

UN AÑO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA FIJACION JURISPRUDENCIAL DE SU FUNCION Y COMPETENCIAS. EL CONCEPTO DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA *

POR

DIEGO LOPEZ GARRIDO

Profesor agregado interino de Derecho político
Universidad Autónoma de Madrid

En el primer año de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TC), desde su constitución en julio de 1980, ha habido una tarea prioritaria en su labor interpretadora: la fijación de su ámbito funcional y competencial, lo que, según el artículo 4.2 de su ley reguladora (LOTIC), es, a su vez, competencia, valga la redundancia, del propio Tribunal. Esta prioridad, que se aprecia como una somera lectura de las sentencias hasta ahora emitidas, es muy lógica, precisamente por la ausencia de precedentes.

El TC se ha apresurado a encontrar, delimitar y fijar su sitio. Tarea a la que le han ayudado los propios recurrentes, que han mostrado la novedad de la jurisdicción constitucional planteando a menudo pretensiones imposibles de satisfacer, formalmente siquiera, por el Alto Tribunal.

El objeto de este trabajo es, pues, estudiar aquellos aspectos de la jurisprudencia del TC que han incidido en ese trabajo prioritario: la fijación de su competencia, así como las posturas discrepantes que al respecto ha habido en el seno del Tribunal, reflejadas en enjundiosos votos particulares. Se trata de un estudio exhaustivo sobre todos los autos dictados en 1980 y todas las sentencias emitidas en los seis primeros meses de 1981.

I. LA FUNCION DEL TC: LOS PRINCIPIOS BASICOS

El TC ha establecido, ante todo, grandes principios en que asentar su importante misión.

1. El punto de partida ha sido destacar la posición suprema de la Constitución en el ordenamiento jurídico, como «norma cualitativamente distinta de las demás por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento

* Trabajo presentado en el Congreso de Ciencia Política, celebrado en Sevilla en octubre de 1981.

jurídico». *La Constitución como norma fundamental* y fundamentadora de todo el orden jurídico (STC de 31 de marzo de 1981, Rec. Amp. núm. 107/80, II.2) **.

2. A partir de ahí el TC ha señalado la *aplicabilidad inmediata*, no sólo de los preceptos concretos de la Constitución, sino *de sus principios básicos* (STC de 8 de junio de 1981, R. A. 101/80, II.5), entre los que están incluidos los principios generales del derecho plasmados en la Constitución, que «forman parte» de la misma y participan de su «fuerza derogatoria» (STC de 2 de febrero de 1981, R. A. núm. 186/80, II.1.3); así, por ejemplo, el *non bis in idem* (STC de 30 de enero de 1981, R. A. núm. 90/80, II.4).

3. La Constitución, para el TC, incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una «interpretación finalista» de la norma fundamental (STC de 8 de junio de 1981, R. A. núm. 101/80, II.2).

Pues bien, el Tribunal Constitucional (que no forma parte del Poder Judicial, según señala la STC de 31 de marzo de 1981, R. A. núm. 107/80, II.1.A), es el «*intérprete supremo*» de la Constitución (art. 1.º LOTC), de manera que su interpretación «se impone a todos los poderes públicos»; es decir, le corresponde el *afirmar el principio de constitucionalidad* (STC de 26 de enero de 1981, R. A. núm. 65/80, II.2).

4. El TC es intérprete supremo de la Constitución, «no legislador», y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre *adecuación o no de las normas a la Constitución* (STC de 13 de febrero de 1981, Rec. Inconst. número 189/80, II.6)¹.

5. Las sentencias del TC, por su valor *erga omnes*, actúan así realizando la función de *depurar el ordenamiento* (STC de 2 de febrero de 1980, R. I. número 186/80, II.1.D); función resultado de la colaboración con los órganos del poder judicial al plantear éstos la cuestión de inconstitucionalidad (STC de 1 de junio de 1980, Cuestión inconst. núm. 231/80, II.1.1)².

6. El TC es, en fin, el *defensor jurídico de la Constitución* por excelencia por sustraerse al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley ordinaria

** (II.2) remite al correspondiente apartado de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

¹ Para los magistrados Latorre, Díez de Velasco y F. Viagas, ello incluye la reducción de ambigüedad del texto constitucional (voto particular a STC de 13 de febrero de 1981, R. I. número 189/80). La función interpretativa del TC adquiere una importante dimensión, que resalta el voto particular, cuando aplicando el «principio de conservación de la norma», establece cuál es el sentido en que debe ser interpretada ésta para no colisionar con la norma fundamental.

El TC trata el tema de las sentencias interpretativas con gran prudencia, considerando no puede ser objeto de pretensión por los recurrentes (II.6).

² Esta función de depuración del ordenamiento, es invocada por el TC para atribuirse la facultad de fijar cuáles materias de una Ley orgánica pueden ser modificadas por las leyes ordinarias, por tratarse de materias «conexas» (STC de 13 de febrero de 1981, R. I. número 189/80, II.21).

posterior a la Constitución. Pero el TC, añade la importante sentencia antes citada (1 de junio de 1980), es por ello mismo, al tiempo, *defensor de la ley* (II.1).

Esta *defensa de la Constitución* se realiza incluso a través del recurso de amparo, como se encarga de destacar agudamente la STC de 26 de enero de 1981 (R. A. núm. 65/80, II.2). La finalidad esencial del recurso de amparo, la protección de los derechos y libertades, se completa con otra: la defensa de la Constitución, dice la sentencia, «sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular».

7. Todo ello al servicio de dos importantes misiones del TC de indudable incidencia social. La primera, la *protección de los derechos y libertades* frente a las vulneraciones de los mismos operadas por los «poderes públicos» y «los órganos del Estado» (Auto de 13 de octubre de 1980)³. La segunda, la fijación de «los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas *opciones políticas*» (STC de 2 de febrero de 1981, R. I. número 186/80, II.2), en el marco más amplio de acción (STC de 8 de abril de 1981, R. I. núm. 192/80, II.7).

II. LA COMPETENCIA «RATIONE MATERIAE». EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO JUEZ CONSTITUCIONAL DE LA LEY

1. *El Tribunal Constitucional es juez de la norma*

El TC, en una de sus sentencias, hace una declaración muy expresiva —y en nuestra opinión muy discutible por desmesurada— cuando afirma que sólo a este Tribunal corresponde «enjuiciar el *Poder legislativo* en el ejercicio de su función peculiar» (STC de 2 de febrero de 1981, R. I. núm. 186/80, II.1.D).

Ciertamente, tal expresión pudiera intercambiarse por «enjuiciar la ley», o, mejor, enjuiciar el «texto legal» concreto más que la «norma como mandato», según sutilmente señala el TC en su STC de 8 de abril de 1981 (R. I. núm. 192/80, II.4). El TC, en todo caso, se muestra perfectamente consciente de la gravedad de una sentencia declarando la inconstitucionalidad de una norma «que emana de la voluntad popular a través de sus representantes» (STC de 1 de junio de 1981, C. I. núm. 231/80, II.1). La ley, señala el TC, como emanación de la voluntad popular, sólo puede ser, en principio, derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y sólo para el caso en que aquélla infrinja la norma fundamental se ha dado al Tribunal la potestad de anularla; «esta potestad sólo puede ser utilizada, sin embargo, cuando así lo exigen razones muy graves y sólidas... cuando estas

³ El voto particular del magistrado Tomás y Valiente a la STC de 13 de febrero de 1980, en relación con el Rec. Inconstit. contra la LOECE, advierte sobre la imposibilidad de recurrir en amparo contra violaciones de la Constitución por sujetos que no sean «poderes públicos». Todo ello plantea el gran problema de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros.

razones graves y sólidas no existen, el respeto al legislador exige que este Tribunal se abstenga de pronunciamiento alguno (*ibid.*, II.4).

El TC, en evitación de vacíos normativos, ha mantenido también un criterio de prudencia, «marginando situaciones fáciles apoyadas en la efectividad de la disposición derogatoria» (STC de 26 de enero de 1981, R. A. número 65/80, II.10), a la hora de declarar inconstitucionales las leyes objeto de recurso, incluso respecto de las leyes anteriores a la Constitución, cuya inconstitucionalidad *sobrevenida* «sólo procede declararla en aquellos casos en que las normas preconstitucionales (...) no pueden interpretarse de acuerdo con la Constitución por ser de un contenido incompatible con la misma»... (STC de 2 de febrero de 1981, R. I. núm. 186/80, II.5; véase también II.1.B).

2. *El Tribunal Constitucional no es juez del caso*

El TC ha seguido una reiterada jurisprudencia sobre recursos de amparo en el sentido de que el TC no es juez del caso (STC de 30 de marzo de 1981, R. A. núm. 124/80, II.2). En efecto, el recurso de amparo no es, dice el TC, un recurso de revisión del derecho aplicado por jueces y tribunales (autos de 22 de diciembre de 1980, Sala 1.^a, y de 26 de noviembre de 1980); no es una nueva instancia (STC de 30 de enero de 1981, núm. 90/80, II.7.a); es un «proceso constitucional» (auto de 26 de noviembre de 1980, Sala 1.^a). El TC no puede «valorar la forma en que los órganos del Poder Judicial en general y en particular el Tribunal Supremo, interpretan y aplican las leyes, en tanto no se violen las garantías constitucionales» (STC de 18 de mayo de 1981, cit.).

En relación con esta línea jurisprudencial, se ha manifestado alguna postura discrepante en el seno del Alto Tribunal con motivo de una cuestión de constitucionalidad. El voto particular de los magistrados Rubio Llorente y Díez-Picazo a la sentencia de 29 de abril de 1981, basa su discrepancia precisamente en que en dicha sentencia, en opinión de los citados magistrados, el TC cae en la tentación de juzgar el caso más que la norma.

El origen de la sentencia es una cuestión de constitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso de Sevilla en relación con el artículo 365.1 de la Ley de Régimen Local. Artículo que estaba derogado por el Real Decreto-ley 3/1981, lo que daba pie al voto particular para rechazar su enjuiciamiento por el TC, «pues mal puede el Tribunal depurar el ordenamiento y expulsar de él a aquello que ya no se encuentra en el propio ordenamiento».

En el voto particular se admite que el TC entre a conocer de normas ya derogadas —aunque sólo para las posteriores a la Constitución—. La sentencia del TS no admite las limitaciones temporales del voto particular, sin perjuicio de aceptar la posibilidad, y hasta la oportunidad, de que los jueces apliquen el principio de la derogación de la norma por la Constitución sin necesidad de acudir a un juicio de constitucionalidad (II.3). La argumentación de la sentencia parece impecable:

La función principal de los procesos de constitucionalidad, cual es la defensa objetiva de la Constitución, el afirmar su primacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma, excluyendo del ordenamiento a las disconformes con la Constitución, ha perdido ya interés principal en el presente proceso, porque, al menos, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/1981, no podrá acudir al artículo 365.1.

(...) Pero la derogación de la norma impugnada, caso de su vigencia después de la Constitución, no priva de razón de ser al proceso constitucional (...) porque la sustitución de la norma del artículo 365.1 por la del artículo 8.º del Real Decreto-ley 3/1981, deja en pie el efecto derogatorio que, respecto de aquel precepto, pudo producir la promulgación de la Constitución.

En realidad, aquí el TC lo que realiza es un juicio de confrontación entre el derogado artículo 365.1 de la Ley de Régimen Local y la Constitución, una confrontación entre ley y Constitución, no entre el caso litigioso y la Constitución, como quizá infiere el voto particular. Lo que sí hace el TC es *tener en cuenta para su fallo las características del caso*, es decir, los efectos jurídicos que pueden haberse dado en un período de tiempo concreto, desde la promulgación de la Constitución hasta la derogación legal del artículo 365.1.

Esto es algo diferente de entrar a juzgar el caso; sin rechazar de plano la cuestión planteada con el argumento frío de que la norma cuestionada está ya derogada. Es decir, el TC no ha olvidado en su sentencia la realidad fáctica, sin por ello dejar de moverse en su ámbito competencial.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL JUEZ DE LA LEY ANTERIOR A LA CONSTITUCION: LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA

El problema quizá más importante planteado en las primeras sentencias del TC sobre el ámbito competencial de éste, ha sido el que se refiere al enjuiciamiento de las normas anteriores a la Constitución, y al efecto jurídico que ésta tiene sobre aquéllas: derogación o inconstitucionalidad (en este caso «sobrevenida»). Lo que va unido a la fijación de la competencia del TC en relación con los jueces ordinarios.

Este ha sido un tema controvertido en el seno del propio TC, y planteado fundamentalmente en dos sentencias: la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del régimen local (STC de 2 de febrero de 1981) y la que resuelve la cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 365.1 de la LRL (STC de 29 de abril de 1981). En ambos casos, como se ve, se cuestionan leyes anteriores a la promulgación de la Constitución. Vamos a hacer referencia primero al tema del ámbito competencial del TC respecto de los jueces y tribunales, y a continuación al concepto de inconstitucionalidad sobrevenida. Ambas cuestiones van íntimamente ligadas.

1. *Ambito competencial del TC respecto de los jueces y tribunales*

La sentencia antes mencionada de 2 de febrero de 1981 hace la siguiente distribución de competencias del Tribunal Constitucional en relación con los Tribunales ordinarios:

a) Frente a las leyes posteriores a la Constitución, el Tribunal Constitucional ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución.

b) Frente a las leyes anteriores a la Constitución, los jueces ordinarios pueden inaplicarlas por entenderlas contrarias a la Constitución sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional, en base a la disposición derogatoria tercera de la misma.

Esto no implica que el Poder Judicial enjuicie al Poder Legislativo, o juzgue su hipotética acción inconstitucional respecto a una Constitución entonces «inexistente»; simplemente se trata de una aplicación de la Constitución.

c) La razón por la cual el Tribunal Constitucional puede concurrir con los Tribunales ordinarios para declarar la derogación o no de las leyes anteriores a la Constitución, a través del fallo en un proceso de inconstitucionalidad, es la de que sus sentencias —dado su valor frente a todos— tienen el importante efecto de depurar el ordenamiento, resolviendo de manera definitiva y con carácter general (II.1.D).

Esta distribución competencial es asimilable en términos generales a la realizada por el Tribunal italiano⁴.

El voto particular del magistrado Rubio Llorente discrepa de que esta sentencia declare derogadas parcialmente leyes anteriores a la Constitución: esta función de fijación de la norma *vigente*, dice, es típica y exclusiva de los Tribunales ordinarios. Lo mismo que la función de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución, y su expulsión del ordenamiento es típica y exclusiva del TC. Admite el voto particular que el TC pueda rectificar la interpretación defectuosa de leyes anteriores a la Constitución, realizada por los órganos del Poder Judicial, a través del recurso de amparo y de la cuestión de inconstitucionalidad; pero no a través de un recurso *directo de inconstitucionalidad*⁵.

Porque, según el voto particular, lo que monopoliza el TC es la potestad de expulsar del ordenamiento leyes inconstitucionales, pero no su enjuiciamiento constitucional que pueden también llevarlo a cabo los Tribunales ordinarios, los cuales poseen la «competencia exclusiva» para decidir cuál es la ley *vigente*. En consecuencia, aboga por el reconocimiento de esa com-

⁴ El Tribunal alemán excluye la posibilidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Véase F. Llorente Hurtado, «Notas sobre jurisprudencia constitucional», en *Revista La Ley*, núm. 180, 1981, pág. 3.

⁵ Esta es también la tesis sustentada por M. Aragón Reyes en «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero 1981, págs. 185 y sigs.

potencia exclusiva de jueces y tribunales para juzgar sobre adecuación a la Constitución de las leyes anteriores a la misma.

El criterio del citado voto particular está reiterado en términos generales en el suscrito por los magistrados Rubio Llorente y Díez-Picazo a la sentencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad referida al artículo 365.1 de la LRL, cuando señala que la competencia para «resolver el momento en que una norma ha dejado de pertenecer al ordenamiento» no es tema del TC, sino de los Tribunales ordinarios.

En el fondo, la citada posición veda al Tribunal Constitucional la posibilidad de declarar *derogadas* las leyes inconstitucionales. Pero, sobre todo, niega al TC la posibilidad de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, lo que implica conceder una fuerza reduplicada a las normas producidas bajo la legalidad política anterior, en relación con las leyes aprobadas por las Cortes Generales surgidas de la legalidad constitucional.

Las leyes preconstitucionales serían así especialmente inmunes al control de constitucionalidad, y a la función de depuración del ordenamiento que el TC tiene encomendada. Lo que entra en contradicción, como antes he señalado, con el sentido transformador y de *ruptura legal* con que la Constitución de 1978 nace.

2. La inconstitucionalidad sobrevenida

La sentencia sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la LRL se resume en lo siguiente: la Constitución es una ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. La coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la *inconstitucionalidad sobrevenida* de las leyes preconstitucionales que se opongan a la Constitución y, de otra, a su pérdida de vigencia, es decir, su derogación (II.1.A).

El voto particular del magistrado Rubio Llorente discrepa con el concepto de inconstitucionalidad sobrevenida, que juzga «híbrido y contradictorio» entre dos instituciones jurídicas: inconstitucionalidad y derogación, cuya respectiva naturaleza es perfectamente distinta y nítida: «La derogación es simple resultado de la sucesión de normas en el tiempo, la inconstitucionalidad, por el contrario, resulta sólo de la contradicción entre la Constitución y una norma *posterior* a ella» (el subrayado es mío).

Esta importante disparidad de criterios ha sido posteriormente, al parecer, aplacada, pues en diversas sentencias el TC ha reafirmado el concepto acuñado de inconstitucionalidad sobrevenida. En primer lugar, desde una posición estrictamente teórica, en la sentencia sobre el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 17/77, regulador del derecho de huelga (ponente: Díez-Picazo), en dos párrafos que merecen ser reproducidos en su totalidad:

«El argumento que en este punto utiliza el abogado del Estado es que, al ser nuestra Constitución una norma directamente aplicable y

contener una disposición derogatoria de toda la legislación anterior que la contradiga, el problema que plantea el ajuste entre la legislación anterior y la Constitución es una cuestión de vigencia o de derogación. Por ello, según el abogado del Estado, la pregunta relativa a si una ley derogada es conforme o no con la Constitución carece de sentido.

Sin embargo, frente a este argumento que, a primera vista, parece poseer una contundente fuerza lógica, hay que señalar que no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de la constitucionalidad, porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino simplemente la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad» (II.2).

Las consecuencias de este concepto de inconstitucionalidad sobrevenida no son puramente teóricas. Su utilización tiene una eficacia social también indudable y supone imprimir a la Constitución, y al nuevo sistema jurídico-político, en definitiva, una especial profundidad en su *fuera transformadora*, en su vis innovadora del ordenamiento jurídico.

En efecto, como se señala en la sentencia de 31 de marzo de 1981 (R. A. núm. 47/80, II.7) y en la de 29 de abril de 1981 (C. I. núm. 17/81, II.4), la inconstitucionalidad sobrevenida afecta a la *validéz* de la norma y, por tanto, produce unos efectos retroactivos mucho más intensos que los derivados de la mera derogación⁶. Porque tal «invalidéz sobrevenida» puede producir efectos en situaciones que, aunque surgidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, produzcan efectos con posterioridad a esta fecha⁷. «Es precisamente la superioridad o supremacía absoluta de la Constitución la que permite

⁶ Efectos retroactivos expresamente no reconocidos al *principio de legalidad* y al *principio de reserva de ley* (STC de 7 de marzo de 1981, R. A. n.º 238/80, II.7, y 8 de abril de 1981, R. I. n.º 192/80, 5).

⁷ Rodríguez Oliver abunda en este criterio: «No se trata de 'un concepto híbrido y contradictorio' como se dice en el voto particular, sino que consiste en una fórmula instrumental, cuyo sentido no es más que permitir que el Tribunal Constitucional sea quien, en determinados y justificados casos, declare por sí mismo la derogación de ciertas normas anteriores a la Constitución como una manifestación más de misión de interpretarla y garantizar su primacía (arts. 1.1.º y 27.1 LOTC)» («La 'inconstitucionalidad sobrevenida'; el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981», en *Revista La Ley*, año II, núm. 170, pág. 2).

extender la aplicación de la misma a la regulación de tales situaciones», dice la STC de 6 de abril de 1981 (R. A. núm. 47/80, II.7)⁸.

En este criterio retroactivo se ha apoyado el TC para proteger la esfera jurídica lesionada de determinados recurrentes en amparo ante el mismo. Así, los efectos de disposiciones de los poderes públicos tomadas antes de la Constitución, y no ilegales entonces, se transforman en *inconstitucionales* después de la promulgación de la misma. Lo señala expresamente la STC de 31 de marzo de 1981 (R. A. núm. 107/80, II.1.F y II.3):

La cuestión suscitada puede resolverse teniendo en cuenta que para delimitar el período a que alude la disposición transitoria segunda 1, de la LOTC —que no precisa si dicho período comprende o no actuaciones anteriores a la Constitución— ha de acudirse, ciertamente, a una interpretación de la ley no exenta de dificultades, ya que si, por un lado, es lógico pensar que la observancia del orden constitucional no puede exigirse con anterioridad a su existencia, por otro, puede también pensarse en la conveniencia de que no prevalezcan actuaciones anteriores que resulten —evaluadas *a posteriori*— contrarias al mismo, siempre que, naturalmente, no hayan agotado sus efectos (...)

Pues bien, las anteriores consideraciones permiten afirmar que el mero hecho de que una pretensión de amparo se fundamente en un acto de un órgano judicial anterior a la Constitución no es suficiente por sí mismo para afirmar que la demanda carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional (...)

... es claro que la Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución.

El problema del concepto de la inconstitucionalidad *sobrevenida*, origen al parecer de toda la polémica en el seno del Tribunal, se nos antoja en buena medida un falso problema. En realidad, con la introducción del calificativo

⁸ Desde otra perspectiva se ha advertido a este respecto: «Toda declaración de inconstitucionalidad de una norma anterior a la Constitución presenta la curiosa particularidad de que la anulación que comporta no presenta los caracteres propios de la nulidad radical —que ha de ser la lógica reacción ante un vicio de tal gravedad como es la contrariedad a la Constitución—, sino que, por el contrario, aquella anulación sólo retrotrae sus efectos precisamente al momento de la entrada en vigor del texto constitucional, porque, evidentemente, no destruye los que la norma produjo con anterioridad a dicha entrada en vigor» (P. A. Jiménez Luna, «Derogación expresa e inconstitucionalidad sobrevenida; una importante sentencia del Tribunal Constitucional», en *Revista La Ley*, año II, núm. 126, pág. 2).

«sobrevvenida» el TC ha inducido a pensar que ha producido una nueva figura distinta de la inconstitucionalidad «a secas»; lo que, a su vez, ha permitido que el voto particular tantas veces citado critique, a mi juicio en este punto acertadamente, la creación de un *tertium genus* entre las figuras de inconstitucionalidad y derogación. Esta crítica es acertada, no obstante, sólo en cuanto crítica *abstracta* de una hipotética tercera figura híbrida entre la inconstitucionalidad y la derogación, que en mi opinión no existe; pero es errónea, pienso, en cuanto discrepancia *concreta* con la solución que el Tribunal da al caso del enjuiciamiento de las leyes anteriores a la Constitución.

En efecto, la llamada inconstitucionalidad sobrevvenida no puede tener sino la misma naturaleza jurídica que la inconstitucionalidad sin más. Es decir, la inconstitucionalidad que «sobreviene» a determinadas normas anteriores a la Constitución cuando ésta empieza a regir no puede ser de diferente esencia que la inconstitucionalidad de leyes dictadas con posterioridad a la promulgación del texto fundamental. Se trata en los dos casos de la misma figura jurídica: la inconstitucionalidad, que se diferencia de la derogación en que las leyes aquejadas por aquella «enfermedad» tienen un vicio de legalidad radical, profundo, *estructural* diríamos. Es decir, la contradicción con la Constitución es en ese caso antagónica, insubsanable, es una enfermedad incurable. Por ello, la sanción jurídica es la *nulidad*, o sea, la negación de la vigencia de la ley desde su mismo nacimiento, con la eficacia retroactiva que tal efecto lleva aparejada. Por el contrario, la mera derogación es la consecuencia pura y simple de la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, y no es portadora en sí misma de los efectos de la nulidad, *ex tunc*, porque no es el producto de un vicio estructural o *congénito*, hablando en términos biológicos, sino de una pura alternancia de normas —normalmente del mismo rango jerárquico— que ha producido, por tanto, un vicio en una etapa posterior de la vida de la ley. La inconstitucionalidad actúa entonces con una fuerza retroactiva, depuradora, que no puede ser producida por la mera derogación.

El voto particular apunta la incongruencia que supone que una ley anterior a la Constitución cuyo contenido sea incompatible con ésta y que, por tanto, haya sido derogada ya por la disposición derogatoria tercera del texto fundamental, pueda *luego* ser declarada inconstitucional por el TC; es decir, que éste no podría expulsar del ordenamiento jurídico lo que ya no está en él.

Aquí radica, a mi modesto entender, la debilidad conceptual de fondo del voto particular; porque según él habría que entender que la inconstitucionalidad y la derogación son dos efectos jurídicos que operan en una relación *cronológica* en las normas preconstitucionales: primero aparecería la derogación, después la inconstitucionalidad, que ya no sería posible pues actuaría sobre el vacío jurídico. Pero la relación realmente existente entre esas dos figuras no es una relación cronológica, sino una relación *lógica*. De modo que la entrada del texto constitucional en el ordenamiento jurídico, con toda su fuerza innovadora y trasformadora, produce simultáneamente en las leyes anteriores incompatibles con su contenido los dos efectos jurídicos en cuestión: la inconstitucionalidad, a causa de una discrepancia estructural con la Constitución, y la derogación, en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria tercera —disposición, por cierto, que en sus estrictos términos contiene realmente una

tautología: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.»

Estos dos efectos jurídicos, inconstitucionalidad y derogación, se producen, en suma, *ipso facto*, *ope legis*, instantánea y simultáneamente, en el primer momento de vida del texto constitucional. Y pueden operar al tiempo precisamente porque son dos figuras heterogéneas en su naturaleza, cuyos espacios se cruzan, pero no se interfieren. La tesis de la incompatibilidad de ambas parece apoyarse tácitamente, por el contrario, en una cierta homogeneidad en las dos figuras, que las haría excluirse mutuamente como los polos eléctricos del mismo signo.

En resumen, a nuestro entender, la capacidad de enjuiciamiento por el TC de las leyes anteriores a la Constitución y su posible declaración de inconstitucionalidad —*erga omnes*— es una solución jurídicamente correcta, y ajustada a la función y competencias de dicho Tribunal, que su jurisprudencia inicial ha intentado fijar en las primeras sentencias nacidas del trabajo de este importante órgano del Estado.