte Costituzionale declara que una norma que autoriza el internamiento psiquiátrico judicial como medida de seguridad es inconstitucional “en la parte en que” *permite* su aplicación a menores de edad (si lo previera expresamente, habría que anular, en su caso, ese *inciso* expreso); o la hipótesis en que la misma Corte declara inconstitucional un artículo del Código Penal que castiga ciertas reuniones celebradas sin preaviso a la autoridad “en la parte relativa” a las reuniones que no se lleven a cabo en lugar público (el artículo enjuiciado del Código Penal castigaba tales reuniones sin preaviso *in genere*, sin hacer distinciones entre las llevadas a cabo en lugar público y las celebradas en lugar no público, pero la Constitución sólo exigía preaviso para las primeras). En el caso de España, se puede citar como ejemplo el caso en que el tribunal constitucional declaró la inconstitucionalidad de ciertos artículos de una ley que preveían la aplicación de determinado régimen a los centros escolares privados, sin hacer diferenciación alguna al respecto entre los sostenidos y los no sostenidos con fondos públicos, “en cuanto se refieren a centros sostenidos por la administración con fondos públicos”.<sup>790</sup>

En estos ejemplos se observa, de un lado, que no hay una previsión explícita del contenido que se considera contrario a la Constitución (la aplicación de la medida de internamiento psiquiátrico específicamente a los menores o la sanción penal de ciertas reuniones celebradas sin preaviso específicamente cuando no se celebren en lugar público), sino que ese contenido se deduce de la formulación genérica del precepto enjuiciado, que abarca ese supuesto junto a otros. Y ello es importante, pues si existiera tal previsión explícita, procedería dictar más bien una declaración

desestimatoria, materialmente estamos ante una sentencia reductora (del contenido de la norma enjuiciada). Véase, al respecto, el voto particular del magistrado señor Viver.

<sup>789</sup> Díaz-Revorio, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 695, p. 137.

<sup>790</sup> Tomamos estos ejemplos de Díaz-Revorio, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 695, pp. 141 y ss. En España, se hace uso de esta técnica de las sentencias reductoras especialmente a efectos competencial-territoriales, a fin de concluir que determinado precepto, en aplicación de las normas de reparto de competencias territoriales, “no es aplicable” en el territorio de una o varias Comunidades Autónomas (reducción absoluta) o al menos “no es de aplicación directa” (o sólo “es de aplicación supletoria”) en las mismas (reducción relativa). *Ibidem*, pp. 144 y ss.

de inconstitucionalidad del inciso en cuestión (por ejemplo, el inciso que previera expresamente la aplicación a los menores de edad del internamiento o el inciso expreso que castigara específicamente ciertas reuniones sin preaviso en lugar no público) y no una sentencia reductora, que no llega a afectar al texto expreso de la norma enjuiciada. Y, de otro lado, es esencial que la sentencia tenga un efecto materialmente reductor, que es justamente lo que permite calificarla como reductora.

Siguiendo con los ejemplos mencionados, aunque el precepto legal enjuiciado en principio cubriera, en su formulación genérica (¡pero no explícita al respecto!), pongamos por caso, a los menores de edad, a las reuniones en lugar no público o a los centros escolares sostenidos con fondos públicos, tras la sentencia ese precepto ya no podrá aplicarse en tales hipótesis, pues ello sería inconstitucional. De este modo, la sentencia, sin afectar al texto del precepto enjuiciado, ha reducido materialmente el campo de aplicación de dicho precepto (o eventualmente, ha reducido sus efectos).

#### g. Las sentencias aditivas<sup>791</sup>

Son aquellas sentencias que declaran inconstitucional una ley no por lo que prevé, sino por lo que no prevé, introduciendo así el tribu-

<sup>791</sup> Junto a las sentencias aditivas y las reductoras, habría otro tipo, las *sustitutivas*, formando las tres el grupo o categoría más general de las llamadas, en la doctrina italiana, *sentencias manipulativas*. Las sentencias sustitutivas se caracterizan “por el hecho de que con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra”, y se componen, así, de dos partes diferentes: una que demuele o anula el contenido de la disposición impugnada (se habla de *profilo ablatorio*); otra que lo reconstruye, a través de la cual la Corte procede a dotar a la misma disposición de un contenido diferente, en línea con los principios constitucionales (el llamado *profilo ricostruttivo*). Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 784, p. 65). Así, por ejemplo, la sentencia 145/1995, con referencia al juramento del testimonio en el proceso civil, ha sustituido la originaria fórmula de “consciente de la responsabilidad que con el juramento aceptáis ante Dios, si sois creyente, y ante los hombres, juráis decir la verdad y nada más que la verdad”, con otra, según la cual, “consciente de la responsabilidad moral y jurídica que asumo con mi testimonio me obligo a decir toda la verdad y a no esconder nada de cuanto está en mi conocimiento”; o la 298/1995, que ha procedido a sustituir, para determinados delitos, la pena de reclusión “de cinco a diez años” con la reclusión “de uno a cinco años”; o la 52/1996, que ha reemplazado una medida administrativa por una sanción penal. Ejemplos tomados de Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 186, p. 115. A diferencia de las sentencias reductoras y las aditivas, las sentencias sustitutivas sí que inciden, al menos como regla general, sobre el texto mismo del precepto legal enjuiciado; además, el efecto reconstructivo no es, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias aditivas, automático, sino un añadido del TC, por más que ello sea a partir de las exigencias

nal constitucional nuevas normas en el ordenamiento que no se podían deducir del texto normativo por medio de la extensión del supuesto de hecho de la norma a hipótesis no contempladas en el enunciado legal sujeto a control, declarándose, pues, la inconstitucionalidad de una disposición legal en cuanto que omite decir algo (“en la parte en la que no prevé que”).<sup>792</sup> Así, por ejemplo, si se declara la inconstitucionalidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la parte en que no prevé que determinados actos sean realizados ante la presencia del abogado del imputado, con el resultado, en este caso, de que, tras la sentencia constitucional, la presencia del letrado será obligatoria, incluso para llevar a cabo actividades para las que, en la formulación originaria de la ley, esa intervención no estaba prevista.<sup>793</sup>

Aunque ciertamente por medio de estas sentencias el tribunal constitucional viene a asumir un papel que corresponde principalmente al poder legislativo, y además *pueden tener importantes repercusiones financieras* (que, desde luego, han de ser sopesadas convenientemente por el tribunal),<sup>794</sup> lo cierto es, por otro lado, que en muchos casos la mera anulación de la ley inconstitucional no resolvería el problema planteado por la cuestión de inconstitucionalidad, haciéndose necesarios este tipo de pronunciamientos a fin de que la justicia constitucional pueda desarrollar el rol que le corresponde, siendo, una vez más, una finalidad pragmática la que explica el empleo de este tipo de pronunciamientos.

que se derivan de la Constitución (*a rime obbligate*). Es indudable que, en general, la legitimidad de este tipo de sentencias es más problemática que la de las aditivas o reductoras, pues es más evidente que con ellas el tribunal constitucional crea un *quid aliud* respecto del precepto legal enjuiciado. Sobre ello, véanse las interesantes consideraciones de Díaz-Revorio, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 695, pp. 147 y ss.

<sup>792</sup> El estudio más completo sobre las sentencias aditivas en castellano, con amplias referencias a la doctrina italiana, es el de Díaz Revorio, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 695, pp. 163 y ss., quien se refiere, además, a las distintas clasificaciones tipológicas que es posible realizar dentro de las sentencias aditivas. Véase la bibliografía allí citada. También resultan de interés las consideraciones, centradas en los países de Europa oriental, de Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, nota 75, pp. 126 y ss.

<sup>793</sup> El ejemplo lo tomamos de Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 186, pp. 114.

<sup>794</sup> Esto último lo sostiene, para Italia, Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 784, p. 67. El mismo autor *cit.*, nota 186, p. 119, informa de la creación proyectada en la Corte Costituzionale de una Oficina para la Documentación y Cuantificación Financiera a fin de poder conocer los efectos financieros de una eventual declaración de inconstitucionalidad.

Y también aquí el problema principal se refiere a la *delimitación* del alcance preciso de esta técnica sentenciadora. En primer lugar, y ante todo, parece que debe descartarse la utilización de estas técnicas sentenciadoras en el ámbito penal, pues sería contrario al principio de legalidad penal, a la seguridad jurídica, a la interdicción de la analogía *in malam partem* y al principio de taxatividad, afectando a valores y derechos fundamentales básicos,<sup>795</sup> aunque no parece que pueda llegarse a la misma conclusión respecto de la observancia de la reserva de ley, que no conlleva límite alguno.<sup>796</sup> Además, a fin de restringir estas sentencias a los casos estrictamente necesarios, su empleo debe limitarse a cuando se trate de *sentenze a rime obbligate* (sentencias de rima obligada),<sup>797</sup> esto es, cuando la solución normativa propuesta por la Corte Costituzionale no sea resultado de una valoración discrecional, sino que se derive necesariamente del juicio de constitucionalidad (extensión lógicamente necesaria de la norma); si, en cambio, son varias las soluciones discrecionalmente posibles de conformidad con la Constitución, debe ser el legislador el que escoja la opción pertinente y no el TC. Y otra forma alternativa de evitar las interferencias con el Parlamento de este tipo de sentencias ha sido acudiendo la Corte Costituzionale a las llamadas *sentenze additive di principio*, a través de las cuales la Corte no introduciría normas, sino principios en el ordenamiento, debiendo el legislador darles desarrollo con normas con efectos *erga omnes*. En algunas ocasiones, en los fundamentos de la sentencia, el Tribunal indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir y se dejan los principios en que el legislador debe inspirarse: de esta forma, se combinan aquí la técnica de las verdaderas sentencias aditivas con las sentencias *di delega*,<sup>798</sup> conciliando así la inmediatez

<sup>795</sup> Por poner un ejemplo hipotético, si una norma tipifica como delito el allanamiento de morada de los nacionales pero no de la morada de los extranjeros y ello se juzga inconstitucional, el órgano de la constitucionalidad no puede extender, a nuestro entender, por medio de una sentencia aditiva la aplicación de dicha norma penal al allanamiento de la morada de un extranjero.

<sup>796</sup> Véase, no obstante, el voto particular del magistrado señor Conde a la STC 233/1999, respecto de una sentencia interpretativa

<sup>797</sup> Terminología acuñada por Vezio Crisafulli, según parece. Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 784, p. 65.

<sup>798</sup> A raíz de la sentencia de la Corte Costituzionale de 19 de mayo de 1993 se ha hablado de esta modalidad de sentencias de inconstitucionalidad con delegación en el Parlamento. Para Romboli, se trata de un subtipo de las sentencias aditivas de principio. En dicha sentencia, la Corte declara que no puede continuar con las admo-

del acogimiento de la inconstitucionalidad con la necesaria libertad de conformación del legislador, si bien su eficacia plantea problemas respecto de los jueces ordinarios, pues, por lo general, la *interpositio legislatoris* resulta indispensable, sin que el juez ordinario que ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad pueda derivar de la sentencia constitucional la regla del caso concreto.<sup>799</sup>

La utilización de este tipo de sentencias se plantea especialmente respecto de las hipótesis de desigualdad normativa o trato desigual por parte de una ley,<sup>800</sup> porque la Ley prevé determinadas consecuencias para determinadas hipótesis, pero no para otros supuestos que constitucionalmente hubieran exigido un tratamiento igual. Como dice el tribunal constitucional español, ante tales hipótesis cabe, en principio,<sup>801</sup>

niciones por cuanto “una resolución que una vez más remitiera la superación de estas situaciones, que inciden sobre valores constitucionales, a la intervención del legislador, solicitada inútilmente desde hace mucho, no podría no aparecer ...como abdicación de las funciones del Juez de la ley, y no podría no resolverse en la protección no ya de la discrecionalidad del legislador, sino de su inactividad”. Y dice Romboli: “se descubre en la práctica un nuevo tipo de decisión, a través del cual la cuestión se estima y, por tanto, las disposiciones impugnadas se declaran inconstitucionales, pero en lo que concierne a la eficacia de tal declaración, se hace una remisión a los ‘principios’ y sobre todo a los ‘plazos’ indicados en la motivación”, “amenazando”, si la nueva ley no se aprueba por el Parlamento, “con la adopción de ‘decisiones adecuadas para aquella situación’”, si bien la eficacia real de tal tipo de resolución parece en el fondo “depender en gran parte del acuerdo que viene a realizarse entre el Juez de las leyes y el Parlamento, en cuanto a rapidez de la intervención del segundo y al respeto de los principios fijados por el primero”. Romboli, Roberto, *cit.*, nota 784, pp. 75 y 76.

<sup>799</sup> Seguimos a Rolla, Giancarlo, y Groppi, Tania, *op. cit.*, nota 691, pp. 171 y ss. Véase, no obstante, sobre la posible aplicación concreta *in casu* de tales principios, Romboli, Roberto, *op. cit.*, nota 784, p. 75: la Corte fija “un principio general... al que puede ya, dentro de ciertos límites, hacer referencia el juez en la decisión de los casos concretos”.

<sup>800</sup> Sobre los inconvenientes que este tipo de sentencias reparadoras de la igualdad puede conllevar, véanse los votos particulares a las SSTC 103/1983, de 22 de noviembre y 72/1994, de 3 de marzo.

<sup>801</sup> Pero esta solución de la “equiparación por arriba”, tal y como dice nuestro TC, “no es, con todo, generalizable ... No siempre la solución a un régimen jurídico diferenciador de acceso a un derecho o prestación consiste en extender o generalizar las condiciones más favorables que disfruta el beneficiario. Se asegura, asimismo, una satisfacción igualitaria de derechos e intereses entendiendo que ha de desaparecer el privilegio injustificado o arbitrario (SSTC 28/1992 y 114/1992); tal ocurre cuando el beneficio otorgado parte de una condición o razón social que implica una discriminación, esto es, cuando constituye una excepción articulada sobre un criterio de diferenciación constitucionalmente inaceptable” (STC 37/1993). Y es así como se explica que, junto a supuestos en que se acude a la técnica de las sentencias aditivas,



equiparar por arriba,<sup>802</sup> suprimiendo las restricciones o exclusiones injustificadas establecidas por el legislador con la consiguiente extensión del beneficio a los discriminados y así lo ha hecho el tribunal constitucional español, por ejemplo, extendiendo la pensión de viudedad prevista en favor de las viudas también a los viudos (SSTC 103 y 104/1983, entre otras); o extendiendo determinadas prestaciones, previstas en el enunciado legal para las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez, también a los hijos y hermanos (STC 3/1993, de 14 de enero); o extendiendo determinados derechos reconocidos por el texto de la norma a favor de los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República antes del 18 de julio de 1936 también a los militares profesionales ingresados con posterioridad a dicho año en tales Fuerzas Armadas (STC 116/1987); o extendiendo el beneficio de subrogación *mortis causa* previsto en la legislación de arrendamientos urbanos al conviviente *more uxorio* (STC 222/1992, de 11 de diciembre); o suprimiendo determinados límites específicos que operaban para el reconocimiento de una pensión de orfandad a favor de los hijos por adopción con la supuesta finalidad de evitar ciertos fraudes (supervivencia del adoptante por dos años, al menos, desde la fecha de la adopción), y que no operaban respecto de los hijos por naturaleza (STC 200/2001).

Sea como sea, estas sentencias aditivas resultan particularmente controvertidas por cuanto que conllevan de hecho una cierta “suplencia” por parte del órgano de la constitucionalidad respecto del legislador, ocurriendo, además, que, en general, el tribunal constitucional estará no sólo menos legitimado para ello que el propio legislador democrático, sino que además no dispondrá de todos los elementos de juicio, muy complejos con frecuencia, precisos para adoptar una normativa en esa materia. Se comprende, así, que en Portugal, si bien se ha utilizado por su tribunal constitucional esta técnica sentenciadora, invocándose

en otras ocasiones, la solución ante un tratamiento normativo discriminatorio puede venir dada, aparte de otras soluciones intermedias, por una equiparación “a la baja”, por medio de la expulsión del ordenamiento del régimen discriminatorio, concretado en la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de uno o varios incisos del artículo impugnado (SSTC 20/1985, 340/1993 y 72/1994) o en una sentencia interpretativa (STC 22/1981). Sobre ello, véase González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 708, pp. 120 y ss., por quien citamos estas últimas sentencias.

<sup>802</sup> En otras ocasiones lo que procede es suprimir el tratamiento privilegiado que resulta injustificado o arbitrario.

para ello “el cuadro constitucional... marcado por un componente o dimensión social particularmente acentuado”, el Tribunal también se ha sentido obligado a señalar que la concreta solución adoptada por la sentencia no impedía la “posibilidad de que el legislador en el futuro diera otra respuesta distinta al problema (si lo considerara necesario y conveniente) y una respuesta que pudiera incluso ser nueva y no coincidente con la de cualquiera de las disposiciones en contraposición” (sentencia 449/87).<sup>803</sup>

### C. Conclusión

En estas breves páginas hemos hecho un repaso iuscomparado de algunas de las más significativas modalidades sentenciadoras “atípicas” o “intermedias” respecto de la constitucionalidad de la ley (sobre todo, las sentencias prospectivas, las de mera inconstitucionalidad, las interpretativas, las apelatorias, las admonitorias, las de nulidad parcial, las reductoras, las aditivas y las sustitutivas), que son aquellas sentencias que no se limitan ni a una declaración pura y simple de la inconstitucionalidad de la disposición legal ni tampoco a la desestimación simple del recurso o cuestión de inconstitucionalidad. Estas sentencias “atípicas” han sido desarrolladas por las jurisdicciones constitucionales europeas, en la mayoría de los casos, *extra legem* ante determinadas necesidades prácticas de dar una solución constitucionalmente adecuada a determinados círculos especiales de problemas y si, en general y en línea de principio, su legitimidad no resulta especialmente contestada (aunque sí pueda ser problemática), más controvertido resulta su concreto alcance, su correcto empleo en cada caso y su posible abuso, así como la delimitación de cada una de las modalidades respecto de las demás.<sup>804</sup>

La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácti-

<sup>803</sup> Citamos por Nunes de Almeida, Luis, “Portugal” en Aja, Eliseo (ed.), *op. cit.*, nota 186, p. 241.

<sup>804</sup> También es problemática la delimitación teórica exacta de cada uno de estos pronunciamientos, pues, de un lado, los tribunales constitucionales no se sujetan lógicamente a un catálogo previamente establecido con exactitud, sino que utilizan estas modalidades sentenciadoras como instrumento para hacer frente a determinados problemas especiales; por otro lado, es evidente que en algunos casos existe una gran proximidad entre algunas modalidades de sentencias atípicas, lo que dificulta su diferenciación; y en tercer lugar, en otras ocasiones simplemente se combinan en cierta medida dos modalidades sentenciadoras atípicas distintas en una única sentencia.

camente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada,<sup>805</sup> concepción de Kelsen del tribunal constitucional como una suerte de “legislador negativo”. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico “arsenal” sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple “constitucionalidad-inconstitucionalidad”, es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, “la *praxis* de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección” de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, “certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo”.<sup>806</sup> Una relevante manifestación de esa *praxis* de los órganos concentrados de la constitucionalidad es, precisamente, la que se ha tratado de esbozar con este trabajo.

Creemos que la Suprema Corte mexicana, o sobre todo un eventual tribunal constitucional que se instaure, tendrá que enfrentarse antes o después a casos en los que se verá constreñido(a) a recurrir a alguna de estas técnicas sentenciadoras, que no debe olvidarse que no son estancos cerrados, sino que están frecuentemente relacionadas unas con otras, y de lo que se trata sobre todo es de ofrecer una adecuada solución en términos constitucionales a determinados casos para los que la alternativa “sentencia puramente estimatoria/sentencia puramente desestimatoria”, cuya validez general no puede cuestionarse, resulta excesivamente reductora.

<sup>805</sup> Como ya hemos comentado en un momento precedente con detalle, el concepto de los tribunales constitucionales como legisladores negativos está hoy superado, por más que sea una idea que, por inercia en ocasiones y de modo más justificado en otras ocasiones, conserve su valor pedagógico y cierta función orientadora. Como bien dice Fernández Segado en un reciente trabajo, *op. cit.*, nota 126, pp. 68 y 69, “la concepción kelseniana del ‘legislador negativo’ ha operado como una auténtica ‘idea fuerza’ que ha impregnado durante mucho tiempo la idea que de los tribunales constitucionales se ha tenido; pese a su relativización, los rescoldos de tal idea aún siguen ejerciendo una cierta acción calorífica”.

<sup>806</sup> *Ibidem*, p. 73.

## 5. La ejecución de la sentencia

El capítulo III del título III LR105 tiene por objeto la regulación de las sentencias dictadas en los procesos de constitucionalidad, y aunque su artículo 73 LR105 efectúa una remisión a diversos preceptos referidos a las sentencias dictadas en las controversias constitucionales, no se hace, en cambio, ninguna remisión a los preceptos que regulan la *ejecución* de las sentencias dictadas en tales controversias. Resulta así que la ejecución de las sentencias dictadas en los procesos de constitucionalidad carece de regulación específica, lo que no impide considerar aplicable a la acción de inconstitucionalidad todo lo previsto para las controversias constitucionales, y ello por virtud de la remisión que el artículo 59 de la ley efectúa, con carácter general, a la regulación de las controversias en todo lo no previsto en el título III, referido a las acciones de inconstitucionalidad. Es, por lo demás, la propia Constitución la que prevé que, en caso de incumplimiento de las resoluciones dictadas con motivo de las acciones de inconstitucionalidad, se aplicarán los procedimientos previstos en la misma Constitución para el amparo, en su artículo 107, XVI y que en su globalidad tienden a convertir a la Suprema Corte —como se ha dicho del Tribunal Constitucional alemán— también en “dueña de la ejecución”.

A la luz de lo anterior, puede decirse que, en primer lugar, en relación a las controversias constitucionales, se establece en el artículo 46 LR105 que las propias partes habrán de informar al presidente de la Suprema Corte de Justicia del cumplimiento de la sentencia en el plazo fijado por la sentencia, debiendo aquél resolver si la sentencia ha quedado efectiva y debidamente cumplida, disposición que nos parece que no tiene sentido aplicar al proceso de constitucionalidad de las leyes, en el que los efectos no son *inter partes*, sino *erga omnes*, ni hay tampoco partes en sentido estricto que defiendan sus propios intereses y, sobre todo, el cumplimiento viene dado por la propia sentencia que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de la norma. No obstante, la *praxis* parece que ha sido la de su aplicación, y la Corte ha sentado incluso la tesis jurisprudencial de que el acuerdo que tiene por cumplida a la acción de inconstitucionalidad (*sic*) es insuficiente para declarar improcedente el recurso de queja interpuesto por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia dictada en aquélla:

Si en los autos de una acción de inconstitucionalidad de donde deriva el recurso de queja, previsto en el artículo 55, fracción II, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpuesto por exceso o defecto en el cumplimiento de una sentencia dictada en ese medio de control constitucional, existe acuerdo en el que ésta se tuvo por cumplida, tal situación resulta insuficiente para declarar improcedente el recurso mencionado, porque la materia de éste no consiste en determinar si se cumplió o no con la sentencia, sino si se incurrió o no en exceso o defecto al cumplimentarla.<sup>807</sup>

En caso de incumplimiento total o parcial, las partes podrán solicitar al presidente de la Corte para que requiera a la parte obligada para que informe de inmediato de su cumplimiento. Si ese cumplimiento no se produce en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la notificación del requerimiento, o la ejecutoria se encontrare en vía de ejecución o si se advierte el intento de eludir su cumplimiento, el presidente de la Corte, cuando la naturaleza del acto lo consienta, “turnará el asunto al ministro ponente para que someta al Pleno el proyecto por el cual se aplique el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (artículo 46 LR105), artículo que se remite a su vez a los dos primeros párrafos del artículo 107, fracción XVI,<sup>808</sup> como ya hemos visto. Y en dicho artículo 107 constitucional se establece:

Si concedido el amparo, la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de distrito que corresponda. Si fuera excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados. Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, podrá disponer de oficio

<sup>807</sup> Recurso de queja deducido de la acción de inconstitucionalidad 37/2001 y sus acumuladas 38/2001, 39/2001 y 40/2001. Tesis jurisprudencial 16/2004.

<sup>808</sup> Esta fracción tiene una nueva redacción tras la reforma de 31 de diciembre de 1994.

el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Igualmente, el quejoso podrá solicitar ante el órgano que corresponda, el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo, siempre que la naturaleza del acto lo permita.

Como la doctrina ha señalado, para determinar los alcances de estas disposiciones constitucionales es preciso diferenciar las distintas posibilidades que puede presentar la ejecución del fallo protector según la materia de la controversia. Y si se trata de normas generales, que será siempre la hipótesis en las acciones de inconstitucionalidad,

la sola declaración de invalidez consuma los efectos anulatorios, por lo que ya no es necesario identificar los posibles supuestos de incumplimiento o de cumplimiento sustitutivo, pero en la hipótesis de repetición de la norma general impugnada por parte de la autoridad encargada de su expedición, el artículo 47 LR dispone que la Suprema Corte, una vez comprobada la repetición o la aplicación indebida de las disposiciones legislativas anuladas, ordenará la separación de la autoridad y su consignación penal, por lo que no puede optarse por el incumplimiento sustituto,<sup>809</sup>

aunque ello parece, ciertamente, muy poco apropiado para el caso de las acciones de inconstitucionalidad. Es, en cualquier caso, una hipótesis extrema que habrá que evitar.<sup>810</sup>

Aunque el recurso de queja por violación, exceso o defecto en la ejecución del auto suspensivo no es de aplicación a las acciones de inconstitucionalidad (artículo 55, I, LR105), al no ser posible su suspensión por prohibirlo expresamente el artículo 64 LR105, sí que es procedente el recurso de queja previsto en la fracción II del mismo artículo 55, que es una queja contra la parte “condenada” por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia. Este criterio ha venido a ser asumido por una reciente tesis jurisprudencial:

<sup>809</sup> Fix-Zamudio, Héctor, Carpizo, Jorge y Cossío Díaz, José R., *op. cit.*, nota 12, p. 775.

<sup>810</sup> En general, sobre la ejecución de las sentencias en el marco de este proceso, véase Baltazar Robles, Germán E., *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, México, Ángel Editor, 2002, pp. 402 y ss.

Acción de inconstitucionalidad. Procede el recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia dictada en ese medio de control constitucional. De lo dispuesto en el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Federal, se advierte que las sentencias dictadas en las acciones de inconstitucionalidad tienen ejecución y que ante su incumplimiento la propia ley fundamental regula procedimientos para imponer el respeto a la sentencia invalidante; por tanto, todas las disposiciones relativas al cumplimiento de las sentencias que prevé la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son aplicables a dichas acciones, tanto por aplicación directa del citado precepto constitucional como por interpretación del artículo 59 de la indicada ley reglamentaria, que prevé la aplicabilidad de las disposiciones del título II cuando sea conducente. En consecuencia, procede el recurso de queja por exceso o defecto en el cumplimiento de una sentencia, consignado en el artículo 55, fracción II, de la mencionada ley, ya que es un punto estructural para el cumplimiento efectivo de la resolución invalidante con efectos generales dictada en tales acciones y para conseguir el respeto pleno a la Constitución Federal. Además, esperar que el control de constitucionalidad se realice a través de nuevas acciones de inconstitucionalidad, juicios electorales, o bien juicios de amparo, significaría reducir tal sentencia a una mera declaración sin eficacia y hacer nugatorio su efecto general, pues su cumplimiento quedaría a merced de las autoridades demandadas, con lo que se burlaría la finalidad del artículo 105 constitucional y la autoridad de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>811</sup>

La *legitimación activa* en este recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia se otorga a las partes y a cualquier entidad o poder extraño afectados por la ejecución en un plazo de un año desde que se tenga conocimiento de los actos de ejecución que les afecten. Presentado el recurso, el presidente de la Corte *requerirá a la autoridad* contra la que se hubiere promovido la queja para que deje sin efectos la norma general, lo que deberá hacer en un plazo de quince días dentro del cual también podrá optar por rendir informe y ofrecer pruebas para justificar su actuación. La falta de informe produce la presunción de ser ciertos los hechos imputados, así como la imposición de una multa. Transcurrido el plazo de quince días indicado, el presidente

<sup>811</sup> Recurso de queja deducido de la acción de inconstitucionalidad 37/2001 y sus acumuladas 38/2001, 39/2001 y 40/2001. Tesis jurisprudencial 15/2004.

de la Corte ha de turnar el expediente a un *ministro instructor* para que señale fecha para la audiencia de pruebas y alegatos por escrito, a celebrar en un plazo máximo de diez días. Concluida la audiencia, el ministro instructor elaborará el proyecto de resolución y lo someterá al Pleno, quien decidirá: *a) que no existe exceso ni defecto* en la ejecución, con archivo del expediente; o *b) que sí hay defecto o exceso de ejecución*, adoptando las medidas precisas para obtener el adecuado cumplimiento de la ejecutoria, con aplicación del comentado artículo 107, fracción XVI, de la Constitución.

La Corte también ha precisado que para la procedencia de los recursos promovidos en el marco de la ejecución de una sentencia dictada en un proceso incoado por una acción de inconstitucionalidad no es preciso que exista ni se alegue agravio alguno:

De conformidad con el criterio jurisprudencial sustentado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que las acciones de inconstitucionalidad son un medio de control constitucional que se promueve con el interés jurídico de preservar la supremacía constitucional y, por tanto, no es necesario que el promovente resienta agravio alguno para que sean iniciadas, es indudable que cuando se trata de los recursos derivados de tales acciones, persiste el principio señalado, por lo que para la procedencia del recurso de queja por exceso o defecto en la ejecución de una sentencia, previsto en el artículo 55, fracción II, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no es necesario que exista contención entre las partes del juicio, ni que la cuestión recurrida les cause algún agravio.<sup>812</sup>

Una vez cumplida la sentencia, pero sólo entonces, procede el archivo del expediente (artículo 50 LR105), si bien también podrá archivar-se si se “hubiere extinguido la materia de la ejecución”, esto es, si la acción de inconstitucionalidad queda sin objeto por derogarse las normas impugnadas a su través.

Sea como sea, no queremos acabar sin señalar nuestro profundo escepticismo acerca de todas estas disposiciones relativas a la ejecución de sentencias dictadas en el marco de procesos iniciados por las acciones de inconstitucionalidad, pues si la sentencia es desestima-

<sup>812</sup> Recurso de queja deducido de la acción de inconstitucionalidad 37/2001 y sus acumuladas 38/2001, 39/2001 y 40/2001. Tesis jurisprudencial 17/2004.



toria, no se requiere ejecución alguna, pues la norma impugnada es perfectamente constitucional; y si la sentencia es estimatoria, la sentencia por sí misma ya tiene el efecto jurídico-declarativo de anular y privar de toda eficacia a la norma jurídica impugnada, que quedará expulsada del ordenamiento en los términos establecidos por la sentencia, sin que parezca necesario desplegar ninguna especial actividad ejecutiva a ese respecto, por supuesto que sin perjuicio de las responsabilidades en que puedan incurrir quienes no obedecieran la sentencia en sus propios términos o sin perjuicio de la actividad ejecutiva que acaso sea posible en la rara hipótesis de repetición de la misma norma, que habrá de ser enteramente idéntica, pero esta extraña hipótesis no parece que haya de resolverse por vía de ejecución, pues es tesis jurisprudencial reciente que la reforma o adición a una norma general autoriza su impugnación a través de las acciones de inconstitucionalidad, aun cuando se reproduzca íntegramente la disposición anterior, ya que se trata de un nuevo acto legislativo:

El artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala que la acción de inconstitucionalidad es el medio de control a través del cual podrá plantearse la no conformidad de una ley o tratado internacional con la Constitución Federal. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el criterio de que en términos del principio de autoridad formal de la ley o de congelación de rango, la reforma o adición a una disposición general constituye un acto legislativo en el que se observa el mismo procedimiento e idénticas formalidades a las que le dieron nacimiento a aquélla. En consecuencia, el nuevo texto de la norma general, al ser un acto legislativo distinto al anterior, formal y materialmente, puede ser impugnado a través de la acción de inconstitucionalidad, sin que sea obstáculo que reproduzca íntegramente lo dispuesto con anterioridad.<sup>813</sup>

### III. LA TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

En este sentido, debe destacarse que es el artículo 65 de la Ley Reglamentaria el que, por referencia al artículo 25 de la misma (relativo

<sup>813</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIX, mayo de 2004, Tesis 27/2004, p. 1155.

a las controversias constitucionales), prevé que pueda el ministro instructor en las acciones (procesos, más bien) de inconstitucionalidad aplicar las causas de improcedencia y sobreseimiento de los artículos 19 y 20.

Debe señalarse que, dado que la apreciación de esta improcedencia corresponde exclusivamente al ministro instructor, se contempla en la propia ley una garantía por la que los demás miembros del órgano colegiado se corresponsabilizan de su decisión o, por el contrario, la corrigen o rectifican: cabrá recurso de reclamación “contra los autos o resoluciones que admitan o desechen una demanda, su contestación o sus respectivas implicaciones” (artículo 51.I LR105).

En cuanto a las causas de improcedencia y las causas de sobreseimiento, se contemplan, respectivamente, en los artículos 19 y 20 de la Ley reglamentaria.<sup>814</sup> Por lo que a las primeras se refiere, y antes de su enumeración y análisis, conviene subrayar cómo el propio artículo 19, en su último párrafo, establece que “en todo caso, las causas de improcedencia deberán examinarse de oficio” y el artículo 25 LR105, por su parte, establece que, una vez recibida la demanda y designado, según el turno que corresponda, un ministro instructor, deberá éste ante todo examinar el escrito de la demanda “y si encontrare motivo manifiesto e ineludible de improcedencia, la desechará de plano”, lo que la Suprema Corte ha interpretado como exigencia de que el

juzgador, con la mera lectura del escrito inicial y de sus anexos, considere probada la correspondiente causa de improcedencia sin lugar a dudas, sea porque los hechos sobre los que descansa hayan sido manifestados claramente por el demandante o porque estén probados con elementos de juicio indubitables, de suerte tal que los actos posteriores del procedimiento no sean necesarios para configurarla en forma acabada y tampoco puedan, previsiblemente, desvirtuar su contenido.<sup>815</sup>

La Suprema Corte ha precisado, además, que:

Si bien es cierto que el artículo 65 de dicha ley reglamentaria hace una remisión a las causales de improcedencia de las controversias constitucionales, previstas por el artículo 19, autorizando, con ciertas excep-

<sup>814</sup> Y entre esas causas de sobreseimiento no se contempla la renuncia, el desestimiento ni el allanamiento, que no se admiten con entera lógica.

<sup>815</sup> Tesis LXXII/95 (9a.), emitida en el recurso de reclamación de la acción de inconstitucionalidad 1/95.

ciones, su aplicación en las acciones de inconstitucionalidad, ello no debe entenderse en el sentido de que las causales de improcedencia previstas para las controversias constitucionales deban aplicarse a las acciones de inconstitucionalidad en términos textuales... En efecto, debe destacarse que en las acciones de inconstitucionalidad únicamente son aplicables las normas que se contienen en el título II de la ley reglamentaria, en todo aquello que no esté previsto en el título III de dicho ordenamiento jurídico, que regula el procedimiento relativo a las acciones de inconstitucionalidad, según se desprende del artículo 59...<sup>816</sup>

Además, la Suprema Corte ha establecido una tesis para las controversias constitucionales que también ha extendido a las acciones de inconstitucionalidad en el sentido de que si se hace valer una causal de improcedencia que involucra el estudio de fondo, debiera desestimarse:

En reiteradas tesis este Alto Tribunal ha sostenido que las causales de improcedencia propuestas en los juicios de amparo deben ser claras e inobjetables, de lo que se desprende que si en una controversia constitucional se hace valer una causal donde se involucra una argumentación en íntima relación con el fondo del negocio, debe desestimarse y declararse la procedencia, y, si no se surte otro motivo de improcedencia hacer el estudio de los conceptos de invalidez relativos a las cuestiones constitucionales propuestas.<sup>817</sup>

Estas *causas de improcedencia* son las siguientes:

1. “Contra decisiones de la Suprema Corte de Justicia”. A juicio de Castro y Castro, se trata de una “imitación extralógica del juicio de amparo” pues la Suprema Corte no está legitimada en las acciones de inconstitucionalidad (ni tampoco en las controversias), ni activa ni pasivamente, por lo que esta causa no tiene ningún sentido.<sup>818</sup>

2. “Contra normas generales o actos que sean materia de una controversia pendiente de resolver, siempre que exista identidad de

<sup>816</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo IX, febrero de 1999, p. 289. Acción de inconstitucionalidad 1/98, Tesis jurisprudencial 3/1999.

<sup>817</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo X, septiembre de 1999, p. 710. Tesis jurisprudencial 92/1999, que la sentencia que resuelve las acciones de inconstitucionalidad 8 y 10/2004, de 31 de enero de 2005 extiende a estos últimos procesos constitucionales.

<sup>818</sup> Castro y Castro, Juventino, *op. cit.*, nota 69, p. 265.

partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez”. Se contempla aquí la litispendencia, exigiéndose identidad de partes, objeto y causa. La referencia a la “controversia” debe entenderse referida aquí a otra acción de inconstitucionalidad, como resulta obvio y señala expresamente, por lo demás, el artículo 65 *in fine*.

3. “Contra normas generales o actos que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra controversia, o contra las resoluciones dictadas con motivo de su ejecución, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez, en los casos a que se refiere el artículo 105, fracción I, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Se alude así a la cosa juzgada, requiriéndose también aquí identidad de partes, objeto y causa.<sup>819</sup> Respecto de la referencia a la “otra controversia”, vale lo dicho en el apartado anterior.

4. “Cuando hayan cesado los efectos de la norma general o acto materia de la controversia”. Se trata de una causa de improcedencia perfectamente coherente con un sistema en que la nulidad derivada de la inconstitucionalidad no tiene nunca efectos retroactivos y la acción de inconstitucionalidad se concibe para resolver dudas reales sobre la aplicación del derecho y no para dar lugar a dilucidaciones teóricas. La jurisprudencia ha precisado que esta causal

se actualiza cuando simplemente dejen de producirse los efectos de la norma general que la motivaron, en tanto que ésta constituye el único objeto de análisis en ellas, además de que la declaración de invalidez de las sentencias que en dichos juicios se pronuncie no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, según lo dispuesto por los artículos 105, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal y 45 de su ley reglamentaria.<sup>820</sup>

No obstante, entendemos que precisamente cuando se trate de materia penal no debería ser de aplicación esta causal, que ha de interpretarse en congruencia con la admisión de la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad en materia penal, por lo que la tesis anterior

<sup>819</sup> Como hemos dicho ya al hablar de los efectos de la sentencia, entiendo que el requisito de identidad de partes no es de aplicación a las acciones de inconstitucionalidad pues ello carecería de todo sentido, que sí tiene en cambio, respecto de las controversias.

<sup>820</sup> Acción de inconstitucionalidad 6/2003 y su acumulada 8/2003. Tesis jurisprudencial 8/2004.

resulta, en este punto y a nuestro modo de ver, incorrecta al no exceptuar la materia penal (aunque es un mero *obiter dictum* en el caso, pues no afectaba al caso a resolver).

5. “Cuando no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del propio conflicto”. Obviamente,<sup>821</sup> esta causa no es de aplicación a la acción de inconstitucionalidad, pues es ésta una vía procesal excepcional que se concede a determinados órganos políticos para impugnar en vía directa la constitucionalidad de una ley, al margen de los recursos de que disponen el común de los ciudadanos para hacer valer la constitucionalidad de las leyes por medio de la acción de amparo contra leyes. En particular, la Suprema Corte ha señalado que:

Acción de inconstitucionalidad. No es necesario agotar previamente la controversia constitucional para ejercerla. Si bien es cierto que el artículo 65 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se refiere a las acciones de inconstitucionalidad, hace una remisión a las causales de improcedencia previstas para las controversias constitucionales por el artículo 19 de la propia ley, también lo es que ello no debe interpretarse en el sentido de que tales causales deban aplicarse en las acciones de inconstitucionalidad en términos textuales. En consecuencia, de la causal contenida en la fracción VI del mencionado artículo 19, relativa a la necesidad de agotar la vía legalmente prevista antes de acudir a la controversia constitucional, no puede derivarse que cuando proceda este medio de control constitucional, tenga que agotarse previamente a la acción de inconstitucionalidad ni que pueda considerarse a dicho medio como la vía legal apta para solucionar problemas relacionados con la infracción del principio de supremacía constitucional, pues se trata de medios de control constitucional diversos y autónomos que no pueden tener, uno respecto del otro, el carácter de medio de defensa que debiera agotarse previamente y que de no hacerlo diera lugar a la improcedencia del restante.<sup>822</sup>

6. “Cuando la demanda se presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21 de la Ley”. Se trata de la extemporaneidad, cuestión sobre la que nos remitimos a lo comentado con anterioridad respecto del

<sup>821</sup> No lo entiende así, en cambio, Castro y Castro, Juventino, *op. cit.*, nota 69, pp. 267 y ss.

<sup>822</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 824. Acción de inconstitucionalidad 14/2001, Tesis jurisprudencial 99/2001.

plazo, si bien es importante precisar que en esta materia no se da ninguna aplicación supletoria de los plazos del artículo 21 de la LR105, que se refieren a la controversia constitucional, y no a la acción de inconstitucionalidad, que tiene una regulación específica en este punto. En este sentido, es tesis jurisprudencial que:

Por lo que se refiere a las controversias constitucionales se debe atender a los plazos que fija el artículo 21, mientras que el plazo para promover la acción de inconstitucionalidad está previsto en el artículo 60; es decir, para que se actualizara la causal de improcedencia prevista por el artículo 19, fracción VII, de la ley reglamentaria, tratándose de una acción de inconstitucionalidad, resultaría necesario que la demanda no fuera promovida dentro del plazo de treinta días naturales contados a partir del día siguiente de la publicación de la ley impugnada; no habiendo lugar a que se apliquen los supuestos que contempla el artículo 21, que exclusivamente se refiere a los plazos para la interposición de controversias constitucionales. En efecto, debe destacarse que en las acciones de inconstitucionalidad únicamente son aplicables las normas que se contienen en el título II de la ley reglamentaria, en todo aquello que no esté previsto en el título III de dicho ordenamiento jurídico, que regula el procedimiento relativo a las acciones de inconstitucionalidad, según se desprende del artículo 59, pues la ley reglamentaria, en su artículo 60, expresamente prevé los plazos en que se debe presentar la demanda en la vía de acción de inconstitucionalidad, por lo que no resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 19 de dicho ordenamiento.<sup>823</sup>

7. “En los demás casos en que la improcedencia resultare de alguna disposición de esta ley”. Aquí se incluye, por ejemplo, el supuesto en que la demanda no contiene la firma del procurador general de la República sino la de otra persona que signa en su ausencia, pues la intervención de aquél es indelegable y además si no la firmó él personalmente no hay acto volitivo por su parte de ejercitar la acción (*cfr.* artículos 61, fracción I; 10, fracción I; y 11 LR105).<sup>824</sup>

El artículo 20, por su parte, regula las *causas de sobreseimiento* que pueden ser apreciadas por el ministro instructor o bien por el Pleno en la sentencia (artículos 41.V y 65 LR105) y que son las siguientes:

<sup>823</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo IX, febrero de 1999, p. 289, Acción de inconstitucionalidad 1/98, Tesis jurisprudencial 3/1999.

<sup>824</sup> *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XIV, julio de 2001, p. 677, Acción de inconstitucionalidad 12/2001.

1. “Cuando la parte actora se desista expresamente de la demanda interpuesta en contra de actos, sin que en ningún caso pueda hacerlo tratándose de normas generales”. Dado que la acción de inconstitucionalidad se dirige siempre contra normas generales, no cabe respecto de ella el sobreseimiento por desestimiento del actor, como establece el artículo 65 LR105 y tal y como acontece en otros países.<sup>825</sup>

2. “Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el artículo 19”. Se trata de causas de improcedencia sobrevenida, bien porque es una causa que no existía en el momento de admitir la acción bien porque no se conocía de forma “manifiesta e indudable”.

3. “Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe la norma... materia de la controversia”. Es tesis jurisprudencial que si durante el procedimiento es abrogada la norma general impugnada, debe estimarse que ha cesado en sus efectos, por lo que procede sobreseer en el juicio:

La cesación de efectos prevista como causa de improcedencia de las controversias constitucionales en el artículo 19, fracción V, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aplicable también a las acciones de inconstitucionalidad por disposición del diverso 59 del mismo ordenamiento legal, se actualiza si en una acción de inconstitucionalidad se plantea la invalidez de una norma general que durante el procedimiento ha sido abrogada por otra posterior, lo que determina sobreseer en el juicio, en términos de lo ordenado por el artículo 20, fracción II, de la citada ley reglamentaria.<sup>826</sup>

Y esta doctrina también se aplica a los casos en que la norma ha sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte con efectos generales:

*Acción de inconstitucionalidad. Si durante su tramitación el pleno resuelve, en otra acción de inconstitucionalidad, la invalidez con efectos absolutos de la norma general impugnada, debe considerarse que*

<sup>825</sup> Para Alemania Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 183, p. 986, quien nos dice que el proceso queda substraído a la disposición del actor.

<sup>826</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo IX, junio de 1999, Tesis jurisprudencial 47/99, Acción de inconstitucionalidad 1/97, Unanimidad de nueve votos.

*han cesado sus efectos y, por tanto, procede sobreseer en el juicio.* Si encontrándose en trámite una acción de inconstitucionalidad promovida en contra de una norma de carácter general, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver una diversa acción de inconstitucionalidad, declara la invalidez de aquélla en su totalidad con efectos generales, resulta inconcuso que debe sobreseerse en el juicio, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 20, fracción II, en relación con los numerales 19, fracción V, 65 y 72, todos de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que se actualiza la causa de improcedencia consistente en la cesación de efectos de la norma materia de la controversia, aplicable a las acciones de inconstitucionalidad por disposición del artículo 59 de la mencionada ley reglamentaria.<sup>827</sup>

Esta doctrina también se aplica cuando la declaración de invalidez con efectos absolutos de la norma se produce en el marco de una controversia constitucional y durante la tramitación de una acción de inconstitucionalidad, cuyo proceso deberá sobreseerse:

La cesación de efectos prevista como causa de improcedencia de las controversias constitucionales en el artículo 19, fracción V, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aplicable también a las acciones de inconstitucionalidad en términos del numeral 65 de la ley citada, se actualiza si mientras se tramita una acción de inconstitucionalidad en contra de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declara la invalidez con efectos absolutos de dicha norma, también impugnada en una controversia constitucional, pues es claro que han cesado sus efectos, lo que determina sobreseer en el procedimiento relativo, en términos del artículo 20, fracción II, de la ley de la materia.<sup>828</sup>

Una reciente tesis jurisprudencial sostiene que procede sobreseer el proceso si concluyó la vigencia anual de la Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos de la Federación impugnados y, por ende, cesaron sus efectos:

<sup>827</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIV, julio de 2001, Acción de inconstitucionalidad 21/2001, Tesis jurisprudencial 93/2001.

<sup>828</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XX, noviembre de 2004, Tesis Jurisprudencial 114/2004, p. 588.



De lo dispuesto en el artículo 74, fracción IV, de la Constitución Federal, se advierte que en relación con la Ley de Ingresos y con el Presupuesto de Egresos de la Federación rige el principio de anualidad, consistente en establecer los ingresos que puede recaudar la Federación durante un ejercicio fiscal, así como la forma en que aquéllos han de aplicarse, con el fin de llevar un adecuado control, evaluación y vigilancia del ejercicio del gasto público, lo cual se patentiza con el hecho de que el Ejecutivo Federal tiene la obligación de enviar al Congreso de la Unión la iniciativa de Ley de Ingresos y el proyecto de egresos de la Federación, en la cual se deberán contemplar las contribuciones a cobrar en el año siguiente, para cubrir el presupuesto de egresos, aunado a que en la propia Ley de Ingresos se establece que su vigencia será de un año, así como la de todas las disposiciones referentes a su distribución y gasto. En consecuencia, si la Ley de Ingresos y el presupuesto de egresos tienen vigencia anual y ésta concluyó, resulta indudable que no es posible realizar pronunciamiento alguno de inconstitucionalidad, pues al ser de vigencia anual la materia de impugnación, y concluir aquélla, no puede producir efectos posteriores, en atención a su propia naturaleza, además de que aun cuando se estudiara la constitucionalidad de la norma general impugnada, la sentencia no podría surtir plenos efectos, ya que de acuerdo con el artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la declaración de invalidez de las sentencias dictadas en ese medio de control constitucional no tiene efectos retroactivos. Por tanto, procede sobreseer en la acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 20, fracción II, en relación con los artículos 19, fracción V, 59 y 65, todos de la mencionada ley reglamentaria.<sup>829</sup>

No obstante, aun cuando ya no exista la ley, no debe aplicarse esta causal, a nuestro modo de ver, cuando se trate de materia penal, pues así lo exige una interpretación sistemática de la retroactividad admitida en este campo y la causal bajo estudio, que, en último extremo, ha de interpretarse de conformidad con la Constitución, por lo que en tales casos no debería ser de aplicación.

4. “Cuando por convenio entre las partes haya dejado de existir el acto materia de la controversia, sin que en ningún caso ese convenio

<sup>829</sup> Acción de inconstitucionalidad 6/2003 y su acumulada 8/2003. Tesis jurisprudencial 9/2004.

pueda recaer sobre normas generales”. No es aplicable a la acción de inconstitucionalidad, como se prevé expresamente al prohibir el convenio entre las partes para la derogación de normas generales. Sin embargo, si esa derogación se produce resulta claro que concurre la causa de sobreseimiento prevista en el número 3, especialmente en cuanto que se prohíbe la retroactividad.