

EFFECTOS PROCESALES DE LA MODIFICACION LEGISLATIVA DE LAS LEYES SOMETIDAS A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. LA SUSPENSION DE LEYES «PRESUNTAMENTE» INCONSTITUCIONALES (*)

MARIA ANGELES AHUMADA RUIZ

SUMARIO: I. LA STC 150/1990 Y LA LEY DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID 4/1985: A) *El objeto del recurso de inconstitucionalidad.* B) *Requisitos temporales del objeto de control: la limitación temporal del plazo para recurrir.* C) *Vigencia, validez, eficacia.*—II. EFECTOS PROCESALES DE LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE LA LEY RECURRIDA.—III. LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA OBJETO DEL RECURSO.—IV. APÉNDICE. SUSPENSIÓN DE LEYES COMO MEDIDA CAUTELAR.

El asunto que vamos a tratar en las páginas que siguen, propiciado por una sentencia del Tribunal Constitucional (1), encuentra su origen en lo que este Tribunal denominaría una «singular forma de legislar», técnica peculiar, además, de colaboración o, mejor, de intervención del legislador en la tarea de control de constitucionalidad de las leyes. En síntesis, esta «novedad» legislativa consiste en suspender, mediante una ley al efecto, la aplicación de la ley sometida a control de constitucionalidad en espera y a expensas de la resolución del Tribunal. Producida ésta y despejadas, por tanto, las dudas acerca de la conformidad constitucional de la ley cuestionada (y por ello suspendida), a la vista de la sentencia recaída, la ley podrá recobrar su efi-

(*) El origen de este estudio está en una ponencia presentada en el Seminario de Profesores de Derecho Constitucional que, dirigido por los profesores Rubio Llorente y Aragón Reyes, viene celebrándose desde hace ya algún tiempo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. La ampliación de lo que entonces se expuso es también, en buena medida, deudora de las sugerencias del profesor Aragón.

(1) Se trata de la STC 150/1990, de 4 de octubre (*B. O. del Estado*, 6 de noviembre de 1990), que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados 243 y 257/1985, contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 15/1984, de 19 de diciembre, del Fondo de Solidaridad Municipal de Madrid.

cacia —en adelante, sin sospecha de inconstitucionalidad— o ser modificada, beneficiándose entonces de las observaciones vertidas por el Tribunal, siempre dirigidas a la mejor adecuación de la norma con la Constitución. Cabe también, como es el caso en el supuesto del que en breve nos ocuparemos, que la ley probada y acompañada del *nihil obstat* del Tribunal sea derogada acto seguido (consecuentemente o no, que eso ya no es problema de constitucionalidad) por el legislador.

El Tribunal Constitucional no se pronuncia en esta sentencia sobre las ventajas o inconvenientes de tal inesperada colaboración del legislador (2), que, sin embargo, tiene directa incidencia, como veremos, en el fallo finalmente adoptado. Es precisamente la consideración de esta interferencia legislativa en el desarrollo del proceso ante el Tribunal Constitucional el motivo fundamental de la discrepancia, puesta de manifiesto en voto particular, del magistrado Rubio Llorente (3). Por una vez, no se trata de advertir sobre la relajación del *self-restraint* del Tribunal, sino, por el contrario, de llamar la atención sobre posibles interferencias en el desarrollo del proceso de control de constitucionalidad que, procedentes del poder legislativo, comprometan la función encomendada al Tribunal.

Antes de dar paso al resumen del contenido en lo que nos interesa de esta sentencia, resulta oportuno realizar algunas precisiones en cuanto a la selección de las cuestiones a tratar. En primer lugar, no es casual, en nuestra opinión, que esta intervención del legislador (suspendiendo la aplicación de la norma impugnada) se produzca con motivo del control de constitucionalidad de una norma de carácter tributario. Y esto, toda vez que hasta hoy no está en modo alguno aclarada la repercusión que la declaración de inconstitucionalidad de una norma de tal carácter tiene sobre la justificación de los ingresos obtenidos en aplicación de la misma (4). En segundo lugar,

(2) «... al margen de la negativa valoración que pudiera merecer esta singular forma de legislar y acerca de la cual este Tribunal no ha sido llamado a pronunciarse...» (Fund. juríd. 8.º, STC 150/1990).

(3) Adelantemos aquí que son en buena medida (aun no compartiendo todos sus extremos) las observaciones contenidas en este voto, que termina advirtiendo del peligro de que tras este experimento «cunda el ejemplo», el punto de partida para esta reflexión.

(4) Todo son dudas en cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias a los fines del posible ejercicio de un derecho de repetición por parte de quienes pagaron los impuestos establecidos por una norma inconstitucional. Según alguna opinión, ello estaría en función del distinto momento de la relación tributaria (devengo, declaración, liquidación, recaudación...), en que venga a recaer el pronunciamiento del Tribunal (ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, p. 268). En Estados Unidos, ejemplo típico de eficacia prospectiva de la declaración

y también en conexión con el carácter tributario de la norma objeto de control, está la cuestión de la constitucionalidad o no de las leyes fiscales retroactivas, cuestión que no ha admitido hasta ahora una respuesta *a priori*.

Pues bien, la oportuna intervención del legislador, en este caso, va a tener como efecto inmediato que ambas cuestiones, presentes al momento de plantearse los recursos, se hayan desvanecido a la hora de resolver. ¿Hasta qué punto la definición de los términos del proceso se vio afectada por esta ulterior intervención del legislador? ¿En qué medida incide sobre el fin y el objeto del recurso la suspensión? ¿Debe el Tribunal pronunciarse sobre la segunda ley en la medida en que altera el régimen de los efectos de la primera? Por último, ¿justifica la sospecha de inconstitucionalidad la suspensión de la ley?, o, planteado de otro modo, ¿puede condicionarse la eficacia de una ley a la proclamación de su validez por el Tribunal Constitucional?

I. LA STC 150/1990 Y LA LEY DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID 4/1985

Mediante la sentencia 150/1990, de 4 de octubre, resolvió el Pleno del Tribunal Constitucional los recursos de inconstitucionalidad planteados por 54 diputados y por el Defensor del Pueblo contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 15/1984, de 19 de diciembre, por la que se creaba y regulaba el Fondo de Solidaridad Municipal de Madrid.

de inconstitucionalidad son los casos en que el Tribunal Supremo denegó la posibilidad de recobrar impuestos declarados inconstitucionales o multas no pagadas bajo protesta, y la regla parece ser de aplicación tanto para los impuestos inconstitucionales como ilegales (O. P. FIELDS, *The effect of an unconstitutional statute*, pp. 241-271). La cuestión ha sido muy debatida en Alemania: en principio, el dogma de la nulidad *ipso iure* y *ex tunc* de la ley inconstitucional supondría, en el caso de una ley establecedora de un tributo y promulgada tiempo antes de la declaración de nulidad, el reintegro o reembolso de todos los impuestos recaudados desde entonces. Sin embargo, desde el primer momento el BVerfG ha rechazado la posibilidad de instrumentar a partir de la sentencia de inconstitucionalidad una acción fundada en el enriquecimiento injusto o en el pago de lo indebido; los límites a la eficacia retroactiva de la decisión (art. 79 BVerfGG) están reforzados al máximo en este caso, resultando de hecho inatacables los actos de aplicación de la norma inconstitucional. Sobre toda esta cuestión, véase F. RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, pp. 47-48; se señala aquí también el tratamiento singular que este problema venía recibiendo en España, cuando de las SSTC 179/1985 y 19/1987 resultó la devolución de las cantidades ingresadas. A la vista de la solución posteriormente adoptada por la STC 45/1989 (Sentencia sobre el IRPF) no se puede afirmar que la regla sea la devolución. Tampoco están claros los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre los casos «pendientes».

Las alegaciones que sirvieron de base a la argumentación de los recurrentes podían reagruparse en dos bloques, referidos,

- el primero, a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del recargo del 3 por 100 sobre la cuota líquida del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establecido por la Comunidad de Madrid, en cuanto recurso o ingreso de la Hacienda autonómica;
- el segundo, a la legitimidad constitucional del gasto o afectación de los rendimientos obtenidos en aplicación del recargo, es decir, sobre la constitucionalidad del Fondo de Solidaridad Municipal, creado por la Ley 15/1984, y de su regulación legal.

Además de los motivos de fondo agrupados en estos dos bloques, coincidieron los recurrentes en apuntar que el establecimiento de esta ley se operaba con quebrantamiento del *principio de seguridad jurídica* (art. 9.3 CE) en dos de sus manifestaciones. En primer lugar, tal y como apuntó el Defensor del Pueblo, atentaba contra la CERTEZA DEL DERECHO. Certeza que fuerza al establecimiento de unas normas claras, ciertas e inequívocas, lo que tiene especial relevancia en materia tributaria, y que quedaba totalmente desdibujada en una ley «plagada», a su modo de ver, de lagunas normativas de difícil o imposible integración por los futuros aplicadores de la misma. (En apoyo de su argumentación, invocará el Defensor del Pueblo la jurisprudencia del *BVerfG*, que hace derivar de la idea de Estado de Derecho la exigencia de que la norma que establece el tributo fije el objeto, el fin y la medida de la obligación tributaria correspondiente, de forma determinada o determinable, de manera tal que la deuda tributaria resulte fácilmente calculable por parte del sujeto pasivo.)

En segundo lugar, coincidían ambos recurrentes en señalar la INCONSTITUCIONALIDAD DEL EFECTO RETROACTIVO DEL RECARGO. La Disposición final segunda de la Ley 15/1984, publicada el día 27 de diciembre, disponía la inmediata entrada en vigor de la misma, lo que implicaba la aplicación del recargo al período impositivo del año 1984, esto es, tres días antes de la finalización del mismo. Esto vino a entenderse por los recurrentes como:

- a) vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales, recogido en el artículo 9.3 CE,
- b) clara infracción del principio de seguridad jurídica, toda vez que es contrario al mismo que el sujeto pasivo no sepa cuál es el recargo

que gravará los rendimientos obtenidos durante el período impositivo (5).

El Tribunal Constitucional se pronunciará sobre esta supuesta infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) de la Ley objeto del recurso en el FJ 8.º de la sentencia.

En cuanto a la primera cuestión —los aspectos relativos a la *certeza de la norma*, entendida como previsibilidad de los efectos de su aplicación—, frente a las alegadas «lagunas normativas», el Tribunal realizará algunas indicaciones, posiblemente dirigidas a orientar la futura aplicación e integración de la normativa (6). No haremos más comentario sobre ellas que el de su

(5) Se planteaba ante el Tribunal, y no por primera vez, la cuestión de la constitucionalidad de las leyes fiscales retroactivas. Un problema singular dentro del más amplio de la legitimidad constitucional de la legislación retroactiva. El Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre él al menos en tres ocasiones, SSTC 27/1981, 6/1983 y, especialmente, STC 126/1987, de 16 de julio. De tales pronunciamientos resulta la afirmación de que no existe una prohibición de la legislación tributaria retroactiva y por tanto, ningún derecho del ciudadano a la permanencia del sistema tributario vigente. La cuestión debe resolverse desde la perspectiva de los límites a la retroactividad, y es entonces cuando entra en consideración la concreción del principio de seguridad jurídica y otros, derivados del «Estado de Derecho» (que tiene como contrapeso la cláusula «Estado social»). La jurisprudencia constitucional en este punto, italiana, alemana o norteamericana, aludida por el Tribunal Constitucional español, sirve fundamentalmente para ilustrar sobre la inexistencia de reglas generales de solución. En primer lugar, es preciso determinar el grado de retroactividad de la norma cuestionada, y aquí el TC parece acoger la distinción generalmente aceptada entre retroactividad auténtica y retroactividad impropia (el BVerfG se ha referido también a efecto «retroactivo» y «retrospectivo», respectivamente). La trascendencia de la distinción para la solución del caso es dudosa, toda vez que el punto de partida es que, por regla, las leyes fiscales retroactivas no son inconstitucionales. En cualquier caso, sí parece claro que, a diferencia de la jurisprudencia alemana, claramente garantista en este punto, el Tribunal Constitucional español no ha acogido como límite principal derivado del principio de seguridad jurídica el de la «protección de la confianza» (*Vertrauensschutz*) ni, a diferencia de lo que ha sido la práctica de la Corte Costituzionale italiana, se ha detenido en el desarrollo jurisprudencial del principio de la capacidad económica como límite al efecto retroactivo de la legislación tributaria. Sobre el problema de la retroactividad de normas tributarias en la jurisprudencia alemana e italiana, puede verse R. GAYA SICILIA, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987, pp. 333-420; más en concreto, el tratamiento de la cuestión en Italia, en I. MANZONI, «Imposizione fiscale, diritti di libertà e garanzie costituzionali», en *Giur. Cost.*, 1987, pp. 2310-2331. Sobre la relación del principio de seguridad jurídica y de protección de la confianza con la limitación del efecto retroactivo en el sistema alemán, puede verse, por ejemplo, STERN, *Staatsrecht*, I, pp. 651-655.

(6) El TC advertirá que «no corresponde a este Tribunal resolver los problemas que origina la interpretación y aplicación de esta norma. Pero, no obstante su relativa

probable improcedencia, tratándose, como es el caso, de un recurso abstracto (con la confusión, a nuestro modo de ver, entre lagunas técnicas de la ley y omisiones legislativas). En cualquier caso, es un problema de técnica legislativa que, de plantearse, hubiera debido ser resuelto en el trance de aplicación de la norma; por tanto, en la vía del control concreto (cuestión de inconstitucionalidad o amparo, en su caso). No puede hablarse aquí de un supuesto de interpretación conforme a Constitución.

En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad del *efecto retroactivo del recargo*, provocado por la inmediata entrada en vigor de la ley, según establecía su *Disposición final segunda*, los términos del problema han variado radicalmente en este momento del proceso debido a la concurrencia de una circunstancia externa al recurso, que el Tribunal toma en cuenta en este punto de la sentencia y sobre el cual las partes recurrentes no han tenido opción a manifestarse (7).

Promulgada el 18 de abril de 1985, la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1985 *suspendió la aplicación* de la Ley 15/1984, sirviendo de justificación para tal proceder que

«la interposición de diversos recursos de inconstitucionalidad contra la referida ley ha producido una generalizada confusión en la ciudadanía que puede afectar a intereses nacionales, entre los que se encuentra la misma acción recaudatoria del Estado.

Por todo ello, desde el profundo respeto a las instituciones del Estado, se estima conveniente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional para el establecimiento de la plena constitucionalidad de la referida ley, suspendiendo, entre tanto, su aplicación».

Será esta intempestiva manifestación de «profundo respeto», que toma cuerpo de ley, lo que decide al Tribunal a juzgar que «las razonables dudas

imprecisión, y por lo que aquí interesa, es posible concluir que dichos problemas pueden encontrar fácil solución en el marco del ordenamiento vigente...», para, a continuación, suministrar una serie de pautas de interpretación claramente dirigidas a los futuros aplicadores de la norma.

(7) En este caso, el Tribunal no ofreció a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre la incidencia de la aparición de la segunda ley en el objeto del recurso y, en concreto, su influencia sobre los motivos de impugnación alegados, posibilidad prevista en el artículo 84 LOTC: «El Tribunal, en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional. La audiencia será común, por plazo no superior al de diez días, con suspensión del término para dictar la resolución que procediere.»

de constitucionalidad», suscitadas por la eficacia más o menos retroactiva de la ley, establecedora del recargo, resultan «enervadas desde el momento en que el mismo órgano legislativo (...) decidió suspender (...) la eficacia de la ley». Según el Tribunal, esta intervención del legislador o, lo que es lo mismo, la existencia de esta segunda ley, conlleva, «de una parte, que la Ley 15/1984 no fue aplicada al ejercicio tributario de 1984, lo que elimina el supuesto de hecho y la premisa lógica de la que arranca el alegato de inconstitucionalidad por la eficacia retroactiva de las normas fiscales», y de otra, «ello implica también una derogación de la Disposición final impugnada y una correlativa pérdida de objeto en este punto del presente proceso constitucional».

Es decir, el Tribunal tendrá en cuenta la influencia de esta segunda ley sobre la primera objeto del recurso, pero sólo en cuanto a su efecto «impeditivo» de la producción de efectos retroactivos (la ley no pudo ser aplicada) y a su efecto «derogatorio» de la Disposición final, que establece la entrada en vigor inmediata. Por lo demás, no se tiene en cuenta el efecto suspensivo de la eficacia de la ley entera.

Es precisamente la consideración de la incidencia de esta segunda ley sobre la primera cuestionada lo que lleva al magistrado Rubio Llorente a discrepar esencialmente (aparte de otras razones de fondo) de la solución finalmente adoptada por el Tribunal. Señala este magistrado, en voto particular, que la existencia de esta segunda ley condiciona decisivamente el objeto de los recursos, al tiempo que llama la atención acerca de las perturbaciones que provoca tanto sobre el desarrollo del proceso como sobre el desenvolvimiento de la función constitucionalmente atribuida al Tribunal (8).

¿En qué consistía esta segunda ley «sobrevenida» al proceso? La ley constaba de tres artículos. El primero establecía la suspensión de la aplicación de la ley impugnada hasta «la definitiva resolución del TC en los recur-

(8) Resumidamente, la opinión de este magistrado es que el Tribunal no debió entrar en el fondo del asunto como consecuencia de la aparición de la segunda ley. Y esto debido a dos órdenes de razones: de una parte, por lo que afecta al objeto del recurso, la ley queda desnaturalizada como tal cuando su fuerza de obligar se somete a condición suspensiva dependiente de la decisión del Tribunal; el recurso de inconstitucionalidad sólo encuentra sentido frente a leyes vigentes. Por otro lado, la función del Tribunal no es en ningún caso la de órgano asesor de consulta vinculante. Los efectos de sus sentencias son los prescritos por la Constitución y su ley orgánica, efectos que en esta concreta ocasión parecen fijarse en la ley que, al suspender, determina el modo en que la sentencia afectará a la ley objeto de impugnación. Solapadamente, según el autor del voto, viene a restablecerse un control previo, esta vez frente a leyes ya publicadas, instrumentado por el propio legislador «cada vez que la coyuntura política lo haga deseable».

sos». Su artículo segundo ordenaba los distintos modos de recuperación de la eficacia en los supuestos en que la sentencia fuera desestimatoria o los recursos, en cualquier forma, no prosperasen (se fijaba el plazo y se establecía que tal recuperación de la eficacia se haría pública mediante decreto (?) del Consejo de Gobierno). Por último, el artículo tercero contenía previsiones para el supuesto de que la sentencia fuera total o parcialmente estimatoria. En tal caso, el Consejo de Gobierno estaría encargado de elaborar una comunicación dirigida a la Asamblea de Madrid que contuviera la sentencia, «así como la armónica adecuación a la misma de la Ley 15/1984». (Recibida esta comunicación, la Comisión de Presupuestos, Economía y Hacienda habría de establecer, en el plazo de quince días, una redacción acorde con los términos de la sentencia del Tribunal. Concluido el dictamen de la Comisión, el Pleno habría de aprobarlo o rechazarlo en una sola votación.) La Ley 15/1984 así adecuada —«acorde con los términos de la sentencia»— recobraría su eficacia el día de su publicación en el *BOCM*.

Pues bien, al margen de la legitimidad de establecer un concreto procedimiento que regula singularmente la forma en que debía llevarse a cabo la adecuación en el caso de que se apreciara alguna tacha de inconstitucionalidad en la ley, llama la atención el esfuerzo hasta sus últimas consecuencias de la Asamblea o, más propiamente, del Consejo de Gobierno, por mantener la Ley 15/1984, advertido que el artículo 3 no hace distinción entre el procedimiento a seguir en el caso de que la ley sea total o parcialmente declarada inconstitucional. Es evidente que si la Ley 15/1984 fuera declarada totalmente inconstitucional sería imposible adecuación alguna. Cabría que otra ley volviera sobre el mismo asunto, pero ninguna modificación o adecuación haría recobrar la eficacia a la norma declarada inconstitucional, puesto que esta declaración supone su automática pérdida de vigencia (artículo 164.2 CE, *a contrario*), así como su nulidad (art. 39.1 LOTC). La consecuencia es que la ley desaparece del ordenamiento sin que sea posible forma alguna de sanación de la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal (9).

(9) Problemático sería el caso opuesto, esto es, la reproducción de una norma idéntica a la declarada inconstitucional en una nueva ley. En principio, puede argumentarse que ello no sería posible en respeto a la norma que establece que las sentencias «vincularán a todos los poderes públicos» (art. 38.1 LOTC). La reintroducción de la norma iría contra la sentencia del Tribunal dejando sin sentido su ejecución (en Alemania se habla de una «prohibición de repetición» —*Wiederholungsverbot*— de los enunciados declarados inconstitucionales), pero la única forma de sanción sería mediante un nuevo proceso de declaración de inconstitucionalidad decidido con este argumento. La extensión de la declaración de nulidad por conexión o consecuencia (art. 39.1 LOTC), claramente, no alcanza a este supuesto.

En la duda queda también a qué se refiere el legislador con la expresión «establecimiento de la plena constitucionalidad de la ley», porque la desestimación de los recursos no implica el reconocimiento de que, en el futuro, toda duda acerca de la constitucionalidad de la ley —téngase en cuenta la compatibilidad entre recurso y cuestión de inconstitucionalidad— carecerá de fundamento (10).

Ciñéndonos ya a las cuestiones que interesan, entramos en el examen del primer problema que provoca la aparición de esta segunda ley, esto es, sus efectos sobre la ley objeto del recurso y su influencia en el desenvolvimiento del proceso. Trataremos antes, muy brevemente puesto que son conocidas, algunas cuestiones de carácter general.

A) *El objeto del recurso de inconstitucionalidad*

Objeto del recurso de inconstitucionalidad son, como sabemos, las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley. Como se recoge en los artículos 31 y 33 LOTC, el recurso de inconstitucionalidad podrá promoverse a partir de la publicación oficial de la norma (objeto del recurso) y dentro del plazo de tres meses a contar desde esa publicación. Significa esto que, como sucede en todos los sistemas en que el control de constitucionalidad se califica de sucesivo o represivo, el juicio de constitucionalidad se efectúa sobre normas perfectas, integradas en el ordenamiento jurídico. Esta es la diferencia fundamental respecto del recurso previo o formas de control preventivo que operan antes de que la ley llegue a valer como tal, antes de

(10) A diferencia de la doctrina alemana, que considera que las sentencias desestimatorias *confirman* la constitucionalidad de una ley, y en ese sentido añaden un *plus* a la mera presunción de constitucionalidad —lo que también está en relación con el hecho de que no existe limitación temporal del plazo para la interposición del recurso en vía principal—, en el sistema español la necesaria concordancia entre los artículos 29.2 y 38.2 LOTC impone la solución de considerar que la sentencia desestimatoria recaída tras la interposición del recurso de inconstitucionalidad, si bien impide un nuevo recurso con el mismo fundamento, en nada obsta para que el mismo asunto regrese al Tribunal mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (RUBIO-ARAGÓN, «La jurisdicción constitucional», pp. 836-838, en la obra colectiva *La Constitución española de 1978*, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI [dirs.], Madrid, 1980; queda confirmada esta interpretación ya desde la primera sentencia del Tribunal, de 2 de febrero de 1981). *Compatibilidad de vías justificada*, además, por la diferente consideración abstracta o concreta del conflicto entre ley y Constitución, que va a impedir, entre otros efectos, la existencia de las «tres identidades» necesarias para oponer la *fuerza de cosa juzgada material*.

que se integre en el Derecho vigente (a falta de la promulgación, sanción —en su caso— y publicación).

El recurso de inconstitucionalidad está caracterizado, asimismo, por impulsar un control abstracto de la norma, esto es, desvinculado de su aplicación al caso concreto, cuyo fin, como tantas veces se ha repetido, es la depuración objetiva del ordenamiento. Este carácter, el de la abstracción, lo diferencia (y dejamos aparte otras cuestiones, como la distinción entre disposición/norma o texto/norma como objeto del proceso) de la cuestión de inconstitucionalidad, de la que resulta un control concreto (conocidas son también las razones de las distintas formas de legitimación activa), y que tiene como requisito imprescindible que la norma objeto de la cuestión, por no mencionar otros aspectos de la «relevancia», sea *aplicable* al caso.

B) *Requisitos temporales del objeto de control:
la limitación temporal del plazo para recurrir*

Más difícil de justificar, desde unos determinados presupuestos teóricos, es el establecimiento de una limitación temporal del plazo para recurrir. Más aún si se trata de un plazo relativamente breve, como sucede en nuestro ordenamiento.

De hecho, la limitación temporal de tres meses no se compadece bien con algunos de los presupuestos teóricos que están en la base del control, en particular con el carácter insubsanable del vicio de inconstitucionalidad (= invalidez), la intelección de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad como sentencia declarativa —con eficacia *ex tunc* en cuanto que va asociada a una nulidad de pleno derecho y, por tanto, apreciable en todo momento— y el fin de la «maximización de la eficacia normativa de la Constitución» sin solución de continuidad. Estos problemas quedan en cierto modo salvados por la posibilidad de llevar a cabo el control mediante la cuestión de inconstitucionalidad en cualquier momento de la vida de la ley (aunque, al no ser enteramente coincidentes los supuestos de control, resulten de hecho inatacables las normas contra las que no se interpuso el recurso de inconstitucionalidad y que incurrieron en vulneración constitucional por infracción del puro procedimiento o bien en aquellas leyes cuya aplicación en procesos judiciales es prácticamente imposible [piénsese en una ley como la antigua LOCGP]). Por otra parte, también podrá, en algunos casos, efectuarse el control con ocasión del «recurso de amparo» o de un «conflicto de competencias».

La limitación temporal, el sometimiento a plazo, tampoco es una caracte-

rística de todos los sistemas de control abstracto. No lo ha sido en origen y no lo es actualmente, a la vista de otros ordenamientos de nuestro ámbito (11).

En cualquier caso, también entre nuestra doctrina, la invocación se hace siempre a razones de seguridad jurídica, a las que se añade, no hemos de olvidarlo, la presunción de validez que acompaña a la norma emanada por el órgano constitucionalmente legitimado y a través del procedimiento previsto, presunción que sólo podrá ser enervada por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

A la vista de nuestra regulación positiva, los requisitos temporales que acompañan al objeto del recurso de inconstitucionalidad imponen que se trate de normas «perfectas», promulgadas, sancionadas si corresponde, y publicadas, aunque no necesariamente vigentes (12). La vigencia, la fuerza de obli-

(11) Parece claro que las limitaciones temporales a la hora de recurrir tenían como contrapartida la declaración de nulidad resultante de la declaración de inconstitucionalidad. Puesto que el principio de seguridad jurídica se resiente ante la amenaza que sobre cualquier ley se cierne de ser expulsada del ordenamiento, en cualquier momento de su vida y con efecto retroactivo, se marcaba un plazo a partir del cual la ley devenía inatacable. El problema lo plantea sin duda el hecho de que se conciba la declaración de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* como declaración de nulidad. En Austria, donde desde el primer momento la declaración de inconstitucionalidad se entendió en cuanto a los efectos como una derogación, es decir, operando *ex nunc* o *pro futuro*, la limitación temporal del objeto de control no existió. De hecho, en ambos casos se opera una convalidación de la inconstitucionalidad, en el primer caso *pro futuro* —cuando transcurre el plazo en que el recurso es posible—, en el caso austríaco *pro praeterito* —hasta la declaración de inconstitucionalidad—. Véase P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 1987, pp. 408 y ss. La perspectiva comparada en cuanto a la existencia de limitaciones temporales al ejercicio del control abstracto en otros ordenamientos europeos en la actualidad en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1987*, p. 18. Quede simplemente apuntado, puesto que no es ése nuestro asunto, que el planteamiento del problema variaría, a nuestro modo de ver, tratándose de una cuestión de inconstitucionalidad, los efectos perturbadores los provoca aquí la extensión *erga omnes* de la decisión más que la nulidad.

(12) La polémica acerca del momento a partir del cual debe considerarse que la ley deviene obligatoria no carece de interés. Comenta L. M. Díez-PICAZO las tres fundamentales posiciones sobre la cuestión: la que considera que la ley sólo entra en vigor tras la promulgación y publicación y, en su caso, transcurrido el período de *vacatio legis*; la que entiende que la *vacatio* actúa sólo como mero término suspensivo de la aplicabilidad de una ley ya perfecta y, en tal sentido, vigente; y, por último, la que considera la ley perfecta y vigente desde la sanción y promulgación, resultando la publicación y el eventual período de *vacatio* trámite de integración de la eficacia (*La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, pp. 173-182). Sin entrar en el debate, acogemos aquí la opinión de quienes consideran la publicación de la ley como requisito constitutivo de su validez, punto a partir del cual la ley se da por conocida como tal ley,

gar, puede hacerse depender del transcurso de un plazo, la *vacatio legis*, que la propia norma fija y que es disponible por el legislador. En defecto de previsión expresa, rige, como sabemos, el de veinte días establecido en el artículo 2.1 CC. No obstante, respecto de las normas autonómicas, ante el silencio de la ley, habrá que estar a lo que disponga, en su caso, el Estatuto. Así, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid dispone la entrada en vigor el mismo día de la publicación (13).

Es así que la *vigencia formal* de toda norma queda delimitada en el tiempo por dos momentos: el de su entrada en vigor (momento que se da a conocer desde la publicación —con o sin *vacatio legis*—) y el de su derogación. La regla general, el principio, es la vigencia indefinida de la ley hasta su derogación. Y si la forma normal de cesación de la vigencia es a través de la derogación, el ordenamiento reconoce, sin embargo, otros mecanismos, como son la anulación y la decadencia (*cessante legis ratione, cessat lex ipsa*). Caben, además, los supuestos de predeterminación de la vigencia cuando las normas se extinguen por sí mismas, sin necesidad de derogación por otra norma (normas temporales, normas coyunturales) (14).

El tiempo vital de las normas, lo que quizá pudiéramos llamar su *vigencia material*, no coincide, sin embargo, con las fechas de su publicación y derogación. De hecho, las normas se insertan en una realidad jurídica dinámica. Fenómenos como la retroactividad, la irretroactividad o la ultraactividad están asociados al ámbito temporal de aplicación (15).

C) *Vigencia, validez, eficacia*

Llegados a este punto, es imprescindible concretar el significado que vamos a atribuir a los términos vigencia, validez y eficacia de la norma. Y esto porque sólo una identificación adecuada de tales atributos en la ley permitirá distinguir supuestos y llegar a algunas conclusiones. Precisión conceptual, por lo demás, necesaria porque es causa de confusiones más o menos extendidas, cuando se identifican validez y vigencia con existencia de la ley, cuando se

capaz para desplegar eficacia desde ese momento. A partir de aquí, la decisión acerca del momento de su entrada en vigor es cuestión de oportunidad (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1988, pp. 362-366).

(13) Art. 41.1 del Estatuto. Sobre la regla de la *vacatio* en los Estatutos de Autonomía, véase SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, op. cit., p. 365.

(14) L. M. Díez-PICAZO, *La derogación...*, op. cit., pp. 145-149; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 414-426.

(15) L. M. Díez-PICAZO, *La derogación...*, op. cit., pp. 172-173; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 369-370.

consideran inescindibles vigencia y eficacia o cuando se equiparan cesación de la vigencia de la ley y cesación de su eficacia (16).

Así, pues, entenderemos por vigencia la «pertenencia actual y *activa* de una norma al ordenamiento, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho» (Díez-Picazo). Del mismo modo, a la vigencia puede asociarse el carácter de *existencia formal* o *positividad* de la ley. La validez estará referida a la adecuación a las normas sobre la producción y, en particular, a la Constitución. Por último, las alusiones a la eficacia de la norma lo serán a su *aplicabilidad*, a la «idoneidad reguladora de la ley» (17).

De conformidad con la regulación positiva de los requisitos temporales del objeto del recurso de inconstitucionalidad, concluiremos que se requiere de la norma que haya sido publicada y que tenga prevista su entrada en vigor, pues, de otro modo, una norma que no va a estar vigente es una norma que para el ordenamiento no existe, que no tiene capacidad de obligar, que nada crea, modifica o extingue, que no tiene relevancia jurídica.

En principio, cabe la interposición del recurso de inconstitucionalidad frente a normas no vigentes en dos hipótesis:

- a) porque, aunque publicadas, su tiempo de *vacatio legis* aún no ha transcurrido y, por tanto, no se ha producido la entrada en vigor (art. 2.1 CC),
- b) porque ya en el momento en que se interpone el recurso o durante su tramitación, la norma ha resultado derogada.

El primer supuesto no plantea problemas: la sentencia del TC incidirá sobre la futura vigencia de la norma (art. 164.2 CE). El segundo supuesto será examinado a continuación. No obstante, recordando aquí la excusa de estas páginas, los antecedentes de esta STC 150/1990, podría pensarse en una tercera hipótesis intermedia: la de la norma cuya vigencia está suspendida. A diferencia de la hipótesis recogida en b), no estamos en un supuesto de extinción de la vigencia: la norma no se ha derogado y está llamada a

(16) Sobre toda esta cuestión, L. M. Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, en especial pp. 162-173. La argumentación aquí desarrollada, en torno a la conveniencia y corrección de la distinción conceptual entre vigencia y eficacia, es plenamente convincente y hace innecesario cualquier otro comentario. Son éste y otros planteamientos contenidos en el citado libro, premisa y punto de partida para explicar más adelante el efecto que la derogación —pérdida de vigencia— o la suspensión —cesación transitoria de la eficacia— de la ley sometida a juicio de constitucionalidad tienen sobre la decisión del proceso, en la medida en que el objeto del mismo resulta afectado.

(17) L. M. Díez-Picazo, *La derogación...*, op. cit., p. 168, nota 19.

recobrar su eficacia. Claramente se distingue del primer supuesto a) porque se trata de una norma vigente o, mejor dicho, que entró en vigor en un momento anterior a su suspensión.

La llamada «suspensión de la vigencia» es, en realidad, una hipótesis de «suspensión de la aplicación» que afecta de modo distinto al objeto del recurso. En puridad, la vigencia no admite grados —la ley está vigente o no— y no caben alteraciones transitorias de tal estado. Sin embargo, es habitual la referencia a la vigencia como presupuesto de la aplicabilidad; de hecho, con la expresión convencional «legislación vigente», se está aludiendo a la «legislación aplicable».

II. EFECTOS PROCESALES DE LA PERDIDA DE VIGENCIA DE LA LEY RECURRIDA

La cuestión no le es, ni mucho menos, desconocida al Tribunal. Sin embargo, como veremos, no es fácilmente deducible, a partir de sus pronunciamientos, cuál es el efecto que sobre el proceso tiene la pérdida de vigencia de la norma controvertida.

Las decisiones del Tribunal han oscilado entre dos puntos extremos:

- considerar que la función del recurso es simplemente enjuiciar textos legales y fórmulas legislativas no expresamente derogados (STC 11/1981),
- estimar que la función esencial de la jurisdicción constitucional es garantizar la primacía de la Constitución, entendido que lo que se ventila en tal sede jurisdiccional es la pureza misma del ordenamiento jurídico, y ello ha de decidirse en términos de validez o invalidez *ex origine* de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo (STC 60/1986).

Es evidente que la «autoridad» de los pronunciamientos del Tribunal no debe descontextualizarse; queremos decir con ello que el origen de la confusión o la falta de respuestas unívocas y generales en esta ocasión obedece en buena medida, y a nuestro modo de ver, a los distintos criterios que el Tribunal ha utilizado para orientar su decisión, lo que ha forzado soluciones distintas en cada caso, sin atender al problema único que aquí estamos examinando de la influencia o efecto de la pérdida de vigencia de la norma objeto del recurso sobre la resolución del mismo.

Vamos a ver a continuación, a través de un muestreo no necesariamente exhaustivo de las sentencias sobre constitucionalidad, en qué medida la adop-

ción de uno u otro criterio ha llevado al Tribunal a pronunciarse de forma diversa ante esta cuestión.

▪ *Criterio: objeto del recurso.* En una de sus primeras sentencias, la STC 11/1981, de 8 de abril (18), el Tribunal afirmaría que «el recurso de inconstitucionalidad no lo establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal como una impugnación dirigida contra un bloque o una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico, de suerte que para decidir la legitimidad constitucional haya que enjuiciar los criterios de aplicación del Derecho. La *función del recurso* es más modesta, pero más clara. Se trata de *enjuiciar, exclusivamente, los textos legales y las fórmulas legislativas que no se encuentren expresamente derogados*». Realmente, con esta afirmación el Tribunal establecía una «obligación», una carga procesal para el recurrente, de definir la pretensión, es decir, el recurrente debe delimitar el objeto de su impugnación; lo que, traducido al proceso constitucional, significa que si el Tribunal ha de pronunciarse sobre textos, requisito mínimo de congruencia será que el objeto de impugnación lo constituyan textos y no el «conjunto normativo aplicable». En este sentido, objeto del recurso son «textos vigentes» o no expresamente derogados, y no las «normas», aunque aplicables, no reconducidas a una disposición legal determinada.

▪ *Criterio: los distintos efectos que sobre la norma provocan derogación o declaración de inconstitucionalidad.* Si se pone el acento en la necesidad de la vigencia del texto impugnado, la derogación del mismo provocará su inidoneidad para servir de objeto de impugnación. La razón es que si con la derogación se expulsa a la norma del ordenamiento, la declaración de inconstitucionalidad se tornaría innecesaria: «La previa derogación determina la imposibilidad de que respecto de la norma derogada el Tribunal cumpla su función, pues mal puede el Tribunal depurar el ordenamiento y expulsar de él a aquello que ya no se encuentra en el propio ordenamiento» (19). No obstante, si lo que se quería recalcar era la necesidad de que el objeto de

(18) Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-Ley 17/1977, regulador del derecho de huelga y conflictos colectivos de trabajo.

(19) Voto particular de los magistrados Rubio Llorente y Díez-Picazo a la STC 14/1981, de 29 de abril. La deducción, coherente con la afirmación anteriormente reproducida del Tribunal, estaba haciendo referencia, además, al caso particular en que la derogación se produce *ope Constitutionis*. Efectivamente, en tal supuesto la derogación supone la pérdida de vigencia y de todo efecto *pro futuro* de la norma. Se advierte aquí también, certeramente, que la situación variaría sustancialmente si la norma (pos-constitucional), llevada ante el Tribunal por medio de una cuestión de inconstitucionalidad, hubiera sido derogada por obra del legislador.

impugnación estuviera referido a un texto o a una disposición legal, la pérdida de vigencia de los mismos, pese a afectar al interés principal del proceso («el derecho ahora es otro»), no lo priva de su razón de ser (20).

Este razonamiento ha de ponerse en conexión con lo que el Tribunal estima es la función o finalidad de los procesos constitucionales. En efecto, la defensa objetiva de la Constitución y la afirmación de su primacía imponen la erradicación del ordenamiento de la norma inconstitucional. En cierto modo, la derogación también provoca la expulsión de la norma, pero no con los mismos efectos que la declaración de su inconstitucionalidad, «la derogación priva de eficacia a la norma desde la vigencia de la disposición derogatoria, mientras que la inconstitucionalidad de leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de nulidad con ineficacia originaria» (STC 14/1981, FJ 4.º). La superposición de la declaración de inconstitucionalidad (y nulidad) a la derogación de la norma nada tiene de recalcitrante, cuando lo que se pretende es garantizar la primacía de la Constitución «sin solución de continuidad» o, como rotundamente afirma el Tribunal, «es la pureza misma del ordenamiento jurídico la que se ventila en esta sede jurisdiccional, y ello ha de decidirse en términos de validez o invalidez *ex origine* de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo constitucional» (STC 60/1986, FJ 1.º) (21).

Si, en fin, la garantía de la primacía de la Constitución o la tutela de la pureza del ordenamiento hacen irrelevante la derogación o la vigencia de la norma impugnada, ¿por qué la limitación de plazo a la hora de recurrir?

▪ *Criterio: carácter abstracto y objetivo del recurso de inconstitucionalidad (que lo distingue de la cuestión de inconstitucionalidad).*

En nuestra opinión, los términos del problema están correctamente plan-

(20) «... la derogación de la norma impugnada, caso de su vigencia después de la Constitución, no priva de razón de ser al proceso constitucional» (STC 14/1981, Fund. jur. 4.º).

(21) El problema surge a la hora de la realización de tal «ineficacia originaria», no sólo en vista de los límites que recoge el artículo 40.1 LOTC, susceptibles además de interpretación extensiva. El propio Tribunal se preocupa por moderar los efectos «destructores» *pro praeterito* de la nulidad. Por ejemplo, en la primera sentencia citada, la STC 14/1981, el recurso a la interpretación adecuada permite resolver el recurso con una sentencia interpretativa desestimatoria. El caso de la STC 60/1986 es más vistoso. Tras señalar la nulidad de algunos de los preceptos impugnados, advierte el Tribunal que «esta anulación no ha de comportar, sin embargo, la de los actos jurídicos dictados en ejecución de los preceptos que ahora se invalidan, ni, por lo mismo, la de las situaciones administrativas declaradas a su amparo, pues no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de entrada en vigor de las mismas».

teados, *obiter dicta*, en la STC 111/1983. Se trataba aquí de distinguir entre los supuestos de conversión del decreto-ley y de derogación del mismo, a los efectos de su incidencia en el contenido del proceso ante el Tribunal:

«El problema aquí planteado no es idéntico al que surgiría en un supuesto recurso directo de inconstitucionalidad contra una ley que, aunque vigente en el momento de haberse interpuesto aquél, hubiera sido posteriormente derogada; ni es equivalente a la hipótesis de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con un precepto de una ley derogada; ni tampoco podrían identificarse entre sí estos dos últimos supuestos, pues *el primero perseguiría el control abstracto, mientras que el segundo buscaría un control concreto*, y, por consiguiente, aunque tanto el recurso como la cuestión tienen por objeto el enjuiciamiento de normas, en uno y otra *podrían justificarse soluciones distintas en cuanto a la desaparición de la razón del proceso, pues mientras en el recurso directo la derogación por lo común extingue el objeto, en la cuestión de inconstitucionalidad la solución puede ser otra, por cuanto la validez de la norma —aun derogada— puede requerir un juicio de constitucionalidad.*»

La resolución del proceso no es ajena a las eventuales modificaciones de la norma sometida a control, operadas, normalmente, por el legislador. La alteración de la norma y, más precisamente, su pérdida de vigencia no es irrelevante respecto del contenido del proceso (22). La finalidad, principalmente perseguida, de privar a la norma inconstitucional de *todo* efecto ha de entenderse «pro futuro» y no orientada únicamente, por efecto de la nulidad, hacia el pasado (23). Desde este punto de vista, coinciden los pronunciamientos en señalar que, por lo común, la derogación provocará la pérdida

(22) «La otra alternativa, cual es la vinculación al proceso incoado, esto es, a la situación legislativa que configuró la pretensión sin operarse transformación alguna, no es aceptable, pues ni el proceso congela las facultades legislativas, ni la definición y alcance del litigio puede entenderse perpetuado al momento de su planteamiento, ajeno a las vicisitudes posteriores que resulten, en general, del ejercicio de potestades legislativas» (STC 111/1983, Fund. juríd. 2.º).

(23) «El objeto de este proceso, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su sentido en la eventual remoción de las situaciones creadas en aplicación de las disposiciones de la ley acaso inconstitucional» (STC 199/1987, Fund. juríd. 3.º).

«En un recurso abstracto como el de inconstitucionalidad, dirigido a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico, carece de sentido pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad» (STC 160/1987, Fund. juríd. 6.º).

de objeto del recurso; el Derecho vigente ya es otro, el lugar que la norma ocupaba le corresponde ahora al Derecho nuevo. Así las cosas, sin embargo, el Tribunal procedió a examinar la constitucionalidad de la norma expulsada por el legislador del ordenamiento, y para ello se escudó en dos órdenes de razones.

1. En el caso de la STC 111/1983, el TC defenderá que *el interés constitucional que mueve a los recurrentes, un interés objetivo, no se ve afectado por la pérdida de vigor de la norma*. La relevancia constitucional de la controversia obliga a que el procedimiento siga adelante. El interés aquí era el de ajustar el uso del instrumento del decreto-ley al marco del artículo 86.1 CE. También se hizo uso de este argumento en el proceso resuelto por la STC 60/1986, cuando el letrado del Estado, al oponerse al desistimiento de los recurrentes, invocó la subsistencia del interés objetivo en decidir por sentencia las cuestiones planteadas, que no cabía entender «periclitadas por el transcurso del tiempo ni de imposible reproducción en el futuro». El TC atendería la solicitud, en este caso, amparándose en esa tarea de custodio de la «pureza misma del ordenamiento jurídico».

2. Con todo, el argumento principalmente esgrimido ha sido el de que *con la derogación no desaparece totalmente la norma del ordenamiento, que la depuración «pro futuro» no se opera de modo completo*. Es a lo que el Tribunal alude con la expresión poco rigurosa, y repetida en algunas sentencias, de subsistencia de «*vestigios de vigencia*». Así, en la STC 199/1987 (FJ 3.º), el Tribunal estima que «la eventual declaración de inconstitucionalidad podrá deparar (y con ello se cumplirá el sentido institucional de este recurso) la exclusión de toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del *vestigio de vigencia* que pudiera conservar». Ese es también el razonamiento de base en la STC 160/1987 (FJ 6.º): «en un recurso abstracto, como el de inconstitucionalidad, dirigido a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico, carece de sentido pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento, en este caso *de modo total, sin ultraactividad*», lo que significa también que, si hay supuestos de aplicación ultraactiva, sí tiene sentido el pronunciamiento. Asimismo, en la STC 45/1989 (FJ 3.º), «como es obvio, esta modificación sustancial [se refiere a una modificación legislativa, una derogación, por tanto], que al eliminar la omisión del supuesto subsana el vicio de inconstitucionalidad que en la redacción anterior creíamos advertir, no nos dispensa de pronunciarnos sobre la constitucionalidad de los preceptos cuestionados, que, en virtud de la regla *tempus regit actum*, pueden ser aplicados en actuaciones administrativas o judiciales en curso», y continúa en el FJ 10 justificando el pronunciamiento sobre el precepto derogado en la necesidad «de

proceder, si así es preciso, a la definitiva expulsión del ordenamiento de las reglas o normas inconstitucionales, excluyendo todo *vestigio de vigencia* que las mismas pudieran contener aún».

Así, pues, la conclusión a partir de estos argumentos podría ser que:

- por regla, la derogación extingue el objeto del recurso;
- si la norma, aun derogada, resulta aplicable a algunos supuestos (como acertadamente recuerda el Tribunal, fundamentalmente por venir en juego el principio *tempus regit actum*), el pronunciamiento del Tribunal aparece como necesario para impedir toda suerte de eficacia ultraactiva;
- si no son imaginables supuestos de ultraactividad, esto es, de aplicación futura de la norma derogada, el recurso pierde sentido, queda sin contenido.

Aquí radica, a nuestro modo de ver, la confusión. ¿Por qué razón? Porque el criterio del Tribunal ya no es la vigencia de la norma, su pertenencia activa al ordenamiento, sino su aplicabilidad. Este criterio es justamente el punto de apoyo de la cuestión de inconstitucionalidad; ahí reside el juicio de relevancia: en que la norma de cuya validez se duda sea «aplicable» *al caso*, y no entran aquí cuestiones de vigencia porque el juez conoce el Derecho, y el Tribunal no admitiría una cuestión sobre una norma que, por estar derogada, ya no es aplicable.

Recordemos aquí lo que dijimos acerca de que la *vigencia formal* de la norma no coincide en el tiempo con su aplicación.

No se puede explicar el «efecto ultraactivo» como un «resto de vigencia». No es que la norma esté vigente para algunos supuestos. La ultraactividad propia, que es únicamente la consistente en que la norma derogada sigue siendo la que regula los efectos de aquellos supuestos que nacieron a su amparo (*tempus regit actum*), es consecuencia de la aplicación de las normas y principios que ordenan los criterios de aplicación del Derecho en el tiempo. Y este principio, *tempus regit actum*, al que alude también la expresión «cada tiempo tiene su derecho, cada derecho su tiempo», también está entroncado con el principio de seguridad jurídica, de protección de la confianza del ciudadano en la legislación. Así, si interpretamos que, según el artículo 2.3 CC, la regla es la de que las normas no tendrán efectos retroactivos si no disponen otra cosa, estamos afirmando que la regla es, tratándose del derecho derogado, la de que la norma derogada tendrá efectos «ultraactivos» si la norma derogante no dispone otra cosa, claro es, su retroactividad. A distintos grados de retroactividad, distintos grados de ultraactividad. En el caso de

que la norma derogante tenga efecto retroactivo pleno (retroactividad propia), la norma derogada verá extinguida para siempre en el futuro su aplicabilidad.

Pues bien, puesto que el artículo 9.3 CE no fuerza al legislador a una legislación irretroactiva, dentro del respeto a los límites que ahí se establecen, podrá optar libremente, según estime oportuno, por dotar o no de efectos retroactivos a sus leyes. De él depende, pues, que el derecho derogado encuentre alguna aplicación o ninguna. Pero lo que sí es claro es que la ultraactividad no es una potencia que corresponda a la norma, no es una resurrección de la vigencia que se da misteriosamente en unas normas sí y en otras no.

Por esta razón, si el Tribunal considera que el recurso de inconstitucionalidad, como recurso abstracto y objetivo, no tiene como misión «la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la disposición de ley acaso inconstitucional», sino «la definitiva expulsión del ordenamiento de las reglas o normas inconstitucionales» —«privar de todo efecto» (se entiende *pro futuro*) a la norma inconstitucional—, se dará la paradoja de que la misma norma, supuestamente inconstitucional, será o no objeto del recurso según que la norma que la deroga tenga o no efectos retroactivos. Así, por ejemplo, en virtud del principio jurisprudencial de retroactividad de la ley penal más benigna, se impone que la norma penal derogada por ésta más favorable no constituirá en ningún caso objeto del recurso (STC 160/1987, FJ 6.º).

Lo que cuestionamos aquí es que el Tribunal determine la subsistencia o desaparición del objeto del recurso de inconstitucionalidad atendiendo no a la vigencia, pertenencia de la norma al Derecho actual, sino a las condiciones de su aplicación y, por tanto, que deba sondear en cada caso concreto si pueden darse supuestos de ultraactividad, que es lo mismo que hacer previsiones sobre las futuras situaciones que pudieran justificar una «cuestión de inconstitucionalidad». Porque aquí sí, ya lo señalamos antes, el carácter de «norma aplicable» es presupuesto de admisibilidad de la cuestión, que por esta razón se califica de control concreto, a partir del caso. En definitiva, el Tribunal estará juzgando acerca de la ultraactividad y, por tanto, acerca de la no retroactividad de la norma derogante, ya que la única forma de constatar hasta qué punto la derogación implica la cesación *pro futuro* de eficacia de la norma es a través del examen de los efectos *pro praeterito* de la norma que deroga. La decisión sobre la norma derogada afecta, sin duda, a los efectos hacia el pasado de la *lex posterior*.

Si la vigencia de la norma no condiciona absolutamente la existencia del objeto del recurso, no se entiende en modo alguno ni el porqué del establecimiento del plazo para recurrir ni la diferencia con la cuestión de inconstitucionalidad, por razón de objeto y por el tipo de control ejercido.

Cerramos aquí la cuestión en torno a la influencia de la pérdida de vigencia de la norma sobre el objeto del recurso de inconstitucionalidad con la conclusión de que «debe» entenderse que, en todo caso, la derogación opera la extinción del objeto (24).

III. LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACION DE LA NORMA OBJETO DEL RECURSO

En el caso en presencia, el Tribunal se va a encontrar no, como ha sucedido en otras ocasiones, con la pérdida de vigencia de la norma por derogación de la misma, sino con una suspensión de su aplicación. Queda afectada, pues, no su vigencia, entendida como existencia actual de la norma (pertenencia al ordenamiento), sino su aplicabilidad, su capacidad para producir efectos.

Vimos ya que la derogación se identificaba con una cesación de la vigencia no coincidente con una cesación de la eficacia en todos los casos. Por el contrario, el aspecto de la norma aquí afectado es el de su eficacia. Y no es el de su vigencia porque la norma entró, efectivamente, en vigor el día de su publicación y vigente estará hasta su derogación o, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad. Sólo impropriamente podemos hablar aquí de suspensión de la vigencia como suspensión de la fuerza de obligar que es propia de las leyes vigentes. En cualquier caso, nos referimos aquí a una interrupción temporal y transitoria de la eficacia de la norma. Tampoco podemos hablar de una derogación encubierta porque la recuperación de eficacia de la norma suspendida no requiere la puesta en marcha del procedimiento legislativo (25).

En nuestro derecho positivo sabemos que la suspensión de los efectos de una norma puede obedecer, *en primer lugar*, a la decisión de quien dictó la norma, por pura razón de oportunidad, potestad de suspender que, general-

(24) Cabe otra forma de enfocar el problema y es la de interpretar que la vigencia o no de la norma impugnada incidirá no ya sobre el objeto, sino sobre los efectos de la sentencia. Si la pretensión es la de actuar sobre la eficacia subsistente de la norma derogada, será suficiente con la «mera declaración de inconstitucionalidad», sin nulidad, que determinará la «inaplicabilidad» de la norma derogada y, por tanto, la desaparición de todo efecto ultraactivo. Cuestión aparte y, sin duda, previa es la adecuación de tal variante alemana de «mera inconstitucionalidad» (*blosse Verfassungswidrigkeit*) o «incompatibilidad» (*Unvereinbarkeit*), al marco legal que describe los efectos de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional.

(25) Véase SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, op. cit., p. 386, que, sin embargo, se refiere a la «suspensión de la vigencia».

mente, se hace derivar de la propia potestad de derogar («quien puede lo más, puede lo menos»), y todo ello reconducible a la inagotabilidad de la potestad legislativa. *En segundo lugar*, la suspensión puede ser requerida, como «medida cautelar», en el transcurso de un procedimiento judicial o en la vía previa a éste.

En efecto, la suspensión con fines cautelares de *normas de carácter reglamentario* es facultad reconocida a la Administración cuando la norma está recurrida en la vía administrativa (art. 116 LPA). De igual modo, los Tribunales de lo Contencioso pueden adoptar tal medida cautelar (arts. 122 y ss. LJCA) respecto de los Reglamentos impugnados ante ellos. Por último, también puede el Tribunal Constitucional decidir la suspensión, con igual finalidad, estando en curso un conflicto de competencias (art. 64 LOTC) o, en algunos casos, un recurso de amparo (arts. 56 y ss. LOTC) (26).

La adopción de esta medida cautelar, la suspensión, no es posible, sin embargo, respecto de *normas con rango legal*. En el supuesto particular y excepcional descrito en el artículo 161.2 CE (y art. 30 LOTC), en donde, efectivamente, se trata de una suspensión de normas con fuerza de ley, no estamos exactamente ante una medida cautelar. En este caso, es la interposición del recurso la que tiene efectos suspensivos; no se trata propiamente de una medida que el Tribunal pueda libremente adoptar atendidas determinadas circunstancias (sin perjuicio de que a él le corresponda decidir sobre el levantamiento o ratificación de la suspensión en el plazo de cinco meses).

En el supuesto que examinamos, la hipótesis es la primera: es el propio legislador quien decide suspender la aplicación de la ley anterior mediante una nueva ley. Aunque el razonamiento contenido en la Exposición de motivos que antecede a la ley que suspende parece evocar el carácter cautelar de la suspensión, se atiende, más bien, a razones de seguridad jurídica (protección de la confianza).

Sin embargo, la suspensión de la ley, justificada por la duda acerca de su constitucionalidad, en cierto modo viene a establecer una condición para la recuperación de eficacia de la norma, y esta condición es la declaración por el Tribunal Constitucional de la constitucionalidad de la ley.

No parece imposible de admitir que el legislador pueda someter la vigencia y eficacia de las leyes a condición (27): condición suspensiva, si el despliegue de efectos queda condicionado al acaecimiento de un hecho futuro e incierto; condición resolutoria, si la cesación de los mismos se vincula al cumplimiento de tal condición.

(26) Adviértase, con relación a la suspensión en el amparo, que, a diferencia del artículo 41.2 LOTC, el artículo 56.1 sólo se refiere a «actos» y no a «disposiciones».

(27) L. M. Díez-PICAZO, *La derogación...*, op. cit., pp. 147-149.

Pero ¿qué sucede si la condición de la vigencia es la proclamación de la validez de la norma por el TC?

Imaginemos el supuesto siguiente: la Disposición final de una ley establece la entrada en vigor a los tres meses de su publicación, a salvo la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, supuesto en el cual la entrada en vigor será suspendida hasta el momento del pronunciamiento del Tribunal.

Pues bien, en este caso, que no es exactamente el que estamos examinando, las consecuencias que sobre el objeto del recurso tiene la vigencia o no de la norma, según lo expuesto hasta ahora, impedirían que el Tribunal entrara en el examen del recurso. Razón: el efecto de la eventual declaración de inconstitucionalidad sería, entre otros, la pérdida de vigencia de la norma, pérdida de vigencia que no puede operarse aquí porque sucede que la norma nunca ha entrado en vigor. Sería, pura y simplemente, el restablecimiento del recurso previo en este caso frente a normas publicadas, pero no vigentes. La vigencia estaría condicionada a la proclamación de la validez, y no es ésa la función del Tribunal al resolver recursos o cuestiones. Tratar de este asunto nos llevaría muy lejos, pero caben, al menos, algunas consideraciones.

El control de constitucionalidad tiene como premisa básica la presunción de validez de las leyes. El principio democrático incide sobre el sistema de fuentes, obligando a que a la ley se le asigne una posición de preferencia respecto de las restantes normas e imponiendo que el sistema de fuentes se interprete, además, en favor de la ley (28). El privilegio jurisdiccional de la ley (jurisdicción constitucional concentrada) y la presunción de legitimidad constitucional de la misma son indisociables de su especial vinculación, relación jerárquica, con la Constitución. Ni más ni menos dice el art. 30 LOTC al vetar la posibilidad de suspensión de la ley incurso en un procedimiento de inconstitucionalidad: la presunción juega en favor de la ley, no del recurso (29). Más difícil resulta amparar la presunción de validez en la invo-

(28) I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987. En particular, pp. 142-149.

(29) «... los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad que, si bien puede ser cuestionada por quien entienda sus derechos vulnerados por aquéllos o éstas (y en el caso de las leyes, también por aquellos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad), obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad. Esta presunción es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular, y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad. Como el legislador está vinculado por la Constitución, la constatación de que la ley la ha infringido destruye la presunción y priva de todo valor a la ley; pero mientras tal constatación no

cación de un supuesto principio de conservación de las leyes, proyección de aquel más antiguo de la conservación de los actos y negocios, que no parece estar contenido en ninguna disposición constitucional y que, no obstante, sí tendrá relevancia a la hora de atender y prestar protección a aquellos que confiaron en la eficacia de la norma jurídica posteriormente declarada inconstitucional, esto es, a la hora de ordenar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad.

En nuestro sistema se admite la doble condición de ley vigente e inválida y nadie duda de que la ley inconstitucional surtió efecto hasta la declaración de su inconstitucionalidad. No están equiparadas, ni son identificables, vigencia y validez. Presupuesto de la vigencia no puede ser la proclamación de la validez: la validez no puede ser una condición de la vigencia, puesto que se presume.

En el caso que resuelve la STC 150/1990, el legislador condiciona la recuperación de eficacia de la norma al pronunciamiento del Tribunal. Entendemos que, en este caso, el objeto del recurso no ha desaparecido; aunque temporalmente suspendida, la ley está vigente.

Efectivamente, es insólito que el propio legislador dude de la validez de sus leyes, pero considerar que la suspensión de la norma vigente hace imposible entrar en el examen del recurso interpuesto contra ella significa también permitir el fraude al recurso: siempre que el legislador quiera impedir que prospere la interposición del recurso de inconstitucionalidad presentado por los constitucionalmente legitimados, no tendría más que suspender la aplicación de la ley hasta la resolución del Tribunal (que además sería siempre desestimatoria, con agotamiento del plazo para recurrir).

Por último, el Tribunal, al resolver este recurso, considera que esta segunda ley afecta a la primera decisivamente en cuanto que opera la derogación de la Disposición final impugnada, que establecía la entrada en vigor el día de su publicación. O bien entendemos que cada momento de vigencia es aplicación de esa Disposición final, o bien consideramos que la previsión de tal disposición agota sus efectos el día de entrada en vigor de la ley. Porque ¿qué sentido puede tener la derogación de la disposición que establece la publicación de la ley y la previsión del día de su entrada en vigor, una vez se han operado ambos?

Si es cierto que en ese caso la ley no tuvo oportunidad de provocar los

se haya producido, toda suspensión de la eficacia de la ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución» (STC 66/1985, Fund. juríd. 3.º).

supuestos efectos retroactivos a la hora de la recaudación del tributo, esto no ha sido porque se derogue la Disposición final, ha sido consecuencia de la suspensión de su aplicación asociada a los plazos que rigen en el Derecho tributario para los períodos de recaudación de impuestos. Si el Tribunal ha podido entrar en el examen del resto de los motivos de impugnación, también pudo hacerlo en éste, aunque sólo fuera para estimar que tal efecto retroactivo no se producía, pero no considerar que se ha operado la pérdida de objeto como consecuencia de la derogación de la Disposición final.

IV. APENDICE.

SUSPENSIÓN DE LEYES COMO MEDIDA CAUTELAR

Hemos visto hasta aquí en qué medida una intervención del legislador sobre el derecho sometido a juicio de constitucionalidad puede modificar sustancialmente los términos del proceso. Y hemos señalado, al principio de este comentario, cómo, en el caso de la sentencia 150/1980, la suspensión por el legislador de la norma impugnada se debió, en muy buena medida, al hecho de que, por tratarse de una ley fiscal, la eventual declaración de inconstitucionalidad con efecto retroactivo habría de afectar a la acción recaudatoria del Estado; de ahí que se optara por la suspensión de la aplicación en lugar de hacer frente a una posible declaración de nulidad de los actos de aplicación de la ley inconstitucional. Asimismo ha quedado claro que tal suspensión que el legislador puede acordar por pura razón de conveniencia no puede ser adoptada, en ningún caso, por el Tribunal Constitucional (artículo 30 LOTC) ni aun como medida cautelar —atendiendo a la producción de perjuicios de muy difícil o imposible reparación—. Y esta consecuencia la hemos fundado en la presunción de legitimidad constitucional de las leyes y en el principio de seguridad jurídica (protección de la confianza del ciudadano en la legislación), que pugna, sin embargo, como también advertimos, con la ficción de la nulidad e ineficacia *ex origine* de la ley inconstitucional. El perjuicio provocado por la aplicación de la ley inconstitucional deviene irreparable allí donde tal aplicación resulta irrevocable por haber fundado una situación consolidada (tope de la eficacia retroactiva) y siempre, claro está, que no se trate de los procesos penales o contencioso-administrativos sancionadores a los que se refiere el artículo 40.1 LOTC.

No todo apunta, frente a las poderosas razones de seguridad jurídica y a la fuerza de la presunción de validez de las leyes, a que este veto a la suspensión de la ley por obra del Tribunal Constitucional sea inmovi-

ble (30). Las razones por las que actúa el legislador no se identifican con las que el Tribunal utiliza para fundar sus decisiones, pero ambas se justifican por los fines perseguidos. Y si aquí se trata de garantizar la primacía de la Constitución, puede ser que en algún caso, atendidos los perjuicios que de la aplicación de la norma recurrida pueden derivarse y en vista de la duración del proceso constitucional —desde la admisión a trámite de la demanda hasta su resolución—, fuera aconsejable la suspensión.

Esto, que aquí es sólo una hipótesis de trabajo, es lo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sancionado como práctica a seguir en aquellos casos en que la aplicación de una norma nacional, aun con rango legal, en presunta contradicción con los principios del Derecho comunitario, provoca un perjuicio irreparable a los particulares. Así se desprende de la sentencia *Factortame* de 19 de junio de 1990 y del auto de 28 de junio de 1990, en *Comisión c. Alemania*, para cuyo estudio pormenorizado me remito a los comentarios aparecidos sobre el asunto, del Prof. García de Enterría, de quien tomo la referencia (31). En ambos casos, el TJCEE ordena, como

(30) Así, por ejemplo, la ley del BVerfG prevé en el párrafo 32, dentro de las disposiciones generales sobre procedimiento, la posibilidad de que el BVerfG regule con carácter transitorio una relación o una situación jurídica mediante disposiciones provisionales (*einstweilige Anordnungen*), y esto siempre que lo exija el interés general, para evitar graves perjuicios, daño inminente u otro motivo importante. Ello implica la suspensión de la ejecución de la ley (*Aussetzung des Gesetzesvollzuges*) cuando la ponderación en términos de derecho de los intereses en liza así lo justifica, y generalmente en los procedimientos de control de normas, como garantía de realización y ejecutabilidad de la futura sentencia en el proceso principal. Existen algunas dudas acerca de su procedibilidad en los supuestos de conflicto entre órganos y control concreto. En cualquier caso, en principio, no aparece limitación, puesto que se incluye dentro de las reglas generales de procedimiento. Sobre el desarrollo, límites y utilización en la práctica de tal facultad del Tribunal, véase el comentario al párrafo 32 en MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, KLEIN y ULSAMER, *Kommentar z. Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, 1989; también, SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, 1985, pp. 194-200.

(31) Sobre el asunto *Factortame*: «El problema de los poderes del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo», en *REDA*, n.º 63, 1989, pp. 411-432; «Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español», en *REDA*, n.º 64, 1989, pp. 593-605; «La sentencia 'Factortame' del TJCEE. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la sentencia en el Derecho comunitario y en el sistema español de medidas cautelares», en *REDA*, n.º 67, 1990, págs. 401-420. Por último, con relación al caso *Comisión c. Alemania*, «La suspensión cautelar inmediata de una ley nacional por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Auto de 28 de junio de 1990, Comisión c. Alemania)», en *RIE*, 1990, pp. 875-884.

medida cautelar solicitada por los recurrentes, la suspensión de la ley nacional siguiendo el criterio de la «ponderación de intereses», apreciando el *fumus boni iuris* que asistía al recurrente y el *periculum in mora* derivado de la aplicación de la norma, una vez demostrada su contradicción con el Derecho comunitario. Una vez más entran en tensión seguridad jurídica y justicia del caso concreto. Cuestión distinta es que, como propone el Prof. García de Enterría, la adopción de tal medida por nuestro Tribunal Constitucional pueda hacerse descender del *dictum* del artículo 24.1 CE, cuando, en principio, se admite pacíficamente que el recurso de inconstitucionalidad, como recurso abstracto y con legitimación objetiva, no pretende la defensa de intereses de las partes, si es que de partes pudiera hablarse (32).

La Ley 4/1985 de la CAM pretendió actuar como «medida cautelar» en previsión de los efectos de la sentencia. Que el legislador pueda condicionar la eficacia de las leyes a la decisión de otro órgano es más que dudoso, pero su potestad para suspender las leyes es evidente. Y también para derogarlas, porque las vicisitudes de la Ley 15/1984, y con ella la «colaboración» entre Asamblea de Madrid y Tribunal Constitucional, terminaron finalmente con la derogación de tal ley por la 10/1990, considerado por el legislador autonómico que,

«desestimados los dos recursos de inconstitucionalidad por sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de octubre de 1990, y ante el trance de recuperación de eficacia de la Ley 15/1984, se aprecia cómo con el tiempo transcurrido desde su aprobación han surgido nuevos mecanismos de financiación y redistribución que hacen innecesarias las medidas presupuestarias y fiscales previstas en la misma y aconsejable su derogación».

(32) Supuesto particular quizás fuera el del ejercicio del recurso por el Defensor del Pueblo, puesto que aquí la impugnación está dirigida y justificada en la protección y garantía del ejercicio de los derechos fundamentales, entre otros el del art. 24.1 CE: «Todas las personas tienen derecho a obtener la *tutela efectiva* de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, *sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*»

