

■ Presentación

Las XXVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional tuvieron lugar los días 13 y 14 de octubre de 2022 en Valladolid. El presente volumen recoge los trabajos presentados en dos partes: la dedicada a *Estudios*, que contiene las ponencias sobre el tema monográfico elegido y la de *Crónicas*, en la que se incluye la descripción de la jurisprudencia constitucional correspondiente al año inmediatamente anterior.

Aunque en este volumen ocupan la segunda parte, a las *Crónicas* se dedicó la primera sesión de trabajo. Ángel Sánchez, Dolores Utrilla, Carmen Delgado, Ignacio Ulloa, Marta Souto y Carlos Ortega abordaron una sucinta descripción de la jurisprudencia recaída en el control de constitucionalidad en asuntos no competenciales, la materia competencial, los derechos fundamentales sustantivos, el derecho a la tutela judicial efectiva, las cuestiones parlamentarias y, en fin, los asuntos relevantes resueltos por el TEDH. Por supuesto, la versión escrita es mucho más extensa de modo que el lector puede acceder a un conocimiento pormenorizado de los pronunciamientos recaídos entre septiembre de 2021 y septiembre de 2022.

En cuanto a la primera parte, los *Estudios* no son sino la versión escrita y detallada de las cuatro ponencias presentadas en la segunda sesión en relación con el tema monográfico de las Jornadas, que da título a este libro, *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad*. Las dos primeras abordan la cuestión desde una perspectiva general: por un lado, Xabier Arzoz trató las diferentes posibilidades en que se ha venido concretando la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango legal; por otro, María Ángeles Ahumada se centró en la relación entre «Inconstitucionalidad sin nulidad y sentencias interpretativas». Esta aproximación más general viene concretada en las otras dos ponencias

en las que Violeta Ruiz y Eduardo Espín se centran respectivamente en las cuestiones tributarias —en las que el tema ha tenido particular relevancia— y en los criterios legales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad del Estado que pudiera hacerse derivar de la inconstitucionalidad. A la postre, las cuatro ponencias permiten reconstruir a cualquier interesado las diferentes facetas teóricas y prácticas del tema al que se dedica este libro.

No podemos cerrar esta breve presentación sin expresar nuestro agradecimiento a ponentes y autores de las crónicas por sus aportaciones a este volumen. Ni podemos dejar de aprovecharla para dar testimonio de la espléndida acogida de las instituciones regionales, provinciales y locales, y expresarles igualmente nuestro agradecimiento.

*La Junta Directiva
de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*

M^a Isabel Perelló Domenech
José María Goerlich Peset
Luis Felipe Medina Rey
Ignacio Ulloa Rubio
Santiago Ripol Carulla
Gema Díez-Picazo Giménez
Gemma Sala Galvañ

Primera parte

■ ESTUDIOS

A

■ Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley¹

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN

Catedrático de Derecho Administrativo (UNED). Exletrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La regulación del sistema de efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional
- III. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en la jurisprudencia constitucional
 1. La nulidad *ex tunc* o *ex nunc*.
 - 1.1. La decantación de la regla general y su alternativa.
 - 1.2. La elaboración jurisprudencial de la regla especial: la facultad de limitar efectos.
 - 1.3. El fundamento de la limitación de efectos.
 - 1.4. Los ámbitos de la limitación de efectos temporales.
 - 1.5. La falta de pronunciamiento sobre la limitación de los efectos temporales.
 - 1.6. Los límites materiales de la facultad de limitación de los efectos temporales.
 2. Alcance de la limitación de efectos temporales de la nulidad para el pasado.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I + D + i 2020 concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político» (referencia PID2020-117503GB-I00), del que el autor es investigador principal.

LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

- 2.1. Intangibilidad de las sentencias firmes.
- 2.2. Intangibilidad de las situaciones consolidadas.
- 2.3. Intangibilidad de los actos de aplicación producidos, sean o no firmes.
3. La nulidad diferida.
 - 3.1. Introducción.
 - 3.2. La nulidad diferida en la jurisprudencia constitucional.
 - 3.3. Valoración.
4. La declaración de inconstitucionalidad sin nulidad.
 - 4.1. La falta de vigencia de la norma impugnada.
 - 4.2. La inaplicabilidad sin nulidad por efecto de la doctrina del *ius superveniens*.
 - 4.3. La inconstitucionalidad e inaplicabilidad por motivos competenciales.
 - 4.4. La inconstitucionalidad de parte de los efectos de la norma, no de la disposición en sí.
 - 4.5. La declaración de mera inconstitucionalidad.
5. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de normas no impugnadas.
6. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de normas impugnadas que no incurrir en la tacha de inconstitucionalidad constatada.
7. La ineficacia de la declaración de inconstitucionalidad para la posterior resolución de recursos de amparo.
8. La reviviscencia de la legislación derogada por la norma declarada inconstitucional.
9. La apelación al legislador: consejos e instrucciones.

IV. Conclusiones

Bibliografía

I. Introducción

Los efectos de las sentencias constituyen un tema clásico de los estudios jurídicos, y en el ámbito de la jurisdicción constitucional no podía ser menos. La historia de las jornadas de esta asociación lo confirma. Las primeras jornadas que convocó la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional en 1995 versaron sobre el contenido y los efectos de la sentencia de amparo²; y las segundas se dedicaron a la sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley³.

Dada la posición institucional del Tribunal Constitucional y la variedad de las competencias de que dispone, el tema de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional presenta más aristas que en la jurisdicción ordinaria⁴. Por de pronto, abarca dos grandes temas: los efectos del fallo de las sentencias, y el valor de la jurisprudencia del

² I. Díez-Picazo Giménez (1996), «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo», y J. A. Xiol Ríos, «Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”», en *La sentencia de amparo constitucional*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 17-74 y 75-107, respectivamente.

³ J. Jiménez Campo (1997), «Qué hacer con la ley inconstitucional», y R. Punset Blanco (1997), «Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes (Algunas reflexiones a la luz de la ponencia de J. Jiménez Campo)», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 15-79 y 81-99, respectivamente.

⁴ Á. Garrorena Morales (1999), «Artículo 164: Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. XII, Cortes Generales-EDERSA, p. 333: «sólo relativamente sirven aquí las categorías con las que el Derecho procesal común suele dar cuenta de los efectos que acompañan a toda sentencia».

Tribunal Constitucional, esto es, el alcance de la vinculación de los poderes públicos a la doctrina que resulta de los fundamentos jurídicos previos al fallo y en los cuales se interpreta la Constitución⁵, eficacia que aproxima a las sentencias constitucionales a una fuente del Derecho⁶.

Los dos temas señalados tienen amplia enjundia, y no es posible una separación estricta. Una cuestión a caballo, o quizá con autonomía propia, que no se abordará aquí, es la del valor de cosa juzgada de las sentencias constitucionales. Todavía no contamos con una teoría general de la cosa juzgada constitucional, aceptada por la doctrina mayoritaria. Ciertamente, constituye un desafío dogmático encontrar un equilibrio entre la función pacificadora de la jurisdicción constitucional, que persigue la finalización y la no reiteración de los conflictos, y la función interpretativa, esencialmente dinámica, de la Constitución, que demanda la reversibilidad de sus pronunciamientos y que para ello debe nutrirse de nuevos conflictos, aunque sean entre los mismos sujetos y materialmente similares a los ya resueltos. Las posiciones doctrinales a este respecto son diversas⁷.

⁵ Sobre este tema puede verse, entre otros, P. PÉREZ TREMPES (1985), *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, pp. 257-268; J. M. SANTOS VIJANDE (1995), *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Comares, Granada; J. C. GAVARA DE CARA (2011), «Los efectos de la STC 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Las implicaciones para su normativa de desarrollo y los Estatutos de otras comunidades autónomas», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, pp. 239-290; los trabajos de M. A. AHUMADA RUIZ, V. FERRERES COMELLA, L. LÓPEZ GUERRA y C. VIVER PI-SUNYER, incluidos en VV. AA. (2012), *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona; y F. ORTEGA CANDELA (2021), «El veto a la respuesta del legislador a la declaración de inconstitucionalidad de una ley en el marco del ordenamiento constitucional español», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 111, pp. 413-443.

⁶ Explícitamente X. PIBERNAT DOMÈNECH (1987), «La sentencia constitucional como fuente del Derecho», *Revista de Derecho Político*, núm. 24, pp. 57-85; F. RUBIO LLORENTE (1988), «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, pp. 9-51; y Á. GARRORENA MORALES (1999), p. 303 («forma de creación del Derecho cuyo alcance *erga omnes* prácticamente la identifica con una auténtica norma»). En sentido parecido, J. L. REQUEJO PAGÉS (2022), «La jurisdicción constitucional en Europa: la voz de la Constitución», en A. von Bogdandy y J. Martín y Pérez de Nanclares (coords.), *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 589 («función que participa tanto de la legislación como de la jurisdicción, sin ser enteramente ni la una ni la otra») y 594 («verdadero legislador»).

⁷ En la doctrina española los principales esfuerzos teorizadores de la cosa juzgada constitucional son los de R. BOCANEGRA SIERRA (1982), *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, pp. 81-157; y Á. GARRORENA MORALES (1999), pp. 336-350. Una guía de acompañamiento útil para estudiar y contrastar esos y otros esfuerzos es la de A. MARTÍN DE LA VEGA (2002-2003): «Reflexiones en torno a las principales posturas doctrinales sobre los límites de la cosa

La presente ponencia se circunscribe al primero de los temas mencionados, los efectos del fallo de las sentencias, y se ciñe a los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley, que constituyen la especificidad de la jurisdicción constitucional. Su objetivo es examinar críticamente el abanico de soluciones que el Tribunal Constitucional ha utilizado cuando, tras el correspondiente enjuiciamiento, llega a la conclusión de que procede declarar la inconstitucionalidad de una disposición jurídica y se plantea la decisión de determinar el alcance de esa declaración, tanto su alcance general como sus efectos temporales. Como se ha dicho, «la cuestión capital en punto a los pronunciamientos estimatorios del Tribunal es la de la determinación de los casos en que procede flexibilizar la secuencia, en apariencia inexorable, que la LOTC establece entre inconstitucionalidad y nulidad»⁸.

Así pues, el foco se pondrá en la capacidad mostrada por el Tribunal Constitucional para construir diferenciadamente los efectos generales y temporales de las sentencias de inconstitucionalidad con el fin de reparar la tacha de inconstitucionalidad que allí se declara, procurando al mismo tiempo mitigar el impacto que con su declaración se pudiera causar a otros valores y bienes constitucionales. El análisis jurisprudencial permitirá evaluar y reflexionar críticamente sobre una parcela de la actividad jurisdiccional que no es menos relevante que el propio enjuiciamiento de la ley, con ayuda, en ocasiones, de las experiencias del Derecho comparado⁹.

juzgada en el control de constitucionalidad de las leyes», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 10-11, pp. 367-400. Este trabajo, así como sus propias ideas sobre la cosa juzgada constitucional se encuentran en el volumen del mismo autor A. MARTÍN DE LA VEGA (2002), *Estudios sobre la eficacia de la sentencia constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, capítulos II y III, respectivamente. La doctrina académica se muestra generalmente escéptica sobre la utilidad de la categoría de cosa juzgada en el ámbito de la jurisdicción constitucional, al menos en sus términos clásicos y por lo que se refiere a su significado material: *vid.*, por ejemplo, J. JIMÉNEZ CAMPO (2001), «Sentencia del Tribunal Constitucional», en M. Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. III, Madrid, Civitas, p. 97, y F. FERNÁNDEZ SEGADO (2008), «Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, pp. 148-155. Sobre la tensión o el desajuste entre el efecto *erga omnes* y los límites subjetivos del valor de cosa juzgada, puede consultarse también M. C. BLASCO SOTO (1995), *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, J. M. Bosch, Barcelona, pp. 253-260. En la sentencia constitucional sobre todo interesan —pues prevalecen— los efectos vinculantes, más que los efectos procesales.

⁸ J. JIMÉNEZ CAMPO (1997), p. 35.

⁹ Para una visión comparada de los efectos temporales de las sentencias, con estudios particulares sobre diversos tribunales constitucionales y supremos y los dos europeos, *vid.* P. POPELIER, S. VERSTRAELEN, D. VANHEULE y B. VANLERBERGHE (eds.) (2014), *The Effects of*

El de los efectos del fallo es un terreno en el que el Tribunal Constitucional se mueve entre la Escala del sucinto marco normativo y las funciones atribuidos a los demás poderes del Estado (básicamente el legislador y el poder judicial) y la Caribdis de los problemas que pueden surgir en la práctica debido a las declaraciones de nulidad. El tiempo tampoco pasa en vano, y la jurisprudencia constitucional cuenta, tras haber superado cuarenta y dos años de desarrollo, con una abundante casuística, más profusa que la que conocieron los letrados del Tribunal Constitucional que asistieron a las Segundas Jornadas de esta Asociación, a mediados de los años noventa del siglo pasado¹⁰.

Una delimitación adicional del objeto de la ponencia deriva de la inclusión, en estas Jornadas, de una ponencia específica sobre el alcance de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en el ámbito tributario. Esto permitirá centrar el foco de atención en los problemas generales y descargar el texto de una parte de los ejemplos y de los problemas que se relacionan con el carácter masivo de los actos de aplicación de la legislación tributaria y la relevancia económica que comporta en esos casos la decisión sobre los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad.

La primera parte, más breve, recordará el marco normativo que en nuestro ordenamiento jurídico regula los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional (II.). La parte segunda, la más extensa de la ponencia, se ocupará de pasar revista a las técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional durante los pasados cuarenta y dos años de jurisprudencia constitucional para reparar la inconstitucionalidad de las leyes y, en su caso, modular las consecuencias de sus declaraciones de inconstitucionalidad (III.). Por último, se realizará un balance conclusivo de la actividad jurisdiccional de modulación del alcance general y temporal de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley (IV.).

Conviene realizar una precisión terminológica, con implicaciones para el control de constitucionalidad. En una temprana sentencia el Tribunal Constitucional acogió la distinción entre norma y disposición, entre mandato normativo y texto jurídico: «Si se admite la distinción entre

Judicial Decisions in Time, Intersentia, Cambridge. Puede consultarse también M. RUOTOLO (2000), *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, CEDAM, Verona, especialmente en perspectiva comparada, pp. 301-355; X. MAGNON (2012), «La modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVII, pp. 557-591; y M. DE VISSER (2015), *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Hart, Oxford, pp. 312-327.

¹⁰ *Vid. supra* nota 2.

norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero»¹¹. Esta precisión es relevante, ya que la nulidad es un pronunciamiento que solo puede intervenir respecto a disposiciones (enunciados o textos legales), no frente a las normas que la interpretación deduce de ellas¹².

En los procedimientos de declaración de la inconstitucionalidad, la precisión se puede llevar un poco más lejos: a la distinción que elaboró JIMÉNEZ CAMPO entre objeto de la impugnación o de la cuestión de inconstitucionalidad, objeto del enjuiciamiento y objeto del pronunciamiento constitucional¹³. En esencia, la distinción destaca el carácter formal de la impugnación y del pronunciamiento, en contraposición con el carácter material del objeto del enjuiciamiento. La distinción es relevante, por ejemplo, en los supuestos en los que la inconstitucionalidad alegada deriva de una discriminación normativa, ya sea implícita o por conexión entre diversas normas¹⁴. También en los numerosos procesos que no concluyen con una declaración de inconstitucionalidad, sino con una interpretación conforme.

En consecuencia, pese a que materialmente se enjuicie una norma, lo que formalmente se expulsa del ordenamiento jurídico no son las normas (o los mandatos, en la terminología usada por la citada sentencia constitucional), sino los textos legales que contienen esas normas. Asimismo, el objeto de la interpretación conforme no son las normas, sino los textos legales: el precepto P, o el inciso I del precepto P, no es inconstitucional siempre que se entienda en un determinado sentido; o, en su caso, siempre que no se entienda en un determinado sentido. Las sentencias que llevan a cabo una interpretación conforme son formalmente desestimatorias: se declara la constitucionalidad de una disposición jurídica bajo la condición de que sea, o no sea, interpretada de una determinada forma. En esas sentencias no hay formalmente una declaración de

¹¹ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4.

¹² J. JIMÉNEZ CAMPO (1997), p. 36.

¹³ J. JIMÉNEZ CAMPO (1995): «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español», en *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 89-105.

¹⁴ Al respecto puede verse M. GONZÁLEZ BEILFUSS (2000): *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

inconstitucionalidad¹⁵. De esas sentencias interpretativas, esto es, formalmente no anulatorias, se ocupará otra ponencia de estas Jornadas.

II. La regulación del sistema de efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional

El punto de partida para un análisis jurisprudencial y una reflexión a partir de ese análisis pasa por recordar la regulación del sistema de efectos de los pronunciamientos constitucionales. La Constitución se limita a establecer unas pocas previsiones:

- Las sentencias del Tribunal Constitucional tienen, todas ellas, valor de cosa juzgada a partir del día siguiente a su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas [art. 164.1, 2.ª frase CE].
- Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos [art. 164.1, 3.ª frase CE].
- Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de «la ley» en la parte no afectada por la inconstitucionalidad [art. 164.2 CE].
- La declaración de inconstitucionalidad no hace perder el valor de cosa juzgada de las sentencias adoptadas con anterioridad [art. 161 a) CE].

Como consecuencia de esas pocas e imprecisas previsiones constitucionales, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) dispone de una amplia libertad de configuración de la cuestión de los efectos de las sentencias. No obstante, al tema le dedica unos pocos preceptos:

- Las sentencias son obligatorias, con carácter general, a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 38.1) y, en el proceso *a quo*, a partir de la fecha de la notificación de la sentencia al órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 38.3).

¹⁵ Vid. Á. GARRORENA MORALES (2002), «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 1843-1878.

- Cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados (art. 39.1).
- Las declaraciones de inconstitucionalidad no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, salvo en el caso de procesos penales o contencioso-administrativos sancionadores en los que, como consecuencia de la nulidad, resulte una reducción de la pena o sanción o una exclusión o reducción de la responsabilidad (art. 40.1).
- La jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales (art. 40.2).
- Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva (art. 87.1).

La descrita regulación del sistema de efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional se caracteriza por dos rasgos. El primero es su parquedad. No es una regulación completa. Ese «escuálido conjunto normativo», como la denominó el magistrado Viver¹⁶, no incluye, entre otros aspectos, indicación alguna sobre el alcance temporal de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, ni sobre la posibilidad de limitar sus efectos, que son las cuestiones más problemáticas en la práctica constitucional en este terreno. Esa parquedad contrasta con las regulaciones de otros Estados de nuestro entorno, generalmente más completas¹⁷. También contrasta con la más precisa regulación de los efectos de las sentencias en los procesos de amparo (art. 55.1 LOTC), en los conflictos de competencias (art. 66 LOTC) y en los conflictos entre órganos

¹⁶ C. VIVER PI-SUNYER (2001), «Efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de disposiciones con fuerza de ley», *Actas de las III Jornadas de órganos asesores y consultivos*, Barcelona, 9 y 10 de noviembre de 2000, p. 12. Para el antiguo magistrado constitucional, el legislador de la LOTC «optó por una regulación muy parca y muy matizada; casi diría que rudimentaria atendida la complejidad y el calado, teórico y práctico, del problema planteado». En el mismo sentido J. L. REQUEJO PAGÉS (2022): «El Tribunal Constitucional de España», en A. von Bogdandy y J. Martín y Pérez de Nanclares (coords.), *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 329, 331, habla de «cierta simplicidad por contraste con las técnicas arbitradas en otros ordenamientos» y de la «parquedad de la LOTC».

¹⁷ Esta anomalía española ha sido señalada por la doctrina extranjera: P. POPELIER, S. VERSTRAELEN, D. VANHEULE y B. VANLERBERGHE (eds.) (2013), «The Effects of Judicial Decisions in Time: Comparative Notes», en el volumen colectivo editado por los mismos, *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Intersentia, Cambridge, p. 3.

constitucionales del Estado (art. 75.2 LOTC). Ese contraste ha permitido sustentar la tesis de que el silencio del legislador no es casual y concluir que «las reglas sobre los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad contenidas en el art. 40 LOTC están dirigidas, sobre todo, al Poder Judicial»¹⁸. La jurisprudencia constitucional tampoco ha argumentado que pueda aplicar el art. 66 LOTC por analogía a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad de carácter competencial¹⁹. Como se verá en este trabajo, esa parca regulación legal no le ha impedido al Tribunal Constitucional asumir su protagonismo y modular los efectos temporales de sus declaraciones de nulidad, así como incorporar nuevas modalidades de pronunciamiento sin nulidad inmediata²⁰.

El segundo rasgo es cierta singularidad dentro del panorama comparado. Pese a la general orientación de la LOTC hacia el modelo alemán de control de constitucionalidad²¹ y de apreciarse por algunos autores «un claro paralelismo con el esquema alemán» de efectos de las sentencias²², la regulación española presenta en este ámbito algunas peculiaridades, como en general ocurre con los aspectos organizativos y procesales previstos en la LOTC²³. Por un lado, el constituyente aplica de forma general y sin matices la categoría procesal clásica de la cosa juzgada a las sentencias del Tribunal Constitucional, a diferencia de los sistemas alemán, austriaco, italiano y portugués. Por otro lado, el sistema español no usa la noción de «fuerza de ley» (*Gesetzeskraft*) que en el sistema alemán sirve

¹⁸ J. JIMÉNEZ CAMPO (1997), p. 44.

¹⁹ El art. 67 LOTC prevé la tramitación de un conflicto de competencias en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad cuando la competencia controvertida haya sido atribuida por una norma de rango legal. Sería paradójico que la estimación del recurso de inconstitucionalidad resultante modulara los efectos de forma menos amplia que la resolución del conflicto de competencias.

²⁰ Para J. JIMÉNEZ CAMPO (1997), p. 63, los pronunciamientos distintos del de nulidad que se han desarrollado en la jurisprudencia constitucional no quedan «extramuros de los que la LOTC prevé o permite, pues es del todo claro que en su artículo 39.1 se contempla, exclusivamente, la declaración de nulidad como resultado o consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de disposiciones legales («preceptos impugnados», se dice), no, evidentemente, de las normas en ellos contenidas».

²¹ P. CRUZ VILLALÓN (2011), «La Ley Fundamental en la evolución constitucional española (1978-2008)», en Christine Hohmann-Dennhardt y otros (dirs.), *Las Constituciones alemana y española en su aniversario*, CEPC, Madrid, p. 43.

²² Así, A. MARTÍN DE LA VEGA (2002), p. 159. La excepción a la retroactividad de la eficacia *ex nunc* de la declaración de nulidad prevista en el art. 40.1 LOTC se corresponde con la regulación contenida en el art. 79 de la Ley alemana reguladora del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG).

²³ Así, uno de sus redactores: F. RUBIO LLORENTE (2012), *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 3ª ed., CEPC, Madrid, p. 1211.

para caracterizar a las sentencias del Tribunal Constitucional Federal²⁴, aunque no por ello prescinde de declarar el carácter obligatorio de las resoluciones del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (art. 87.1 LOTC). Otra característica del modelo alemán, que tampoco se importó al ordenamiento español y que en último término está conectada con el significado de la nulidad *ex tunc*, es la inexistencia allí de plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad frente a leyes.

El legislador (constituyente y orgánico) pareció preferir las categorías conocidas del Derecho procesal español a nociones desconocidas o con poca implantación aquí. En cualquier caso, no ignoraba las profundas diferencias entre los efectos de las sentencias constitucionales y los de las resoluciones judiciales: pese a la atribución por el texto constitucional de valor de cosa juzgada a la totalidad de las sentencias constitucionales, el art. 80 LOTC excluye la aplicación supletoria de los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que respecta a los efectos de las sentencias constitucionales. En otra desvinculación respecto a los modelos foráneos, a diferencia de sus homólogos alemán, austriaco, francés o portugués el legislador español nunca ha conseguido revisar y completar la regulación del sistema de efectos, a fin de adaptarse a las necesidades detectadas en la práctica e incluir las nuevas modalidades de pronunciamiento utilizadas en la jurisprudencia constitucional²⁵.

La singularidad del sistema de efectos de la sentencia de inconstitucionalidad respecto a las resoluciones judiciales constituye solo una de las dimensiones de la especificidad de las resoluciones de los Tribunales Constitucionales, que tiene otras dos variables: las de su contenido y alcance. Aunque las sentencias constitucionales suelen tomar como base el modelo de las resoluciones judiciales, al mismo tiempo suelen separarse de él en mayor o menor medida: «las modulaciones introducidas en esa base judicial son de alcance muy notable», como lo es también «la

²⁴ Al respecto *vid.* E. WIEDERIN (2004), «Die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», en M. Brenner, P. M. Huber y M. Möstl (dirs.), *Der Staat des Grundgesetzes — Kontinuität und Wandel*, Festschrift für Peter Badura, Mohr Siebeck, Tübinga, pp. 605-637.

²⁵ En Alemania, a los casi veinte años de su aprobación, el legislador modificó los arts. 31.2 y 79.1 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal para prever la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad que ya había empezado a utilizar el Tribunal de Karlsruhe (*Unvereinbarkeitserklärung*, literalmente «declaración de incompatibilidad»). En Portugal, en 1982 se modificó el art. 282.4 de la Constitución portuguesa para habilitar al Tribunal Constitucional para limitar los efectos de la inconstitucionalidad. Las reformas producidas en Austria se mencionan en el epígrafe III, punto 1.1., y las de Francia se mencionan *infra* en la nota 57.

distancia que media entre los tribunales del poder judicial y los tribunales constitucionales desde el punto de vista de sus funciones y de su posición en la estructura del Estado»²⁶.

III. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en la jurisprudencia constitucional

1. LA NULIDAD *EX TUNC* O *EX NUNC*

1.1. *La decantación de la regla general y su alternativa*

La Constitución española utiliza la noción de «inconstitucionalidad», pero no la de «nulidad». Este segundo término aparece por primera vez en la LOTC. No obstante, algunos elementos presentes en la Constitución parecen apuntar a que los efectos de la inconstitucionalidad consisten en la expulsión de la ley *para el pasado*: esto es, en una nulidad *ex tunc*.

En primer lugar, si, de acuerdo con el art. 164.2 CE, salvo que el fallo diga otra cosa, subsiste la «vigencia de la ley» en la parte no afectada por la inconstitucionalidad, la declaración de inconstitucionalidad debe implicar una pérdida de vigencia, esto es, la desaparición del ordenamiento jurídico de la norma objeto de ese pronunciamiento. En segundo lugar, la declaración de inconstitucionalidad no solo ha de publicarse en el Boletín Oficial del Estado, sino que también tiene «plenos efectos frente a todos», lo cual implica una misma extensión de efectos y una identidad en el régimen de publicidad entre la promulgación de una ley y su declaración de inconstitucionalidad. En tercer lugar, las sentencias constitucionales tienen que respetar el valor de cosa juzgada de las sentencias recaídas con anterioridad [art. 161.1 a) CE], determinación que presupone que la eficacia de aquellas se proyecta hacia el pasado y que podría alcanzar a sentencias firmes de no existir esa previsión. En cuarto lugar, se puede deducir que esa declaración ha de ser irrepetible, no solo porque la pérdida de vigencia se produce *erga omnes* y es irreversible, sino también porque sus efectos, al retrotraerse al momento de la entrada en vigor de la norma, hacen innecesarias nuevas declaraciones de inconstitucionalidad²⁷.

²⁶ J. L. REQUEJO PAGÉS (2022), «La jurisdicción constitucional en Europa», p. 589.

²⁷ Como dirá el Tribunal Constitucional, «[ot]ro pronunciamiento igual en el fallo sería inútil y redundante, amén de improcedente» (STC 8/1987, de 29 de enero, FJ 2). En el mismo sentido *vid.* la STC 169/1985, de 13 de diciembre, FJ Único, que señala la imposibilidad de reiterar un fallo ya pronunciado, por desaparición del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Aunque puede intuirse a la luz de las previsiones constitucionales²⁸, no obstante, es la introducción de la noción de «nulidad» por la LOTC lo que decanta definitivamente el sistema de efectos que parece dibujar la Constitución. Y ello pese a que en ningún precepto se indica en qué momento temporal se inician los efectos de la nulidad: es decir, si se retrotraen al momento en que se publicó la norma anulada o si comienzan después de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad o incluso se difieren al futuro. Parece claro que el art. 39.1 LOTC asume que existe un vínculo estrecho en el binomio inconstitucionalidad-nulidad, pero sería excesivo concluir que lo considera inescindible. Ese vínculo estrecho no tiene por qué ser absoluto: es la regla general, probablemente el ideal para algunos; pero, en todo caso, *de lege lata*, una regla que ha de convivir con las excepciones que se contemplan en el art. 40.1 LOTC.

Pese a la parquedad de las determinaciones normativas existentes en la regulación legal de los efectos, la doctrina académica mayoritaria considera que a la regulación contenida en el art. 40.1 LOTC subyace un sistema de efectos basado en la nulidad *ex tunc*²⁹; es decir, que la regla general es la de la retroacción de efectos.

Esa conclusión se impone como producto de la acumulación de varios argumentos, que aisladamente no serían suficientes. Un primer argumento es de orden jurídico-sistemático. Si el sistema de efectos no descansara en la nulidad *ex tunc*, no sería entendible la excepción que el legislador explícitamente introduce respecto a los «procesos fenecidos

²⁸ También R. PUNSET BLANCO (1997), pp. 90-91. En cambio, para J. JIMÉNEZ CAMPO (1997), p. 62, la extrema vaguedad de la Constitución en este punto dejaba abierta la cuestión. Por su parte, F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN REYES (1981), «La jurisdicción constitucional», en A. Predieri y E. García de Enterría (dir.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª ed., Civitas, Madrid, p. 869, deducían del art. 161.1 a) CE una eficacia *ex nunc*.

²⁹ *Vid.*, entre otros, X. PIBERNAT DOMÈNECH (1987), «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, pp. 977-979; M. BELADIEZ ROJO (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, p. 345; Á. GARRORENA MORALES (1999), p. 361; Á. GÓMEZ MONTORO (2001), «Art. 39», en J. L. Requejo Pagés (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC-BOE, Madrid, p. 583; J. J. GONZÁLEZ RIVAS (2018), «Artículo 164», en P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (dirs.), C. Montesinos Padilla (coord.), *Comentarios a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018 — Libro-homenaje a Luis López Guerra*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 2264. Para algunos, la cuestión permanece abierta incluso tras la regulación de la LOTC. Así, L. M. Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2001), «Anulación de las normas», en M. Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo I, Madrid, Civitas, p. 278; C. VIVER PI-SUNYER (2001), p. 14.

mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada»³⁰, ni tampoco la excepción a dicha excepción.

El segundo argumento es la opinión común o incluso el postulado dogmático de que los efectos de la anulación de normas operan *ex tunc*³¹. Este postulado se suele fundamentar en dos consideraciones: la contradicción de una norma con otra superior se produce desde que la primera entra en vigor; y el respeto del entero sistema de fuentes es indisponible pues de lo contrario la Constitución o las leyes podrían ser derogadas de facto por normas de rango inferior que no hubieran sido impugnadas en plazo. Sin duda, el primer elemento del razonamiento no es suficiente, pues también la anulabilidad supone una disconformidad *ab origine* con el ordenamiento jurídico: la diferencia estriba en que el ordenamiento jurídico impone respecto a algunos actos irregulares la carga de hacer valer su irregularidad o disconformidad en un marco temporal estricto³². El segundo elemento es contingente: corresponde al Derecho positivo decidir entre nulidad y anulabilidad y establecer sus efectos³³. Lo que sí puede afirmarse en el caso del ordenamiento español es que se trata de un postulado dogmático que el legislador —la LOTC—, si no lo confirma directamente cuando usa la noción de «nulidad», tampoco lo desmiente o desvirtúa expresamente³⁴.

Una tercera fundamentación atiende al significado específico de una de las modalidades de control de constitucionalidad que prevé la Cons-

³⁰ Así, R. PUNSET BLANCO (1995), «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, p. 34; en contra, J. JIMÉNEZ CAMPO (1997), p. 62 («no entraña una opción constitucional por la «nulidad», sino la fijación de un límite para el caso de que sea esa, eventualmente, la sanción que defina el legislador orgánico»), y L. M. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001), p. 278 («en rigor, el art. 40.1 LOTC sólo establece un tope máximo a la retroacción en el tiempo»).

³¹ R. ALONSO GARCÍA (1989), «El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias», *Revista de Administración Pública*, núm. 119, p. 255; J. J. INIESTA DELGADO y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2000), «Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, pp. 153, 173; L. M. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001), p. 278.

³² J. J. INIESTA DELGADO y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2000), p. 151.

³³ Argumento utilizado también en el ordenamiento alemán: J. IPSEN (1980), *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, Nomos, p. 313.

³⁴ Tampoco lo hace el ordenamiento jurídico por lo que se refiere a las normas reglamentarias. El legislador establece la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones de rango superior (art. 47.2 LPAC), pero no precisa el momento en que comienzan los efectos de esa nulidad. Aquí se aplica el postulado dogmático de que los efectos de la anulación de disposiciones reglamentarias son *ex tunc*.

titudin española. El control incidental, que se articula sobre la prejudicialidad del proceso constitucional sobre el proceso principal o *a quo*, reclama, en caso de estimarse la cuestión de inconstitucionalidad, «la radical eliminación de todos los efectos de la norma inconstitucional respecto al juicio a quo»³⁵. En caso contrario carecerían de sentido el juicio de relevancia y la configuración de la prejudicialidad, así como la suspensión del juicio principal a la espera de la decisión constitucional³⁶.

Finalmente, de la existencia de reglas que permiten modular los efectos de las sentencias en otros procesos (arts. 55.1, 66 y 75.2 LOTC) se puede deducir, *a sensu contrario*, que el legislador optó consciente e inequívocamente por una retroactividad estricta o máxima en los procedimientos de control de normas³⁷.

Como se ha anticipado, los anteriores argumentos, aisladamente considerados, no son concluyentes. No obstante, la interpretación de que se trata de una nulidad con eficacia *ex tunc* permite encajar todas las piezas del puzle.

El de la nulidad *ex tunc* es también el criterio adoptado desde el principio por la jurisprudencia constitucional española, que califica la nulidad que establece la LOTC como una «ineficacia originaria»³⁸, una «invalidez *ex origine*»³⁹ o una «nulidad *a radice*»⁴⁰ o se refiere a su consecuencia como una «expulsión *ex origine*»⁴¹; o, simplemente, se proclama «la nulidad de pleno derecho de las normas contrarias a los preceptos constitucionales»⁴².

³⁵ M. C. BLASCO SOTO (1995), p. 221.

³⁶ M. C. BLASCO SOTO (1995), p. 259. También M. CARRASCO DURÁN (2007), «Nulidad diferida», en P. Pérez Tremps (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 292.

³⁷ Así, Á. GARRORENA MORALES (1999), p. 361.

³⁸ STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 4; y ATC 49/1981, de 12 de mayo, FJ 2.

³⁹ STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 1 (reiterada en numerosas ocasiones: entre otras, SSTC 137/2003, de 3 de julio, FJ 2; 108/2004, de 30 de junio, FJ 4; 189/2005, de 7 de julio, FJ 2; 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 2; 153/2016, de 22 de septiembre, FJ 2; y 35/2017, de 1 de marzo, FJ 2); 65/2022, de 31 de mayo, FJ 8; 85/2022, de 27 de junio, FJ 4; y 108/2022, de 26 de septiembre, FJ 3.

⁴⁰ STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5 («una norma preconstitucional que, en consecuencia, sufre los efectos de su colisión con la Constitución sólo desde la entrada en vigor de ésta, de tal modo que tales efectos no son los propios de la nulidad *a radice*, sino sólo los de la derogación»).

⁴¹ STC 59/2017, de 11 de mayo, FJ 5; 72/2017, de 5 de junio, FJ 4.

⁴² STC 39/1982, de 30 de junio, FJ 3, en un fragmento citado profusamente con posterioridad.

Como veremos a continuación, la alternativa a la nulidad *ex tunc*, la nulidad *ex nunc*, no es desconocida en el Derecho constitucional comparado, ni lo era para el constituyente y los redactores de la LOTC⁴³. La exposición del sistema austriaco de efectos de las sentencias de inconstitucionalidad que sigue en las próximas páginas tiene un doble interés: por un lado, subrayar la existencia de alternativas a un sistema basado en la nulidad *ex tunc*; por otro, señalar la dependencia de la regulación del sistema de factores estrictamente normativos y no solo dogmáticos, esto es, la regulación del sistema de efectos no obedece solo, ni sobre todo, a postulados dogmáticos, sino a la estructura y naturaleza del modelo de control de constitucionalidad que el legislador (constituyente u ordinario) haya establecido.

Desde que en 1920 la Constitución federal austriaca instaura un control de constitucionalidad de las disposiciones de rango legal y reglamentario, se prevé que la declaración de nulidad de esas disposiciones tenga efectos *ex nunc* (art. 140 de la Constitución federal austriaca).

Hans Kelsen, que diseñó ese control de constitucionalidad, lo concibió como un modelo en el que el Tribunal Constitucional se limita a expulsar las disposiciones inconstitucionales del ordenamiento jurídico. Para ello atribuyó a la sentencia de inconstitucionalidad la condición de *actus contrarius* respecto al acto normativo objeto de control. Aquella como este tienen carácter constitutivo: modifican el ordenamiento jurídico en vigor ampliando o reduciendo su perímetro. Tanto la incorporación de una ley al ordenamiento jurídico como su expulsión tienen, a su juicio, carácter normativo. Por tanto, sus efectos en ambos casos, por regla general, deben ser *ex nunc*. Lo mismo que una disposición jurídica surte efectos generales y, por ello, se debe publicar en el diario oficial del Estado, también la sentencia de inconstitucionalidad, al desplegar efectos generales, debía ser publicada en el mismo diario oficial. La eficacia *ex nunc* de la sentencia de inconstitucionalidad, por tanto, se asimila casi plenamente a los efectos de una derogación (*Aufhebung*), expresión que utilizan tanto la Constitución como la doctrina para definir sus efectos, en correspondencia con la concepción del Tribunal Constitucional como «legislador negativo»: esto es, órgano encargado de la expulsión de leyes

⁴³ Para el Tribunal de Garantías Constitucionales de la República se adoptó una solución híbrida que no ha tenido continuidad: nulidad limitada al caso concreto para las vulneraciones sustantivas, y nulidad *ex nunc* con efectos generales («anulación») para las vulneraciones formales, si bien no afectaba a «las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia». *Vid.* art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14 de junio de 1933.

del sistema como garante de la coherencia del ordenamiento, no de su justicia⁴⁴.

Además de la influencia de las concepciones kelsenianas en la definición del referido modelo, no debe perderse de vista la sustancia sobre la que operaba el control de constitucionalidad entonces diseñado. La Constitución federal austriaca carecía entonces, tanto como hoy, de una parte dogmática referida a derechos fundamentales. La finalidad principal de instituir un control centralizado de constitucionalidad de la ley y el reglamento en Austria en 1920 era garantizar la distribución de competencias legislativas entre la federación y los *Länder*, no proteger los derechos fundamentales de los particulares⁴⁵. La garantía del orden constitucional de competencias se adecua perfectamente a la idea de «control objetivo», para el cual es suficiente la declaración de la titularidad de la competencia disputada con efectos a partir de la publicación de la sentencia.

No obstante, el Tribunal tuvo que introducir un ajuste jurisprudencial en el sistema general de efectos, a fin de reconocer efectos retroactivos a la declaración de nulidad de la norma realizado en los controles incidentales de constitucionalidad respecto al acto de aplicación impugnado en el proceso *a quo* (el llamado «caso pendiente» o *Anlaßfall*)⁴⁶. Como escribió Kelsen, «la retroactividad parcial limitada al caso pendiente ante el Tribunal Constitucional y que ha dado ocasión al enjuiciamiento de la ley no está previsto expresamente en la Constitución, pero cabe deducirla de sus disposiciones»⁴⁷.

Con la única excepción, en su caso, del acto que suscitó el proceso en el que se declaró la inconstitucionalidad (procedimiento de amparo contra una decisión administrativa en el que se suscita la constitucionalidad de la disposición general que resulta aplicada o bien, posteriormen-

⁴⁴ En castellano puede consultarse H. KELSEN (2021), *Escritos sobre justicia constitucional*, presentación de M. Atienza y traducción de J. L. Requejo Pagés, Madrid: Tecnos, pp. 179-181; y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1981), «La Constitución como norma jurídica», en A. Predieri y E. García de Enterría (dir.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª ed., Civitas, Madrid, pp. 111-117. En la doctrina austriaca *vid.* G. WINCKLER (2006), *Die Prüfung von Verordnungen und Gesetzen durch den Verfassungsgerichtshof von Amts wegen*, Verlag Österreich, Viena, pp. 207-211.

⁴⁵ P. CRUZ VILLALÓN (1987), *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEPC, p. 251; E. WIEDERIN (2021), «From the Federalist Papers to Hans Kelsen's "Dearest Child": The Genesis of the Austrian Constitutional Court», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 76, pp. 321-322.

⁴⁶ Sobre el carácter retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad como principio del sistema concentrado incidental de justicia constitucional, que el Tribunal Constitucional no puede eludir, *vid.* M. C. BLASCO SOTO (1995), pp. 220-246.

⁴⁷ H. KELSEN (2021), p. 27.

te, cuestión de inconstitucionalidad elevada por un juez o tribunal), todos los actos de aplicación de una disposición declarada inconstitucional se mantienen incólumes, y los jueces y tribunales estaban obligados a aplicar la disposición declarada inconstitucional a supuestos de hecho producidos antes de la publicación de la sentencia (art. 140.7 Constitución federal austriaca).

En 1975, la reforma del art. 140.7 de la Constitución federal habilitó al Tribunal Constitucional para retrotraer excepcionalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, sin fijar condiciones o requisitos para ello. Esta modificación constitucional ha sido utilizada por el Tribunal para abordar un problema específico, consecuencia colateral del reconocimiento de la mencionada retroactividad parcial limitada: el fenómeno de la impugnación masiva de actos de aplicación de disposiciones de carácter tributario. Le ha permitido extender los efectos de la declaración de nulidad a los demás (a veces, cientos o miles) actos de aplicación de la misma disposición general que hubieran sido impugnados ante el Tribunal Constitucional con anterioridad a la vista del procedimiento de inconstitucionalidad o a la determinación de la fecha para su deliberación y que estuvieran pendientes de resolución⁴⁸.

En suma, el sistema austriaco de efectos pivotaba formalmente sobre la regla general de los efectos *ex nunc*, conforme al diseño original kelseniano, pero distaba de ser, al menos en 1978/1980, cuando se aprueban la Constitución española y la LOTC, un sistema simple. La solución de la nulidad *ex nunc* se ha mantenido como «elemento identitario» del modelo austriaco de justicia constitucional, en homenaje a su genial autor. No obstante, se ha dotado de reglas adicionales. Por un lado, el Tribunal Constitucional está facultado por la Constitución para declarar también la nulidad diferida: en la práctica, prevalecen las sentencias de inconstitucionalidad con eficacia diferida sobre las que tienen eficacia inmediata⁴⁹. Por otro lado, el sistema ha tenido que adelantar en el tiempo el inicio de la nulidad en grupos significativos de supuestos: los procesos en los que se suscita el control incidental de normas y la aplicación de efectos *ex tunc* a todos los recursos de amparo planteados con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad.

⁴⁸ Vid. M. STELZER (2013), «*Pro futuro* and Retroactive Effects of Rescissory Judgments in Austria», en S. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule y B. Vanlerberghe (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia, pp. 69-73.

⁴⁹ En Austria con un sistema de efectos basado en la nulidad *ex nunc* más de la mitad de las declaraciones de inconstitucionalidad se acompañan de la nulidad diferida. Al respecto vid. M. STELZER (2013), pp. 67-69.

En cambio, el sistema de efectos por el que opta el legislador español se basa en una regla general única, pues no se diferencia según el procedimiento (abstracto o incidental) por el que se realiza el control de constitucionalidad. En algunos ordenamientos jurídicos la vía de control utilizada es relevante, y da lugar a una tercera alternativa distinta de la española o la austriaca. Así ocurre en Bélgica: aunque la regla general de los efectos sea única, varía la posibilidad de modularlos, que solo se reconoce en el procedimiento abstracto⁵⁰.

Del examen de la experiencia austriaca (inicialmente solo eficacia *ex nunc*, luego complementada con eficacia *ex tunc* en el caso que provoca la declaración de inconstitucionalidad)⁵¹ se pueden extraer dos conclusiones de cara a la ordenación de los sistemas de efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad. La primera es que, una vez que se opta por un control incidental de constitucionalidad, la nulidad *ex tunc* no puede excluirse del sistema de efectos, y debe tener su lugar en dicho sistema. La segunda es que la opción por el control incidental abre paso a un sistema de efectos que tiende a ser escalonado, si no lo es de forma ineludible: a partir de la modalidad extrema o máxima de retroactividad que exige el control incidental de inconstitucionalidad, el legislador (constituyente u ordinario) puede prever soluciones menos extremas para otros procedimientos de control o bien estas surgen de la práctica de la jurisdicción constitucional.

En la doctrina española algunos autores han sostenido que el modelo austriaco de la nulidad *ex nunc* (que, como hemos visto, tampoco es la regla única, ni la principalmente aplicada en la actualidad) representa una solución aislada y superada, y que la determinación de la nulidad *ex tunc* vendría a ser la solución «natural», en el sentido de la única compatible con el significado de la inconstitucionalidad de las disposiciones legales, cuya contradicción se produce, a excepción de los supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida, en el momento en que la norma entra

⁵⁰ Así, en el ordenamiento belga el Tribunal Constitucional solo está facultado para modular los efectos temporales de la nulidad *ex tunc* en los procedimientos abstractos de control de normas, no en los de control incidental, pues en estos últimos la declaración de inconstitucionalidad solo produce efectos en el procedimiento *a quo*. No obstante, a partir de esa declaración de inconstitucionalidad se abre un plazo de seis meses para que las entidades legitimadas y los particulares que ostenten un interés legítimo puedan impugnar de forma abstracta la disposición declarada inconstitucional. *Vid.* M. DE VISSER (2015), p. 313.

⁵¹ En Liechtenstein han adoptado una solución idéntica, pues su jurisdicción constitucional sigue de cerca desde 1921 el modelo austriaco (art. 19 de la Ley de 27 de noviembre de 2003 sobre el *Staatsgerichtshof*).

en vigor⁵². En efecto, la nulidad *ex tunc* es la regla general en el Derecho de la Unión Europea, Alemania, Bélgica, Portugal, España, Italia y Andorra, además de en Estados Unidos.

No obstante, es preciso subrayar, primero, que, cuando menos en los cuatro primeros ordenamientos mencionados (Unión Europea, Alemania, Bélgica y Portugal), el legislador faculta expresamente al juez de la ley para limitar los efectos temporales de la declaración de nulidad *ex tunc*, lo cual implica una importante aproximación a la solución de Kelsen⁵³. En el caso de la Unión Europea se trata, ciertamente, de una posibilidad relativamente poco utilizada⁵⁴, hasta el punto de que el propio gobierno alemán ha tratado de influir en la orientación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mediante estudios que intentan mostrar que, en la mayor parte de los Estados de la Unión Europea, rige la regla de los efectos *ex nunc* y, en algunos, incluso la regla de los efectos *pro futuro* con respecto a las sentencias constitucionales anulatorias⁵⁵.

⁵² M. BELADIEZ ROJO (1994), p. 339 («Quizás sea ésta la razón por la que las posturas que defienden la eficacia *ex nunc* de las sentencias estén ya prácticamente superadas y exista casi unanimidad en reconocer la eficacia retroactiva de este tipo de sentencias»); E. AJA y M. GONZÁLEZ BEILFUSS (1998), «Conclusiones generales», en E. Aja (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, p. 280 (la admisión de la regla austriaca de la nulidad *ex nunc* «encuentra un obstáculo en la cultura jurídica de la mayoría de los países europeos con Tribunal Constitucional, porque en casi todos ellos repugnaría continuar aplicando una ley declarada inconstitucional»); Á. GARRORENA MORALES (1999), p. 354 (atribuye a la solución kelseniana «escasa audiencia», «ha permanecido [en Austria] como un ejemplo aislado»); y F. FERNÁNDEZ SEGADO (2008), pp. 172-173 («la posición prevalente en Europa, tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, con la relevante salvedad austriaca (que también podría ser objeto de matices desde otra óptica), se ha aproximado enormemente a la del sistema norteamericano al entender que a la inconstitucionalidad se anuda la nulidad de raíz de la disposición»).

⁵³ Á. GARRORENA MORALES (1999), p. 354.

⁵⁴ Está prevista en el art. 264 TFUE respecto a los reglamentos declarados nulos: «el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos». La doctrina considera que la posibilidad de limitar efectos retroactivos no está prohibida en otros procedimientos. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha creado las llamadas «sentencias prospectivas» en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho de la Unión: al respecto *vid.* E. COBREROS MENDAZONA (2002), «Las sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 4, pp. 631-647. No obstante, el impacto de las sentencias prejudiciales de interpretación y la poca utilización de la posibilidad de limitar sus efectos temporales han motivado la reacción de algunos gobiernos, como la que se indica en el texto.

⁵⁵ S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2009), «Los efectos de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales», *Revista de Administración Pública*, núm. 178, pp. 361-367.

En segundo lugar, lo cierto es que, cuando menos en el entorno europeo y postsoviético, se ha ido generalizando la nulidad *ex nunc* como base del sistema de efectos del control de constitucionalidad. Siguen esa regla Tribunales «antiguos» como los Tribunales Constitucionales de Austria y Liechtenstein y el Tribunal Supremo Especial de Grecia, Tribunales de «segunda generación» como el Tribunal Constitucional de Turquía y el Consejo Constitucional francés y Tribunales de «tercera generación» como los tribunales constitucionales o equivalentes de Europa Central y Oriental y del área postsoviética (República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Croacia, Serbia, Montenegro, Bulgaria, Rumania, Hungría, Polonia, Lituania, Letonia, Estonia, Albania, Rusia, Moldavia, Ucrania, Bielorrusia, Georgia, Armenia, Tayikistán, Uzbekistán, Kirguistán, etc.)⁵⁶.

Esa tendencia mayoritaria obedece probablemente al entendimiento de que el momento en el que se produce la contradicción entre la Consti-

⁵⁶ En varios países centroeuropeos la recepción del modelo austriaco se ha realizado a través del modelo yugoslavo de control de constitucionalidad (uno de los cinco únicos tribunales constitucionales existentes en el mundo en los años setenta del siglo pasado, junto a los de Austria, Liechtenstein, Alemania e Italia). En algunos países se mantiene cierta continuidad con los rasgos del modelo socialista de control de constitucionalidad, generalmente mitigados por las sucesivas reformas constitucionales. Así, la nulidad diferida era un rasgo habitual del control de constitucionalidad de la época socialista: algunos de los Estados postcomunistas conservan su tradicional carácter preceptivo, otros la han convertido en facultad del tribunal constitucional. En varios de los países cuyo control de constitucionalidad alcanza a leyes y reglamentos (como en Austria) se mantiene la tradición de la época socialista de que el Tribunal Constitucional solo puede declarar la nulidad *ex nunc* de las leyes, pero puede elegir entre la nulidad *ex nunc* y la nulidad *ex tunc* en el caso de los reglamentos. A la primera operación suelen denominar «derogación», y a la segunda «anulación», en terminología kelseniana. En cambio, la Constitución de Macedonia contempla ambas posibilidades indistintamente para leyes y reglamentos y establece criterios generales para optar entre una y otra (en particular, la relevancia de la violación, su importancia para el ejercicio de los derechos fundamentales, la seguridad jurídica, etc.). En varios países que acogen como regla general la nulidad *ex nunc* se admite que la sentencia pueda establecer también efectos retroactivos. Así mismo, en los países que tienen control incidental de normas se admite la retroactividad de la nulidad en esos procedimientos. *Vid.* P. POPELIER, S. VERSTRAELEN, D. VANHEULE y B. VANLERBERGHE (2014), «The Effects of Judicial Decisions in Time: Comparative Notes», en el volumen colectivo editado por los mismos autores, *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge: Intersentia, p. 3; y, sobre todo, el muy documentado Č. PIŠTAN (2015), *Tra demokracija e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area postsoviética*, Bononia University Press, Bolonia, pp. 366-384. Fuera del ámbito europeo y centroasiático, el art. 94 de la Constitución de Chile de 1980 contempla una regulación similar: el precepto declarado inconstitucional «se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoga el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo».

tución y la ley objeto de control es un aspecto sin duda relevante, pero no decisivo para anclar en esa fecha el sistema de efectos temporales de las declaraciones de inconstitucionalidad. Este entendimiento parece aflorar especialmente en los modelos de justicia constitucional centrados en la depuración objetiva del ordenamiento, mediante procesos sin partes propiamente dichas o al menos sin partes que defiendan un interés propio, y menos preocupados por revertir los efectos de la norma inconstitucional de lo que suelen estar los modelos de justicia constitucional en los que la tutela de los derechos fundamentales alcanza mayor protagonismo.

En suma, unos ordenamientos constitucionales establecen la regla general de los efectos por referencia a aquel momento inicial, otros la definen por referencia al momento de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad. Todos ellos suelen coincidir en reconocer la posibilidad de desviarse en casos concretos de la regla general, sea cual sea esta, y limitar o ampliar los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad: es decir, son conscientes de que las reglas generales deben ceder en ocasiones ante valores e intereses relevantes⁵⁷. Pese a preservarse la regla general del sistema de efectos, en la práctica jurisdiccional la limitación de los efectos temporales suele ir más allá de la regla general, sea esta la nulidad *ex tunc* o *ex nunc*.

1.2. *La elaboración jurisprudencial de la regla especial: la facultad de limitar efectos*

Pese al criterio doctrinal mayoritario según el cual la LOTC consagra la nulidad *ex tunc*, el Tribunal Constitucional ha actuado en el ejercicio de su jurisdicción como si el art. 40.1 LOTC no impusiera una regla absoluta e incondicional de retroactividad en grado máximo. Todo lo contrario, a la regulación que se contiene en dicha disposición constitucional le ha sido atribuida un carácter incompleto y ha sido interpretada como una *habilitación implícita* para precisar los efectos de sus declaraciones de inconstitucionalidad, *respetando los límites señalados* en dicha disposición⁵⁸. En este apartado se explicará cómo se ha llegado a ese punto.

⁵⁷ Además de la reforma constitucional austriaca de 1975, ya citada en el texto, en 2008 se modificó la Constitución francesa (art. 62) para facultar al *Conseil constitutionnel* a fijar en su decisión de inconstitucionalidad una fecha ulterior de la nulidad, y para que determine «les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause».

⁵⁸ El respaldo doctrinal de esta interpretación se encuentra en R. ALONSO GARCÍA (1989), pp. 255-268; y M. BELADIEZ ROJO (1994), pp. 342-347. Para esta autora, las

La primera sentencia del Tribunal Constitucional español en la que se declaró que no podían revisarse los actos realizados en aplicación de la disposición declarada inconstitucional fue la STC 60/1986, de 20 de mayo. No obstante, no se aludió a ningún principio constitucional o al criterio que deriva del art. 40.1 LOTC para justificar su decisión⁵⁹. Es más, se adoptó el punto de vista contrario: no había «razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de la entrada en vigor de las mismas» (FJ 5)⁶⁰.

El primer pronunciamiento explícito sobre la cuestión analizada se adoptó en la STC 45/1989, de 20 de febrero, que constituye también la primera declaración de inconstitucionalidad sin nulidad: declaró inconstitucional la sujeción conjunta de la unidad familiar al IRPF. La importancia de la STC 45/1989 (ponente: Francisco Rubio Llorente) en la fundamentación dogmática de la ruptura del binomio inconstitucionalidad-nulidad y en la renovación de la jurisprudencia constitucional ha sido ampliamente reconocida en la doctrina. Ello no impidió que se formularan críticas a la fundamentación de la doctrina que se incorporaba a la jurisprudencia y a su aplicación a los hechos del caso concreto⁶¹.

potestades del juez para conservar efectos de la ley inconstitucional «están ínsitas en las propias facultades jurisdiccionales consustanciales a cualquier Juez o Tribunal» (*ibid.*, p. 350, en nota). Desarrolla una tesis similar para la jurisdicción contencioso-administrativa J. M. BAÑO LEÓN (2019), «La competencia jurisdiccional para concretar los efectos de la anulación de reglamentos y planes», *Revista de Administración Pública*, núm. 210, pp. 43-68, especialmente p. 55: «ninguna norma de la Ley de Procedimiento [Administrativo] dice que el juez no pueda fijar el alcance de la declaración de nulidad, sea de actos nulos o anulables».

⁵⁹ Sobre esa sentencia se volverá en el texto.

⁶⁰ Crítica esa inversión de la regla general de la retroactividad: X. PIBERNAT DOMÈNECH (1987), «Los efectos», p. 979.

⁶¹ R. ALONSO GARCÍA (1989); E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), «Un paso importante en 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, pp. 5-18; J. J. ZORNOZA (1989), «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el I. R. P. F. (Comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, pp. 190-196; M. J. MONTORO CHINER (1990), «Protección de la familia y fiscalidad (a propósito de la STC 45/1989, de 20 de febrero)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, pp. 223-238; M. C. BLASCO SOTO (1995), pp. 320-351; J. JIMÉNEZ CAMPO (1997), p. 43 («muy relevante paso de asimilar los efectos de la firmeza administrativa a los de la cosa juzgada»); Á. GARRORENA MORALES (1999), pp. 363-364; M. GONZÁLEZ BEILFUSS (2000), pp. 35, 40; Á. GÓMEZ MONTORO (2001), «Art. 39», p. 583, y «Art. 40», p. 616; M. D. MAS BADÍA (2017), «El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad

En el FJ 11 de la sentencia se realizaron varios pronunciamientos relevantes sobre el alcance de los efectos, y es a ella a la que generalmente se remiten todas las sentencias posteriores. Estos fueron, sintéticamente, esos pronunciamientos:

- La LOTC no faculta al Tribunal Constitucional a aplicar o diferir el momento de efectividad de la nulidad, «a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre»⁶². Como veremos, siete años después el Tribunal se olvidará de este argumento y abrirá paso a la nulidad diferida.
- La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad no es necesaria. Según el Tribunal, «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». Nótese que la desconexión entre inconstitucionalidad y nulidad, al igual que la nulidad diferida, tampoco está prevista en la LOTC. Sin embargo, el Tribunal no vio impedimento alguno para adoptar el pronunciamiento de inconstitucionalidad sin nulidad⁶³.
- Los efectos de la nulidad «en lo que toca al pasado» no vienen «definidos» por la LOTC, «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». Tanto la primera justificación (falta de definición legal de los efectos) como la última («no tiene el mismo contenido») son endeble⁶⁴, pero serán cruciales para fundamentar en adelante

de las leyes civiles. Especial referencia a las valencianas», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, pp. 339-344; y J. L. REQUEJO PAGÉS (2022), «El Tribunal Constitucional de España», p. 330.

⁶² Lo critica R. ALONSO GARCÍA (1989), p. 264.

⁶³ En un escrito no jurisdiccional un poco anterior, el ponente de la sentencia había considerado incompatible la modalidad «en un sistema en el que se atribuye a las decisiones del juez constitucional naturaleza declarativa y eficacia *ex tunc*». Vid. F. RUBIO LLORENTE (1988), «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, p. 37.

⁶⁴ La primera fundamentación ha sido criticada por R. ALONSO GARCÍA (1989), p. 263; M. C. BLASCO SOTO (1995), pp. 341-342; J. JIMÉNEZ CAMPO (1997), p. 44; Á. GÓMEZ MONTORO (2001), p. 616; y F. FERNÁNDEZ SEGADO (2008), p. 194; y la segunda, por M. BELADÍEZ ROJO (1994), p. 356. La fundamentación en general es criticada también por otros autores. Para J. J. ZORNOZA (1989), p. 193, el Tribunal recurre a «una explicación un tanto abstracta y difícilmente aprehensible, intentando de ese modo suplir la falta de un apoyo normativo claro para su decisión». En realidad, el segundo argumento no es incorrecto: con palabras muy parecidas lo formula E. MARÍN PAGEO (1990), *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, p. 355. Lo incorrecto es la deducción: de

una facultad implícita para precisar el alcance de la categoría de la nulidad, básicamente los efectos temporales de sus sentencias.

En suma, los tres puntos importantes de la sentencia son: exclusión «por motivos de legalidad» de la nulidad diferida, aceptación de la inconstitucionalidad sin nulidad y facultad de limitar los efectos de la nulidad. A partir de la STC 45/1989 esa facultad se convertirá en doctrina consolidada, y la invocación de dicha sentencia servirá habitualmente como paso previo y forma ritual para precisar el alcance de los efectos⁶⁵. Así, la STC 128/1994 afirmó que la LOTC «“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” (STC 45/1989)». Y más recientemente, en la STC 65/2020, de 18 de junio, se asevera que «[c] orrespondiendo a este tribunal precisar los efectos de la nulidad (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11), razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) imponen en este caso acotar todavía más esos efectos» (FJ 17).

1.3. *El fundamento de la limitación de efectos*

Frente a la contención de la primera década, la STC 45/1989 inauguró una profusa práctica jurisprudencial de limitación de efectos, que llega hasta nuestros días⁶⁶. No obstante, la jurisprudencia constitucional nunca se ha detenido a reflexionar sobre el significado y el fundamento de la limitación de efectos. La reflexión quizá más elaborada se encuentra en la STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 8:

«Ahora bien, la declaración de nulidad no ha de presentar siempre y necesariamente el mismo alcance. En efecto, la vigencia simultánea de los

la variabilidad de la noción de nulidad a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico no se deduce que el Tribunal puede modular libremente los efectos de sus declaraciones de nulidad, sino, todo lo más, que la noción de nulidad debe construirse de forma autónoma en el ámbito del Derecho constitucional.

⁶⁵ En la jurisdicción ordinaria la doctrina de la STC 45/1989 se ha interpretado en ocasiones erróneamente como una doctrina incondicionalmente favorable a la conservación de todos los actos firmes dictados al amparo de una norma declarada nula. *Vid.*, entre otras, la STS de 27 de junio de 1989 (Ar. 5989). En otras ocasiones, en cambio, la interpretación ha sido justamente la opuesta, basándose en el art. 40 LOTC: la de que todos los actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional deben considerarse nulos de pleno derecho. *Vid.*, entre otras, la STS de 15 de julio de 2000 (Ar. 7423). Ambas líneas jurisprudenciales son erróneas: intentan instrumentalizar elementos del sistema constitucional de efectos.

⁶⁶ J. JIMÉNEZ CAMPO (1997), pp. 43-45, se muestra crítico con esa práctica jurisprudencial.

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 declaración de nulidad puede proyectar sobre los diversos bienes constitucionales. Así, en el caso que nos ocupa, la declaración de invalidez de un precepto legal, por vulneración del orden constitucional de competencias, 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».

En el fragmento transcrito, el Tribunal parece apostar por una metodología centrada en las consecuencias de la nulidad, para activar su facultad de limitar efectos. En una primera fase se prestaría atención a las consecuencias posibles de la declaración de nulidad para bienes constitucionales; y en una segunda fase se debería explorar qué bienes y valores constitucionales pueden oponerse a esas consecuencias, con una fuerza suficiente para justificar una limitación de efectos que evite esas consecuencias. La conclusión es clara: sin perjuicios injustificados o desproporcionados a bienes constitucionales no debería haber limitación de efectos. Con ello se mitigaría la crítica efectuada a la «extensión indiscriminada» de la excepción de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad a los actos administrativos firmes⁶⁷.

Por tanto, las eventuales excepciones a la regla general de la nulidad *ex tunc* deben fundamentarse en un principio o bien constitucional que obligue o permita evitar las consecuencias que de otra forma se derivarían de aplicar el principio de supremacía de la Constitución en toda su extensión, también desde la perspectiva temporal⁶⁸.

⁶⁷ Crítica que realizan, por ejemplo, J. J. INIESTA DELGADO y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2000), p. 174 en nota.

⁶⁸ La doctrina mayoritaria coincide en este punto: R. ALONSO GARCÍA (1989), pp. 263-264; M. BELADIEZ ROJO (1994), p. 341; Á. GÓMEZ MONTORO (2001), «Art. 40», p. 616. BELADIEZ rechaza que «en nuestro Derecho se pueda admitir esta limitación de la retroactividad de la sentencia fundamentándola en una libre ponderación de intereses realizada por el Juez», pues «aunque es él quien debe decidir la incidencia temporal de los efectos de la sentencia, esta decisión no podrá justificarla en una libre valoración de los intereses en juego, sino que ha de realizarla atendiendo a la valoración que de los mismos realice la norma fundamental» (*ibid.*, p. 348). También L. M. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001), p. 278: «apartarse del dogma establecido exige que haya poderosas razones [...] y, sobre todo, que el TC intente construir una coherente doctrina jurisprudencial al respecto».

El problema es que no siempre se encuentra una fundamentación específica de la limitación de efectos que realizan las sentencias⁶⁹. A menudo se confunde con la cuestión de la justificación de la facultad jurisdiccional para realizar esa limitación, reiterándose la afirmación de la STC 45/1989 de que «la Ley [...] deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance». En las exposiciones doctrinales y jurisdiccionales del estado de la cuestión, el foco de atención se suele poner en el carácter *habilitante* de la STC 45/1989 (o, al menos, de la interpretación allí acogida), no en la necesidad de una justificación de cada decisión de limitación de efectos, en tanto excepción a la regla general: como si a partir de dicha sentencia no fuera necesario justificar las decisiones limitativas del alcance de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad. Al no proporcionar la LOTC una pauta orientativa y, sobre todo, al no imponer explícitamente una obligación de fundamentación, similar a la que existe en el ordenamiento portugués⁷⁰, el Tribunal alude a una diversidad de situaciones o exhibe una panoplia de argumentos, algunos de carácter general y otros *ad hoc*, de diversa fuerza persuasiva, o incluso prescinde de cualquier explicación.

La extensión de la ratio del art. 40.1 LOTC a las situaciones jurídicas consolidadas mediante acto administrativo firme se fundamenta habitualmente en la jurisprudencia constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado por el art. 9.3 CE. El principio de seguridad jurídica es, sin duda, un límite a la retroactividad en todo caso: de las normas, los actos y las sentencias. Sin embargo, la simple invocación del principio de seguridad jurídica no proporciona suficiente fundamentación para acordar la limitación de la retroactividad de la nulidad, en un sistema en el que el legislador ha optado por la nulidad *ex tunc* como regla general. Debe justificarse por qué la seguridad jurídica requiere en el concreto caso la limitación de efectos pretendida en derogación de la citada regla general⁷¹.

⁶⁹ M. C. BLASCO SOTO (1995), p. 349, crítica la ausencia de «método jurídico que garantice la objetividad de la decisión» y la adopción de «una decisión coyuntural que atiene de más [...] a criterios políticos que jurídicos». Más comedido, Á. GARRORENA MORALES (1999), p. 364, señala que el Tribunal fija «con bastante libertad» el exacto alcance de la retroactividad. Sobre los problemas de justificación a partir de principios jurídicos *vid.* C. VIVER PI-SUNYER (2001), pp. 18-21.

⁷⁰ «Cuando así se requiera por seguridad jurídica, por razones de equidad o de interés público de singular relevancia, que deberá ser fundamentado, el Tribunal Constitucional podrá fijar los efectos de la inconstitucionalidad o ilegalidad con carácter más restringido del previsto en los apartados 1 y 2» (art. 282.4 de la Constitución portuguesa de 1976).

⁷¹ En el mismo sentido Á. GÓMEZ MONTORO (2001), «Art. 40», p. 620.