

DELIMITACION DE COMPETENCIAS ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR ORDINARIO EN EL RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD EN LA LEY

MARKUS GONZALEZ BEILFUSS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TORNO AL RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD EN LA LEY: 1. *Restablecimiento de la igualdad a través de la expulsión del régimen discriminatorio.* 2. *Restablecimiento de la igualdad a través de la ampliación del régimen discriminatorio.*—III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD EN LA LEY.—IV. COOPERACIÓN ENTRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LEGISLADOR EN EL RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD: 1. *Técnicas de cooperación en Derecho comparado en relación al restablecimiento de la igualdad.* 2. *Los problemas de la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo.*—V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario constituye uno de los ámbitos más conflictivos de nuestra justicia constitucional. Actualmente, este ya clásico problema no hace referencia tanto a la legitimidad de la propia justicia constitucional como a los límites de su concreta actuación. En España, al igual que en los demás países que cuentan con sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, más o menos periódicamente se pueden oír voces, incluso en el seno del propio Tribunal Constitucional, que consideran que determinadas sentencias del Tribunal han ido más allá del clásico modelo del «legislador negativo» invadiendo, por tanto, competencias propias del legislador. Las sentencias relativas a las pensiones de viudedad de la Seguridad Social (1), a la despenalización parcial del aborto (2) y, más recientemente, a la subrogación

(1) STC 103/1983, de 22 de noviembre; los magistrados Arozamena Sierra y Pera Verdaguer consideran en su voto particular que el Tribunal se ha extralimitado de sus funciones.

(2) STC 53/1985, de 11 de abril; en el mismo sentido, destacan los votos particulares de los magistrados Arozamena Sierra, Díez Picazo, Tomás y Valiente, Rubio Llorente, Latorre Segura y Díez de Velasco.

arrendaticia de las parejas de hecho (3) constituyen los ejemplos más polémicos en este sentido.

El análisis de las sentencias recaídas en sede de control de constitucionalidad durante estos catorce años de jurisprudencia constitucional pone de manifiesto que ha sido el principio de igualdad en la ley, y más concretamente el restablecimiento de la igualdad, el ámbito en que la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario ha resultado ser más conflictiva en la práctica. Ello se desprende tanto del número como de la contundencia de los votos particulares en que algunos magistrados constitucionales consideran que el Tribunal ha llevado a cabo funciones más propias de un legislador positivo que de uno negativo (4). Como es sabido, el modelo de justicia constitucional incorporado en nuestro país responde claramente a la clásica caracterización kelseniana del «legislador negativo» (5). En cuanto institución que ostenta el monopolio de rechazo de las normas con rango de ley, el Tribunal Constitucional debe limitarse a expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas que considere inconstitucionales, restableciendo así de manera unilateral e inmediata la supremacía de la Constitución. El binomio inconstitucionalidad-nulidad positivizado en el artículo 39.1 LOTC constituye, como único fallo posible en relación a las sentencias estimatorias en sede de control de constitucionalidad, la plasmación procesal de dicho modelo.

Frente a este modelo de justicia constitucional, la especial conflictividad del restablecimiento de la igualdad en la ley sólo puede deberse a dos causas que no son incompatibles entre sí: por una parte, que el Tribunal Constitucional se haya excedido de sus funciones guiado por un especial interés en restablecer de manera inmediata la igualdad en la ley; por otra, que el propio modelo de justicia constitucional positivizado en nuestro ordenamiento sea insuficiente para hacer frente al problema del restablecimiento de la igualdad en la ley. Una respuesta en un

(3) STC 222/1992, de 11 de diciembre; votos particulares de los magistrados Rodríguez Bereijo y Gabaldón López.

(4) En este sentido destacan, además de los mencionados votos particulares en relación a las sentencias sobre las pensiones de viudedad (STC 103/1983, de 22 de noviembre) y sobre la subrogación arrendaticia de las parejas de hecho (STC 222/1992, de 11 de diciembre), el voto particular de los magistrados Rubio Llorente y Díez Picazo a la STC 116/1987, de 7 de julio, en relación a los derechos reconocidos al personal de las Fuerzas Armadas de la Segunda República, y aunque en sede de recurso de amparo, el voto particular de los magistrados García-Mon, González-Regueiral y de la Vega a la STC 204/1983, de 7 de noviembre, en relación a las pensiones de viudedad por el fallecimiento de funcionarios civiles con motivo de la guerra civil.

(5) H. KELSEN: «Wesen und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDSiRL), núm. 5, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1929, pág. 54.

sentido u otro únicamente puede obtenerse a partir del análisis de la jurisprudencia constitucional española en este ámbito.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TORNO AL RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD EN LA LEY

El Tribunal Constitucional ha tenido que hacer frente al problema del restablecimiento de la igualdad en la ley siempre que ha considerado que el contenido de una norma era discriminatorio. Aunque la detección de la discriminación y el restablecimiento de la igualdad son dos problemas que desde un punto de vista práctico y lógico aparecen unidos, dogmáticamente son perfectamente escindibles. Prueba de ello es que la doctrina científica ha centrado hasta ahora su atención básicamente en el primero de ellos (6).

El análisis de la jurisprudencia constitucional recaída en este ámbito durante los últimos catorce años (7) pone de manifiesto que ante una norma discriminatoria el Tribunal Constitucional casi siempre ha restablecido unilateralmente la igualdad, dada su condición de garante supremo de la Constitución y la eficacia inmediata del principio de igualdad. Únicamente en dos ocasiones ha rehusado llevar a cabo dicho restablecimiento alegando sus propios límites funcionales de actuación (8). El Tribunal Constitucional ha desempeñado, pues, un destacado papel en favor de la efectividad del principio de igualdad en la ley.

(6) Así, E. ALONSO GARCÍA: «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», en *RAP*, núms. 100-102 (1983), págs. 21-92; J. JIMÉNEZ CAMPO: «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *REDC*, núm. 9 (1983), págs. 71-114; J. SUAY RINCÓN: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985, y M. RODRÍGUEZ PIÑERO y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

(7) Cabe destacar que también se han tenido en cuenta algunas sentencias de amparo relativas a normas discriminatorias. Si bien el rango de las mismas impide cualquier conflicto en relación al ámbito de actuación del legislador ordinario, es evidente que en estos casos el Tribunal también se encuentra ante el problema del restablecimiento de la igualdad. Para llevarlo a cabo ha utilizado, como se pondrá de manifiesto, las mismas técnicas que en sede de control de constitucionalidad. Además, aunque en las sentencias de amparo los pronunciamientos sobre la norma discriminatoria se realizan en los fundamentos jurídicos y ocupan, generalmente, un segundo plano, cabe resaltar que también vinculan a los demás operadores jurídicos.

(8) Así, en la STC 45/1989, de 20 de febrero, relativa al régimen de tributación conjunta de la unidad familiar en el IRPF, el Tribunal Constitucional, a pesar de declarar su carácter discriminatorio, emplazó expresamente al legislador ordinario para que fuese él el que restableciese la igualdad sirviéndose de su libertad de configuración. En cambio, en la STC 28/1992, de 9 de marzo, aun reconociendo que una norma que preveía un plus de transporte únicamente para el personal femenino era discriminatoria, el Tribunal denegó un recurso de amparo alegando que dicha discriminación sólo podía ser subsanada creando una norma «ex novo».

Los pronunciamientos en relación a la norma discriminatoria a través de los cuales el Tribunal ha restablecido la igualdad normativa han sido, sin embargo, muy diversos. Así, en sede de control de constitucionalidad, pueden encontrarse fallos que, siguiendo el artículo 39.1 LOTC, declaran la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de uno (9) o varios (10) incisos, sentencias interpretativas (11) y fallos que declaran la inconstitucionalidad-nulidad de un precepto «en cuanto excluye» (12), «en cuanto incluye» (13), o la mera inconstitucionalidad «en cuanto prohíbe» (14), «en cuanto se entienda aplicable a» (15) o «en lo que se refiere a» (16).

Esta constatación revela claramente la insuficiencia del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente a los supuestos de discriminación en la ley, lo cual viene a confirmar la tesis defendida ya en 1982 por Bocanegra Sierra en el sentido de que dicho binomio constituye una regla «excesivamente simplista» para hacer frente a la heterogeneidad de problemas que se plantean en la práctica (17).

Sin embargo, detrás de esta diversidad de pronunciamientos puede diferenciarse claramente la utilización, en función del tipo de discriminación detectada, de dos técnicas distintas para restablecer la igualdad.

1. *El restablecimiento de la igualdad en la ley a través de la expulsión del régimen discriminatorio*

En la mayoría de supuestos en que se ha detectado que una norma era discriminatoria, el Tribunal Constitucional ha restablecido inmediata y unilateralmente

(9) Por ejemplo, las SSTC 34/1981, de 10 de noviembre; 76/1982, de 14 de diciembre, y 3/1983, de 25 de enero.

(10) Por ejemplo, la STC 103/1983, de 22 de noviembre.

(11) La STC 22/1981, de 2 de julio, considera que la disposición impugnada es «inconstitucional interpretada» de una determinada manera, mientras que la STC 74/1987, de 25 de mayo, declara que el precepto impugnado «no es inconstitucional interpretado en (un determinado) sentido».

(12) SSTC 116/1987, de 7 de julio, y 142/1990, de 20 de septiembre.

(13) STC 116/1987, de 7 de julio.

(14) STC 158/1993, de 6 de mayo.

(15) STC 5/1992, de 16 de enero.

(16) STC 87/1991, de 25 de abril.

(17) R. BOCANEGRA SIERRA: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid, IEAL, 1982, pág. 237. En un tono más descriptivo, J. JIMÉNEZ CAMPO: «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», en *Los procesos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y Debates, núm. 41), 1992, pág. 35, se pregunta sobre la posible conveniencia de modificar la LOTC ante la constatación de que existen diversos tipos de fallos del Tribunal Constitucional que van más allá del binomio inconstitucionalidad-nulidad.

la igualdad expulsando del ordenamiento el régimen jurídico discriminatorio. Así, por ejemplo, en la famosa STC 103/1983, de 22 de noviembre, el Tribunal eliminó el requisito adicional que se exigía a los viudos para acceder a una pensión de viudedad, equiparando de esta manera su régimen de acceso a dichas pensiones al que disfrutaban las viudas.

La expulsión del régimen discriminatorio se ha llevado a cabo tanto a través de la declaración de inconstitucionalidad-nulidad de uno (18) o varios (19) incisos del artículo impugnado como mediante la declaración de inconstitucionalidad de una de las interpretaciones del mismo (20). El Tribunal ha optado por uno u otro pronunciamiento en función de la concreta estructura del precepto impugnado, es decir, de la posibilidad de aislar el régimen discriminatorio en la literalidad del mismo o en una de las subnormas que se derivan de ésta.

En cualquier caso, la intervención del Tribunal Constitucional se adecúa formalmente a su papel de «legislador negativo». Como tal, no parece incidir, al menos directamente, en el ámbito de actuación funcional del Poder Legislativo. Sin embargo, este tipo de sentencias no ha estado exento de problemas en la práctica. Por una parte, la necesidad de acudir a varios tipos de pronunciamientos pone de manifiesto que el binomio inconstitucionalidad-nulidad del artículo 39.1 LOTC es insuficiente para expulsar del ordenamiento todos los regímenes jurídicos discriminatorios. La rigidez, puesta ya de manifiesto por Rubio Llorente (21), del propio sistema europeo de control de constitucionalidad para hacer frente a la distinción entre norma jurídica y enunciado legal ha obligado al Tribunal Constitucional español a alejarse de dicho binomio cuando la discriminación no era reconducible a la literalidad del precepto impugnado. Junto a la utilización de sentencias típicamente interpretativas, que declaran la inconstitucionalidad de un precepto interpretado de forma discriminatoria (22), o bien su constitucionalidad si no se interpreta en tal sentido (23), el Tribunal también ha declarado, a pesar de la literalidad del artículo 39.1 LOTC, la inconstitucionalidad de un precepto prescindiendo expresamente de la declaración de nulidad.

Concretamente, en la STC 87/1991, de 25 de abril, en relación a un precepto que preveía la suspensión del «plazo para el ejercicio» de las acciones laborales de los trabajadores ferroviarios, el Tribunal consideró que la discriminación afec-

(18) SSTC 20/1985, de 14 de febrero; 340/1993, de 16 de noviembre, y 72/1994, de 3 de marzo.

(19) STC 103/1983, de 22 de noviembre.

(20) STC 22/1981, de 2 de julio.

(21) F. RUBIO LORENTE: «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», en *REDC*, núm. 22 (1988), págs. 29 y sigs.

(22) STC 22/1981, de 2 de julio.

(23) STC 74/1987, de 25 de mayo.

taba únicamente a los plazos de prescripción, es decir, a uno de los varios supuestos o subnormas que tenían cabida en la literalidad del precepto. Tras reconocer la inadecuación del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente a este tipo de discriminación (24), el Tribunal se limitó a declarar la inconstitucionalidad de dicho precepto «en lo que se refiere al cómputo de los plazos de prescripción» (25).

De forma parecida a las llamadas «declaraciones de nulidad parcial cualitativa» (*qualitative Teilnichtigkeitklärung*) (26) o «declaraciones de nulidad sin repercusión en la literalidad» (*Nichtigerklärung ohne Berührung des Wortlauts*) (27) desarrolladas por el Tribunal Constitucional Federal alemán (28), es evidente que este tipo de fallos, a pesar de diferir formalmente de las sentencias típicamente interpretativas, tienen sus mismos efectos prácticos: en ambos casos se expulsan del ordenamiento jurídico normas que no son aislables en el enunciado legal, objetivo que no puede conseguirse desde la rigidez del binomio inconstitucionalidad-nulidad del artículo 39.1 LOTC.

Más relevante para la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador es, sin embargo, la repercusión práctica de la técnica de la expulsión del régimen discriminatorio. Esta expulsión no provoca, como generalmente ocurre, un vacío en el ordenamiento, ya que el supuesto de hecho del régimen jurídico expulsado pasa automáticamente a ser regulado por el término de comparación. Así, por ejemplo, la STC 76/1982, de 14 de diciembre, al expulsar unos requisitos que se exigían a los condenados, pero no al Ministerio Fiscal, para recurrir en casación

(24) En el fundamento jurídico octavo de la sentencia estableció que «es claro que no hace falta anular el precepto cuestionado (...) a condición de que se entienda que es sólo aplicable (...) a la institución de la caducidad y no a la de la prescripción».

(25) Otro supuesto de este tipo de sentencias lo constituye la STC 5/1992, de 16 de enero, en relación al artículo 32.1 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Este precepto reconocía que la mujer funcionaria genera los mismos derechos pasivos que el varón, aunque con efectos económicos desde 1 de enero de 1984 para los causados antes de la entrada en vigor de dicha ley. El Tribunal consideró que este artículo era discriminatorio en relación a los viudos que reclamaron en su momento dichos derechos, por lo que declaró su inconstitucionalidad «en cuanto se entienda aplicable a solicitudes en curso antes de la entrada en vigor de la ley».

(26) W. SKOURIS *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, págs. 92 y sigs.

(27) Término utilizado por J. IPSEN: *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1980, págs. 100 y sigs.; K. SCHLACH: *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, pág. 223.

(28) Cabe destacar, sin embargo, que formalmente el Tribunal alemán sigue declarando la inconstitucionalidad-nulidad del precepto impugnado, aunque sólo «en la medida» (*soweit*) en que se refiera a un determinado supuesto no explicitado en su literalidad. La utilización de dicho binomio no deja de acarrear problemas dogmáticos, ya que la nulidad tiene como presupuesto lógico el recaer sobre un enunciado legal.

las sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar, restableció la igualdad extendiendo parcialmente a los condenados el régimen previsto para el Ministerio Fiscal (29).

Si bien el Tribunal se limita a actuar formalmente como un mero «legislador negativo», en la práctica se trata de una sentencia con efectos aditivos (30). La expulsión de un concreto régimen jurídico implica la adición de los supuestos de hecho por él regulados al régimen del término de comparación. Aunque estos efectos aditivos parecen no ser propios de un «legislador negativo», el propio Tribunal Constitucional los ha justificado recientemente (31) en cuanto son imputables a «la propia fuerza expansiva de la norma y no a un pronunciamiento ampliatorio del objeto de ésta» (32). De todas formas, la práctica jurisprudencial ha puesto de manifiesto que dichos efectos pueden conllevar dos problemas en relación a la libertad de configuración del legislador como límite funcional de actuación del Tribunal Constitucional.

Por una parte, cabe destacar que materialmente existen varias posibilidades de restablecer la igualdad a través de la expulsión de un régimen discriminatorio. Si los términos de comparación se encuentran regulados en preceptos distintos se plantea el interrogante de cuál de ellos debe ser expulsado. En la práctica, el Tribunal Constitucional ha actuado respetando el principio de congruencia. Según lo establecido en el artículo 39.1 LOTC, se ha limitado a expulsar del ordenamiento el régimen jurídico contenido en el inciso o precepto impugnado, que lógicamen-

(29) Frente a la literalidad del artículo 14 del Código de Justicia Militar, que disponía que «los condenados a penas de privación de libertad superiores a tres años, en una de ellas o en la suma de varias, así como en todo caso el Ministerio Fiscal, podrán interponer contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar (...) recurso de casación ante la Sala de lo penal del Tribunal Supremo...», el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del inciso «superiores a tres años, en una de ellas o en la suma de varias». La expulsión de este inciso no conllevó, sin embargo, la absoluta equiparación del Ministerio Fiscal y de los recurrentes, ya que a éstos se les siguió exigiendo haber sido condenados a una pena privativa de libertad.

(30) Este concepto, aunque basado en el de sentencias aditivas utilizado por la doctrina italiana, permite acentuar que dicho efecto puede conseguirse a través de diversas técnicas y pronunciamientos.

(31) STC 72/1994, de 3 de marzo (FJ 2). En este caso se trataba de un precepto discriminatorio por exclusión tácita, es decir, por otorgar la posibilidad de la redención de pena por trabajo a los condenados por delitos definidos en el Código de Justicia Militar sólo «cuando (éstos) produzcan la salida definitiva de los Ejércitos». La declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de este inciso implica la adición a la redención de penas por trabajo de los supuestos de hecho excluidos de forma discriminatoria.

(32) Como se pondrá de manifiesto más adelante, resulta cuanto menos sorprendente, a la luz de la propia jurisprudencia constitucional, que acto seguido se afirme que este pronunciamiento ampliatorio del objeto de la norma discriminatoria «evidentemente» no puede ser dictado por el Tribunal.

te siempre ha sido el más gravoso. Únicamente en algunos recursos de amparo el Tribunal parece haber utilizado otros criterios, aunque ello no haya influido en el resultado final. Así, destacan las referencias a la igualdad efectiva (33) y a otros criterios de carácter social (34) para restablecer el principio de igualdad extendiendo el régimen jurídico más beneficioso. El debate doctrinal italiano acerca de la admisibilidad de la llamada «igualdad invertida» (35), es decir, la posibilidad de que la Corte Costituzionale expulse un término de comparación con independencia de que haya sido el impugnado, pone de manifiesto, no obstante, que el principio de congruencia no puede ocultar la existencia de varias posibilidades para restablecer la igualdad en la ley a través de la técnica de la expulsión del régimen discriminatorio.

Dichas posibilidades son más evidentes cuando el régimen discriminatorio se encuentra en un mismo precepto, ya que la expulsión de uno u otro inciso provoca que la igualdad se restablezca en diversos niveles (36). En estos supuestos, el Tribunal generalmente ha expulsado del ordenamiento precisamente aquellos incisos que permiten que la igualdad se restablezca de tal forma que satisfaga la pretensión subyacente en la presentación del recurso (37).

(33) Este argumento es utilizado por el Tribunal Constitucional en las SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, y 177/1993, de 31 de mayo. En el primer caso, para inaplicar el régimen de horarios más desfavorable de los ATS varones y generalizar, de esta forma, el de las ATS femeninas. En el segundo supuesto, para reconocer al personal eventual y fijo discontinuo el derecho a que se les aplicase el mismo régimen de cómputo y forma de pago de las gratificaciones extraordinarias que el previsto para los trabajadores fijos.

(34) Así, en la misma STC 81/1982, de 21 de diciembre, el Tribunal también fundamentó la extensión del régimen de horarios de las ATS femeninas en el derecho a la promoción en el trabajo y la consiguiente imposibilidad de privar las conquistas sociales.

(35) Una breve descripción de este debate italiano puede encontrarse en J. SUAY RINCON: *op. cit.*, págs. 67-72.

(36) Así, en relación al artículo 14 del Código de Justicia Militar antes analizado, es evidente que existían diversas posibilidades teóricas para equiparar la legitimación del Ministerio Fiscal y la de los recurrentes: desde la absoluta equiparación en la posición de Ministerio Fiscal (mediante la expulsión del inciso «penas privativas de libertad superiores a tres años, en una de ellas o en la suma de varias, así como en todo caso») o en la posición de los condenados (mediante la expulsión del inciso «en todo caso»), hasta su equiparación parcial (mediante la supresión del inciso «superiores a tres años»).

(37) Casi siempre se ha tratado de cuestiones de inconstitucionalidad. Así, en la ya mencionada STC 76/1982, de 14 de diciembre, la declaración de inconstitucionalidad del inciso «superiores a tres años» hacía posible que los condenados, que lo habían sido a una pena de privación de libertad de tres años y que en el juicio a quo habían alegado la discriminación, viesen reconocido su interés de tener legitimación para recurrir en casación por sí mismos. Igualmente, en la STC 103/1983 de 22 de noviembre, en relación a las pensiones de viudedad, el Tribunal restableció la igualdad de forma que el demandante a quo viese satisfecha su pretensión de ser beneficiario de una pensión de viudedad.

Sin embargo, también se han dado casos en que el Tribunal no ha seguido esta regla. Significativamente, en la STC 27/1985, de 25 de abril, relativa a un supuesto en que de forma muy similar a la anteriormente aludida STC 76/1982, de 14 de diciembre, existía una regulación discriminatoria de la legitimación para recurrir en casación ciertas sentencias de la jurisdicción militar (38), el Tribunal abandonó dicha regla general (39) y restableció la igualdad más allá de lo exigido para el caso a quo en un fallo polémico que incluso puede calificarse de legislativo (40).

Pero más allá del criterio seguido por el Tribunal en cada caso, lo que interesa retener en este momento es que desde un punto de vista material el restablecimiento de la igualdad en la ley a través de la expulsión del régimen discriminatorio puede realizarse de diversas maneras. La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de varios incisos y de restablecer, de esta forma, la igualdad en distintos niveles pone sobre la mesa el problema de si a través del uso, en ocasiones manipulativo, de esta técnica el Tribunal se inmiscuye en el ámbito funcional de actuación del propio Poder Legislativo, a pesar de actuar formalmente como un «legislador negativo».

El segundo problema de las sentencias con efectos aditivos está estrechamente relacionado con el anterior y consiste en que la expulsión del régimen discriminatorio puede no sólo afectar al principio de igualdad. Así, es evidente que los efectos aditivos de estas sentencias pueden tener considerables repercusiones presupuestarias si se dan en el ámbito de las prestaciones públicas.

El ejemplo más notable de lo que la doctrina italiana denomina sentencias

(38) En este caso se impugnó el artículo 13.1 del Código de Justicia Militar, que establecía: «Contra las sentencias de los Consejos de Guerra podrán interponerse recursos de casación ante la jurisdicción militar por el Ministerio Fiscal jurídico-militar en todo caso, y por quienes hubieran sido condenados en la sentencia sí, en ella, se le hubiera impuesto al recurrente pena privativa de libertad superior a tres años de duración en una de ellas o en la suma de varias de las impuestas a un mismo condenado, o la separación del servicio como principal o accesoria.»

(39) Los condenados lo habían sido a diez meses de prisión, de forma que la supresión del inciso «superiores a tres años de duración en una de ellas o en la suma de varias de las impuestas a un mismo condenado» hubiese bastado para restablecer la igualdad en el juicio a quo.

(40) Situándose incluso formalmente en el lugar del legislador ordinario, el fallo de la sentencia declaró (en relación al artículo 13.1 CJM) su inconstitucionalidad parcial y añadió que «quedará, en consecuencia, redactado de la siguiente forma: "Contra las sentencias de los Consejos de Guerra podrán interponerse recursos de casación ante la Justicia Militar por el Ministerio Fiscal jurídico-militar y por quienes hubieren sido condenados en la sentencia."» La igualdad se restableció, pues, en el nivel del Ministerio Fiscal, no siendo necesario a partir de esta sentencia que los condenados lo hubiesen sido a penas privativas de libertad o que implicasen la separación del servicio para que pudiesen recurrir en casación.

aditivas de prestación (41) en estos catorce años de jurisprudencia constitucional española lo constituye, sin duda, la STC 103/1983, de 22 de noviembre, en relación a la regulación discriminatoria del acceso a las pensiones de viudedad contenida en el antiguo artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social (42). La expulsión de varios incisos del precepto impugnado y la consiguiente extensión a los viudos del régimen más favorable previsto inicialmente sólo para las viudas tuvo en su día una repercusión presupuestaria inmediata.

La posibilidad de restablecer la igualdad de diversas formas y el que éstas pueden tener, a su vez, distintas consecuencias presupuestarias conlleva que la actuación del Tribunal, aunque formalmente se adecúe al clásico modelo del «legislador negativo», haya entrado en ocasiones claramente en conflicto con el ámbito de actuación funcional del legislador ordinario. El binomio inconstitucionalidad-nulidad como único fallo posible en las sentencias estimatorias, además de ser insuficiente en los supuestos en que la discriminación no puede ser aislada en la literalidad de la norma impugnada, no permite evitar que el Tribunal interfiera en las competencias del legislador ordinario. La alternativa a este hecho no puede ser, sin embargo, la desestimación del recurso (43). La técnica de la expulsión del régimen discriminatorio y, con ella, el clásico modelo del «legislador negativo» y su plasmación procesal a través del binomio inconstitucionalidad-nulidad, no ha logrado compatibilizar en todos los casos, pues, el inmediato restablecimiento de

(41) El concepto utilizado por la doctrina italiana es el de «sentenze additive di prestazione». Acuñado por E.LIA, éste lo describe («Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale», en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padua, Cedam, 1985, págs. 313 y sigs.) como sentencias que determinan «la adquisición en favor de determinadas categorías de sujetos (funcionarios públicos, pensionistas, etc.), de un derecho a un contenido patrimonial (retribuciones, indemnizaciones, pensiones, etc.) o a prestaciones de servicios, cuyo goce les estaba ilegítimamente excluido o limitado a juicio de la Corte».

(42) Dicho artículo establecía: «1. Tendrán derecho a la pensión de viudedad (...) la viuda, cuando al fallecimiento de su cónyuge se den los requisitos siguientes: *a*) que hubiese convivido habitualmente con su cónyuge causante (...); *b*) que el cónyuge causante, si se tratase de trabajador por cuenta ajena, hubiera completado el período de cotización (...). 2. El viudo tendrá derecho a pensión únicamente en el caso de que, además de concurrir los requisitos señalados en los apartados *a*) y *b*) del número anterior, se encontrase al tiempo de fallecer su esposa incapacitado para el trabajo y a su cargo.» El Tribunal Constitucional, tras considerar que este régimen jurídico era discriminatorio, decidió «declarar inconstitucional y, por tanto, nulo el párrafo segundo del artículo 160 (...) y el inciso del párrafo primero de dicho artículo, que dice “la viuda”».

(43) Así, aunque en su voto particular a la STC 103/1983, de 22 de noviembre, los magistrados Arozamena Sierra y Pera Verdaguer ponen de manifiesto que «aun aceptando que (...) hay un componente que puede contrariar la exigencia constitucional de no discriminación por razón de sexo», la reordenación del sistema de pensiones de la Seguridad Social es una función que corresponde a los poderes públicos y no al Tribunal Constitucional, no cabe aceptar su propuesta de sentencia desestimatoria si no se expresa claramente que el precepto impugnado no es discriminatorio.

la igualdad en la ley con el debido respeto del ámbito funcional de actuación del Poder Legislativo.

2. *El restablecimiento de la igualdad en la ley a través de la ampliación del régimen discriminatorio*

Junto a la expulsión del régimen jurídico discriminatorio, el Tribunal Constitucional también ha restablecido la igualdad en la ley a través de otra técnica consistente en ampliar directamente el ámbito subjetivo de aplicación de un precepto discriminatorio. Ello sólo se ha producido, lógicamente, cuando la discriminación era producto de la exclusión de un determinado colectivo del ámbito subjetivo de aplicación del precepto impugnado. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que si la exclusión es expresa o tiene su origen en un inciso aislable del precepto impugnado el Tribunal ha seguido empleando la técnica de la expulsión (44). En tales casos son aplicables las consideraciones que se acaban de hacer.

Mayores problemas se han planteado, por lo menos procesalmente, cuando la discriminación por exclusión ha sido tácita y no aislable en un inciso del precepto impugnado, como en el caso de las pensiones de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), cuyo régimen jurídico, sin excluir expresamente a los viudos, únicamente se refería a las viudas. En algunos de estos casos, el Tribunal ha seguido utilizando, por lo menos formalmente, el binomio inconstitucionalidad-nulidad, aunque es evidente que con ello no ha pretendido expulsar del ordenamiento el inciso sobre el que ha recaído. El Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad-nulidad parcial del precepto impugnado «en cuanto excluye» al colectivo discriminado (45). Esta declaración de nulidad es dogmática-

(44) Así, en la STC 20/1985, de 14 de febrero, en relación a una partida presupuestaria destinada a subvencionar a las centrales sindicales «más representativas de conformidad con la Disposición Adicional Sexta del Estatuto de los Trabajadores», el Tribunal extendió dichas subvenciones a las demás centrales sindicales a través de la declaración de inconstitucionalidad-nulidad de ese inciso excluyente. De forma similar, la expulsión del inciso «cuando produzcan la salida definitiva de los Ejércitos» ha permitido a la reciente STC 72/1994, de 3 de marzo, extender la posibilidad de redención de penas por trabajo a todos los condenados por delitos previstos en el Código de Justicia Militar. Por otra parte, en las SSTC 68/1991, de 8 de abril (FJ 4), y 28/1992, de 9 de marzo (FJ 4), el Tribunal ha considerado admisible que los tribunales ordinarios inapliquen las cláusulas de un precepto excluyente para poder reconocer a una persona determinada el régimen jurídico que la literalidad de la norma le niega.

(45) En la STC 142/1990, de 20 de septiembre, en relación a la mencionada regulación del SOVI, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del inciso viuda, «en cuanto excluye a los viudos». Por su parte, en la STC 116/1987, de 7 de julio, frente a la existencia de dos regímenes de derechos reconocidos a los militares profesionales republicanos según hubiesen ingre-

mente rechazable, porque aunque pretenda eliminar la interpretación literal del precepto discriminatorio, la nulidad siempre conlleva la expulsión del inciso sobre el que recae.

Seguramente consciente de este problema dogmático, el Tribunal ha abandonado en varios supuestos el binomio inconstitucionalidad-nulidad para afrontar este tipo de discriminaciones. Aunque en este ámbito tampoco existe una evolución jurisprudencial absolutamente lineal, sí puede detectarse una creciente tendencia en este sentido.

Por una parte, cabe destacar la utilización de la conocida técnica de la interpretación conforme a la Constitución (46). A pesar de haber sido aceptada, no sin cautelas, por el propio Tribunal, se trata de una técnica no exenta de problemas. En los supuestos de discriminación por exclusión tácita no es difícil imaginar que éstos surgen en relación a los propios límites del principio de interpretación conforme, en especial, la necesidad de que exista un precepto con varias interpretaciones posibles, de las cuales únicamente algunas son constitucionales. La literalidad de los preceptos tácitamente excluyentes difícilmente da pie a tal pluralidad de interpretaciones, por lo que dogmáticamente cabe poner en duda la utilización de esta técnica en los supuestos de discriminación por exclusión tácita.

Además de la interpretación conforme, cabe destacar que el Tribunal Constitucional también ha hecho frente a preceptos tácitamente excluyentes mediante la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad. A partir de la STC 45/1989, de

sado en las Fuerzas Armadas antes o después del 18 de julio de 1936, el Tribunal declaró «que el artículo 1 de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, es parcialmente inconstitucional, y por tanto nulo, en cuanto excluye del ámbito de aplicación del Título I de la misma a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936», y que «el artículo 4 (...) es parcialmente inconstitucional, y por tanto nulo, en cuanto incluye en el ámbito de aplicación del Título II de la misma a los militares profesionales mencionados en el número anterior».

(46) En la STC 204/1988, de 7 de noviembre, en relación a un precepto que preveía una pensión para las viudas de los funcionarios civiles «que combatieron y se alzaron por el Movimiento y fueron detenidos y ejecutados», el Tribunal reconoció en sede de amparo el derecho de la viuda de un funcionario que se había adherido al Gobierno de la República a recibir dicha pensión, ya que «la Constitución obliga a una reinterpretación de dicha ley conforme a ella que impida esos efectos discriminatorios, de modo que, sin perder su eficacia respecto a quienes son literalmente sus beneficiarios, se extienda esa eficacia para evitar la discriminación prohibida por el artículo 14 de la Norma Suprema». Asimismo, en la STC 74/1987, de 25 de mayo, el Tribunal declaró que un precepto que preveía la asistencia gratuita de intérprete para los presos y detenidos «extranjeros que no hablen o comprendan el castellano» no era inconstitucional «interpretado en el sentido de que no priva del derecho a ser asistido por intérprete a los ciudadanos españoles que no comprendan o hablen el castellano». En este caso debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la actuación del Tribunal no implica el reconocimiento de ningún derecho, ya que, como él mismo indica, el derecho a la asistencia de intérprete en las diligencias policiales (en las judiciales está reconocido en la LOPJ y la LLECJ) «deriva directamente de la Constitución», concretamente del artículo 24.1 CE.

20 de febrero, en que por primera vez se reconoce de forma expresa, a pesar de la meridiana literalidad del artículo 39.1 LOTC, la posibilidad de prescindir de la declaración de nulidad en relación a algunos preceptos inconstitucionales (47), el Tribunal ha utilizado en dos ocasiones esta figura en supuestos de discriminación por exclusión tácita.

En la STC 222/1992, de 11 de diciembre, el Tribunal declaró que el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en que se reconocía el derecho de subrogación en favor del «cónyuge del arrendatario fallecido», era simplemente inconstitucional «en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido». Por su parte, en la STC 3/1993, de 14 de enero, en relación al artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que regulaba las prestaciones a favor de familiares (48), el Tribunal también declaró su inconstitucionalidad «en cuanto excluye a hijos y hermanos».

En ambos casos la figura de la inconstitucionalidad sin nulidad es utilizada ante la inadecuación del binomio inconstitucionalidad-nulidad para restablecer la igualdad. Por una parte, la declaración de nulidad de todo el precepto no era una solución al problema, ya que como reconoció el propio Tribunal (49), «dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan (...) un derecho que no merece, claro está, tacha alguna de inconstitucionalidad». La inconstitucionalidad-nulidad de un inciso tampoco era, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, dogmáticamente aceptable dado que la discriminación no era aislable en el precepto impugnado.

La declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, aunque hace posible afirmar la inconstitucionalidad de este tipo de preceptos sin que ello conlleve los inconvenientes prácticos y dogmáticos de una nulidad total o parcial, es evidente

(47) En esta sentencia la escisión entre inconstitucionalidad y nulidad, más que servir de fundamento a un fallo prospectivo, se debió a las peculiaridades de la inconstitucionalidad detectada. Los dos preceptos declarados inconstitucionales, pero no nulos, lo eran no por su contenido, sino por la ausencia de correctivos que impidiesen que la obligatoria tributación conjunta de los matrimonios conllevara un aumento de la carga fiscal y la consiguiente discriminación respecto a las parejas de hecho. Aunque es muy discutible calificar este tipo de inconstitucionalidad como omisión, tal y como hizo el Tribunal en el FJ 11, lo cierto es que el binomio inconstitucionalidad-nulidad era dogmáticamente inadecuado, como se ha visto, para afrontar este tipo de inconstitucionalidad. De ahí que el Tribunal optase por declarar su inconstitucionalidad sin nulidad «en cuanto no prevé (...)» y «en cuanto no incluye», respectivamente.

(48) Este precepto establecía: «En todo caso, se reconocerá derecho a pensión a las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez en quienes se den (...) las siguientes circunstancias: (...)»

(49) STC 222/1992, de 11 de diciembre (FJ 7).

que colisiona directamente con la literalidad del artículo 39.1 LOTC, por lo cual es difícilmente admisible sin una modificación de esta norma (50)

Pero independientemente del pronunciamiento realizado por el Tribunal en cada caso, el problema de fondo que se plantea en las sentencias relativas a preceptos discriminatorios por su carácter tácitamente excluyente es que el Tribunal ha restablecido la igualdad ampliando directamente el ámbito subjetivo de aplicación de éstos para dar cabida a los colectivos inicialmente excluidos. Los fallos de «inconstitucionalidad-nulidad en cuanto excluye», las sentencias interpretativas y las declaraciones de simple «inconstitucionalidad en cuanto excluye», si bien plantean, como se ha puesto de manifiesto, diversos problemas dogmáticos, en todo caso tienen unos efectos directamente aditivos. El consiguiente restablecimiento de la igualdad por parte del Tribunal Constitucional suscita de nuevo el problema de sus límites en relación al ámbito funcional de actuación de legislador ordinario.

La técnica de la ampliación de los regímenes jurídicos discriminatorios para dar cabida a los supuestos de hecho excluidos poco tiene que ver con la clásica caracterización kelseniana del «legislador negativo». Estas sentencias, lejos de conllevar normas jurídicas generales con contenido exclusivamente negativo, tienen efectos directamente aditivos que las asimilan a normas con contenido positivo. La posibilidad material de restablecer la igualdad de otras maneras (51), así como la existencia de otros intereses en juego, además de la igualdad, a la hora de abordar este tipo de discriminaciones (52) pone claramente de manifiesto que inciden claramente en el ámbito funcional de actuación del Poder Legislativo (53). Ello es más evidente si se tiene en cuenta que el Tribunal ni siquiera formalmente ha actuado como un legislador negativo.

Si las sentencias mencionadas no han sido más polémicas en la práctica segu-

(50) El argumento utilizado en la STC 45/1989, de 20 de febrero, para prescindir de la declaración de nulidad, en el sentido de que existe una inconstitucionalidad por omisión, difícilmente puede ser utilizado en estos supuestos. La literalidad de estos preceptos, lejos de ser adicible a una omisión, deriva de la propia voluntad del legislador preconstitucional.

(51) Así, por ejemplo, el principio de igualdad también se vería protegido mediante una regulación diferente de la prestación familiar o del derecho de subrogación que equiparase a los colectivos hasta ahora discriminados.

(52) Este habría sido sin duda el caso si en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, el Tribunal hubiese considerado que la regulación de las pensiones de viudedad es discriminatoria por excluir tácitamente a las parejas de hecho y, consiguientemente, hubiese restablecido la igualdad ampliando el régimen discriminatorio a las mismas.

(53) De ahí que sea cuando menos sorprendente la afirmación del propio Tribunal en la reciente STC 72/1994, de 3 de marzo (FJ 2), en el sentido de que el Tribunal «evidentemente» no puede dictar un pronunciamiento ampliatorio del objeto de la norma.

ramente ha sido por factores coyunturales como la derogación del precepto discriminatorio antes de la sentencia del Tribunal [tal es el caso de las prestaciones a favor de familiares (54)] o la repercusión de la sentencia sobre los particulares y no sobre los poderes públicos (como en el caso de los arrendamientos urbanos). Es evidente, sin embargo, que la alternativa a este tipo de sentencias no puede ser la desestimación del recurso (55). El actual modelo de justicia constitucional no logra compatibilizar, pues, el inmediato restablecimiento del principio de igualdad con el respeto de los límites funcionales de actuación del legislador.

Los problemas de la inadecuación del binomio inconstitucionalidad-nulidad del artículo 39.1 LOTC y la incompatibilidad entre el inmediato restablecimiento de la igualdad y el respeto de los límites funcionales del legislador ordinario, aunque en distinto grado, son comunes a las dos técnicas utilizadas por el Tribunal para restablecer la igualdad en la ley. El que estos problemas no se hayan dado en relación a otros ámbitos materiales parece indicar que están estrechamente relacionados con las particularidades del restablecimiento de la igualdad en la ley. Ello conlleva la necesidad de llevar a cabo un análisis dogmático del mismo.

III. ANALISIS DOGMATICO DEL RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD EN LA LEY

El restablecimiento de la igualdad en la ley ofrece una serie de particularidades que están en el origen de los problemas que se han dado en la jurisprudencia constitucional española en torno a la delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario. Dichas particularidades derivan directamente de la naturaleza y concreta constitucionalización del propio principio de igualdad.

Por una parte, cabe destacar que el principio de igualdad carece de un conte-

(54) Su sustitución por las actuales prestaciones no contributivas se produjo en virtud de la Ley 46/1990, de 20 de diciembre. La equiparación entre hombres y mujeres garantizada a través de la sustitución de los términos «hijas o hermanas» por los de «hijos o hermanos» ha paliado considerablemente los efectos presupuestarios de esta sentencia y puede haber impulsado al Tribunal a emitir un fallo que procesal y materialmente se aleja del clásico modelo del «legislador negativo».

(55) En este sentido cabe destacar, aunque sea en sede de amparo, la STC 28/1992, de 9 de marzo, en relación a un convenio colectivo que preveía para las trabajadoras de la Compañía Telefónica Nacional de España un plus por transporte nocturno. A pesar de considerar que existía una discriminación por exclusión tácita, la Sala Segunda del Tribunal desestimó la reclamación de dicho plus por parte de un trabajador con el argumento de que «la extensión de este privilegio (...) implicaría crear una norma nueva, cuya formulación concreta no podría hacerse, además, sino en términos muy inciertos. (...) el Juez se habría visto obligado (...) a establecer en consecuencia, *ex novo*, un régimen distinto para el plus de transporte (...)».

nido sustantivo propio, es decir, «no protege una actividad o característica humana concreta» (56), sino que constituye un «concepto relacional», como ha sido calificado por Rubio Llorente (57), o un «concepto relativo», como ha sido descrito por Maurer (58) en Alemania. Ello implica que un régimen jurídico no puede ser calificado de discriminatorio por sí mismo, sino únicamente en relación a un término de comparación concreto. Este carácter relacional del principio de igualdad conlleva, por su parte, que los clásicos métodos de interpretación sean inadecuados para poder afirmar si una norma es o no discriminatoria. Ante la insuficiencia de confrontarla simplemente con el principio de igualdad, es preciso llevar a cabo un juicio trimembre (59) en que la norma impugnada debe ser contrastada, a la luz del principio de igualdad, con el término de comparación respecto al cual se alega la discriminación.

Pero el carácter relacional del principio de igualdad también tiene otra consecuencia que es más relevante para el objeto de este estudio. La necesidad de tener en cuenta un término de comparación para poder verificar si una norma es discriminatoria implica que cuando la discriminación en la ley es detectada, lo verdaderamente inconstitucional no es el propio contenido de los regímenes jurídicos objeto de comparación. Por sí mismos, ninguno de ellos puede violar el principio de igualdad. Lo auténticamente inconstitucional en estos casos es, por el contrario, la propia relación existente entre los regímenes jurídicos comparados (60). De ahí que, como ha puesto claramente de manifiesto la doctrina constitucional alemana, en los supuestos de discriminación en la ley, más que ante una inconsti-

(56) G. MÜLLER: «Der Gleichheitssatz», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), núm. 47, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 1989, pág. 39. El propio Tribunal Constitucional también ha reconocido este hecho en varias ocasiones tomando como punto de referencia la STC 76/1983, de 5 de agosto, en la que estableció que «... la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo existente por sí mismo, pues su contenido viene siempre establecido respecto de relaciones jurídicas concretas».

(57) F. RUBIO LLORENTE: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *FEDC*, núm. 31 (1991), pág. 12.

(58) H. MAURER: «Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen» en SCHNEIDER/GÖTZ (eds.): *Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für Werner Weber*, Berlín, Duncker & Humblot 1974, página 354.

(59) J. JIMÉNEZ CAMPO: «La igualdad jurídica como límite...», cit., pág. 98.

(60) Así, por ejemplo, en el caso de que una norma sea considerada discriminatoria por regular una prestación pública excluyendo tácitamente a un determinado colectivo, tanto el hecho de que al colectivo A se le reconozca dicha prestación como el que al colectivo B se le deniegue no pueden ser considerados inconstitucionales por sí mismos, a no ser que la propia Constitución prevea expresamente dicha prestación en forma de derecho subjetivo. La discriminación existe pues, sólo en la medida en que ambos regímenes jurídicos son objeto de comparación.

tucionalidad del precepto impugnando, nos hallamos ante una «inconstitucionalidad relativa» (61) o una «relación normativa inconstitucional» (62).

Si se tiene en cuenta que precisamente la existencia de una norma jurídica inconstitucional aislable en el precepto impugnado constituye el presupuesto dogmático del binomio inconstitucionalidad-nulidad, resulta evidente que éste resulta totalmente inadecuado para hacer frente al problema de la discriminación en la ley. Dogmáticamente, dicho binomio no puede emplearse si la estructura del precepto impugnado no permite aislar la discriminación de alguna manera. Pero aun en los casos en que su uso es posible, este binomio no puede limitarse a declarar la inconstitucionalidad de la relación existente entre los regímenes jurídicos comparados, sino que necesariamente conlleva la expulsión de una de las normas jurídicas objeto de comparación, causando el consiguiente efecto aditivo respecto a la otra.

Junto a este problema procesal, cabe destacar que el carácter relacional de la igualdad y la consiguiente existencia de una relación normativa inconstitucional en los supuestos en que se detecta una discriminación en la ley necesariamente implican que el restablecimiento de la igualdad sólo puede producirse, desde un punto de vista material, a través de la creación de un nuevo marco jurídico que equipare los términos de comparación contrastados (63). Ello explica que las sentencias del Tribunal que han restablecido la igualdad en la ley hayan sido, independientemente de la técnica formalmente empleada en cada caso, sentencias con efectos aditivos, que en cuanto tales se alejan de la clásica caracterización kelseniana del «legislador negativo» (64).

Esta necesidad de crear un nuevo régimen jurídico para restablecer la igualdad en la ley coincide, además, con la existencia de diversas «posibilidades de corrección» (65) de la discriminación. Desde un punto de vista material, la igualdad puede restablecerse equiparando de muy diversa forma los supuestos de he-

(61) Este concepto (*relative Verfassungswidrigkeit*) ha sido empleado, entre otros, por H. MAURER: «Zur Verfassungswidrigkeit...», cit., pág. 354, y CH. GUSY: *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, pág. 195.

(62) J. IPSEN: *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit...*, cit., pág. 214.

(63) Lógicamente, si la discriminación se produce porque dos supuestos de hecho reciben un mismo régimen jurídico, sin que ello sea jurídicamente justificado, el restablecimiento de la igualdad necesariamente implica la creación de un nuevo régimen jurídico diferenciado para ambos supuestos de hecho.

(64) F. RUBIO LLORENTE: «La igualdad en la jurisprudencia...», cit., pág. 34, también ha puesto de manifiesto este hecho al considerar que «es evidente que sea cual sea la fórmula empleada, el resultado final no es la pura y simple anulación de una norma, sino la creación de una norma nueva, con lo que, al menos en apariencia, el juez constitucional desborda su conocida caracterización como legislador negativo».

(65) P. KIRCHHOF: «Der allgemeine Gleichheitssatz», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, tomo II, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1987, pág. 958.

cho implicados en la discriminación. Y es evidente que el restablecimiento de la igualdad en uno u otro nivel, además de a la propia igualdad, puede incidir en ámbitos de decisión estrictamente políticos que afectan directamente a la libertad de configuración del legislador, como el gasto público y la inevitable priorización de objetivos que subyace a cualquier decisión de este tipo.

Todo ello pone de manifiesto que el restablecimiento unilateral e inmediato de la igualdad en la ley por parte del Tribunal Constitucional puede entrar claramente en conflicto con el ámbito de actuación funcional del legislador ordinario. Desde el punto de vista de la división funcional de poderes, mientras éste es el competente para crear normas jurídicas con carácter general, el Tribunal Constitucional debe limitarse a controlar la adecuación de las mismas a la Constitución. Esta función debe ser compatible, sin embargo, con el pluralismo político y con la libertad de configuración del legislador. De ahí que en principio deba ser el legislador, y no el Tribunal Constitucional, el que restablezca la igualdad haciendo uso de su libertad de configuración (66).

Además de la libertad de configuración del legislador, en el restablecimiento de la igualdad normativa existe, sin embargo, otro interés en conflicto dada la forma en que este principio ha sido constitucionalizado. La igualdad en la ley no sólo es un límite frente al legislador, sino también un derecho subjetivo con eficacia inmediata consistente en recibir un trato no discriminatorio por parte de cualquier norma jurídica. La inmediatez con que necesariamente debe producirse el restablecimiento de la igualdad una vez detectada la discriminación impide que en aras de respetar dicha libertad de configuración el Tribunal pronuncie un fallo desestimatorio. La eficacia inmediata del principio de igualdad tampoco justifica por sí misma que el Tribunal pueda restablecer de forma unilateral la igualdad sin necesidad de respetar la libertad de configuración del legislador.

El problema del restablecimiento del principio de igualdad en la ley reside, pues, en que el modelo teórico de justicia constitucional y su plasmación procesal en el binomio *inconstitucionalidad-nulidad* del artículo 39.1 LOTC no compatibilizan los intereses que entran en conflicto en su restablecimiento: el inmediato restablecimiento de la igualdad y el necesario respeto de la libertad de configuración del Poder Legislativo.

La jurisprudencia constitucional española se ha decantado, como se ha puesto de manifiesto, por el inmediato restablecimiento de la igualdad en la ley en detrimento de la libertad de configuración del legislador. Una vez más se confirma,

(66) En los supuestos en que dicha libertad de configuración no tenga cabida, por ejemplo, porque la propia Constitución prevea la existencia de un determinado régimen jurídico, el restablecimiento de la igualdad por parte del Tribunal Constitucional no conlleva, lógicamente, ningún problema en relación al ámbito de actuación del legislador ordinario.

pues, el carácter garantista de dicha jurisprudencia en el ámbito de los derechos fundamentales. El carácter preconstitucional de la mayor parte de las normas respecto a las cuales el Tribunal ha restablecido unilateralmente la igualdad (67) puede haber contribuido a que éste haya actuado en dicho sentido incluso al margen del artículo 39.1 LOTC.

Transcurrida la primera década de jurisprudencia constitucional, y ante la evidencia de que el actual modelo de actuación del Tribunal y, en especial, el binomio inconstitucionalidad-nulidad, no logran compatibilizar los intereses que entran en conflicto con ocasión del restablecimiento de la igualdad en la ley, puede haber llegado el momento de dar un nuevo enfoque a este problema. La cooperación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo puede constituir, como pone de manifiesto el derecho comparado, un modelo sugerente para armonizar al máximo los intereses en conflicto en las numerosas ocasiones en que deba afrontarse el restablecimiento de la igualdad en la ley.

IV. COOPERACION ENTRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LEGISLADOR EN EL RESTABLECIMIENTO DE LA IGUALDAD

Dadas las particularidades del principio de igualdad en la ley, la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario puede constituir un modelo teórico más adecuado para compatibilizar el inmediato restablecimiento de la igualdad con el respeto del ámbito funcional de actuación del legislador. Si el Tribunal se limita a detectar la discriminación, dejando que sea el legislador el que, haciendo uso de su libertad de configuración, restablezca la igualdad, estos intereses no se excluyen mutuamente, como en el caso de una actuación unilateral por parte de una de dichas instituciones.

Precisamente ante los inconvenientes del restablecimiento de la igualdad normativa por parte del Tribunal Constitucional, en Alemania y Austria este problema se aborda, como se analizará a continuación, a partir de un modelo cooperativo. Ello requiere, lógicamente, la existencia de unas técnicas que hagan procesalmente posible la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador.

Aunque este nuevo modelo puede fundamentarse dogmáticamente en la obligada cooperación entre todas las instituciones del Estado (68), las particularidades del principio de igualdad hacen que la «protección cooperativa de la Consti-

(67) Las sentencias constitucionales más conflictivas en relación al ámbito funcional de actuación del legislador han recaído sobre este tipo de leyes; significativamente, la Ley General de la Seguridad Social (pensiones de viudedad y prestaciones en favor de familiares) y la Ley de Arrendamientos Urbanos (subrogación de las parejas de hecho).

(68) K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 19 ed., 1993, pág. 197, marg. 482, fundamenta esta obligada

tución» (69) sea la única forma de garantizar plenamente, en relación a dicho principio, la supremacía de la misma y, con ella, tanto el inmediato restablecimiento de la igualdad como la delimitación de las funciones del Tribunal Constitucional y del legislador ordinario.

Cabe destacar, sin embargo, que además de un modelo que puede ser útil en relación al restablecimiento de la igualdad, la cooperación entre el Tribunal y el legislador constituye una nueva filosofía que se va abriendo paso en Derecho comparado a través de múltiples figuras de muy diverso alcance. Así, cabe mencionar, por una parte, la existencia en Italia de un cauce formal para que el Parlamento pueda reaccionar con prontitud frente a sentencias de la Corte Costituzionale (70), y por otra, la figura portuguesa de la inconstitucionalidad por omisión, a través de la cual el Tribunal Constitucional portugués pone en conocimiento del órgano parlamentario competente la existencia de una inconstitucionalidad por omisión para que sea éste el que restablezca la constitucionalidad (71).

Pero junto a estas figuras positivizadas, también destaca la existencia de diversas técnicas de carácter cooperativo desarrolladas por la propia jurisprudencia constitucional, especialmente la alemana, como las sentencias apelativas (72), a

cooperación a partir del principio de separación de poderes. Entendido sobre todo como principio básico de la organización del Estado, no sólo conlleva la creación de una pluralidad de instituciones con competencias diferentes, sino también la necesidad de que dichas instituciones cooperen entre sí para conseguir la unidad del poder estatal. Desde esta perspectiva, este autor fundamenta que cuando una institución no puede llevar a cabo su función plenamente, las demás deben apoyarla o complementarla (K. HESSE «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Berna, Verlag Stämpfli, 1981, pág. 265). Tal podría ser el caso del restablecimiento de la igualdad en la ley.

(69) CH. PESTALOZZA: *Verfassungsverfahren: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982, págs. 13 y sigs.

(70) La institución del seguimiento legislativo de dichas sentencias constituye una consecuencia del mandato constitucional de comunicarlas a las Cámaras parlamentarias para que éstas «tomen las medidas que consideren oportunas» (artículo 136 Constitución italiana). Tanto el Reglamento del Congreso de los Diputados (artículos 108 y sigs.) como el del Senado (artículo 139) lo regulan como un mecanismo para que la Comisión parlamentaria materialmente competente puede analizar dichas sentencias y pronunciarse, en su caso, sobre la conveniencia de emprender reformas legislativas.

(71) Regulada en los artículos 283 de la Constitución portuguesa y 67 y 68 de la Ley del Tribunal Constitucional, se trata de una fórmula de cooperación mucho más desarrollada que la anterior, ya que da lugar a un pronunciamiento especial que se limita a detectar la existencia de una inconstitucionalidad. De esta forma, se puede hacer frente a un supuesto (la inconstitucionalidad por omisión) respecto al cual el Tribunal no puede garantizar la supremacía de la Constitución sin invadir el ámbito de actuación funcional del legislador ordinario.

(72) Sobre las *Appellentscheidungen*, cfr., entre otros, CH. PESTALOZZA: «Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen», en CH. STARCK (ed.): *Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, tomo III, Tübinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, págs. 540-555.

través de las que el Tribunal Constitucional Federal apela al legislador para que éste reforme un precepto que todavía se considera constitucional, pero que dejará de serlo con el transcurso del tiempo (el Tribunal ha llegado a indicar incluso cuándo) (73), o las sentencias, más conocidas entre nosotros, que contienen orientaciones o recomendaciones al legislador.

Sin embargo, es en el restablecimiento de la igualdad en la ley donde la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario está encontrando un ámbito especialmente fértil para su desarrollo.

1. *Técnicas de cooperación en Derecho comparado en relación al restablecimiento de la igualdad en la ley*

Independientemente de las construcciones doctrinales que han pretendido dar una solución cooperativa al restablecimiento de la igualdad en la ley (74), en Austria y Alemania, como se ha apuntado anteriormente, este problema se aborda claramente a través de la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario. Los Tribunales Constitucionales de ambos países acuden para ello a sendas técnicas que incluso están positivizadas en sus respectivas leyes reguladoras. El origen y concreción de dichas técnicas difiere en ambos países dadas las diferencias existentes entre sus respectivos modelos de control de constitucionalidad, pero en todo caso se enmarcan en la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario. Ello permite que tras el análisis individualizado de las mismas, los problemas propios de dicha cooperación puedan ser abordados de forma conjunta.

El Tribunal Constitucional austríaco utiliza, en relación a las normas discriminatorias, la facultad prevista en la propia Constitución de Austria (actual ar-

(73) Influido por los efectos que hubiese conllevado una declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional Federal declaró en la BVerfGE 16, 130, que la delimitación de los distritos electorales llevada a cabo por la ley electoral federal todavía era constitucional, pero que dejaría de serlo en las siguientes elecciones dados los cambios demográficos habidos. De ahí que emplazase al legislador federal para que llevase a cabo la oportuna reforma.

(74) En este sentido, destaca el intento de GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional*, Coimbra, Ed. Almedina, 1991, pág. 1102) de considerar la discriminación por exclusión como un supuesto de omisión parcial. Ante los problemas dogmáticos y funcionales para restablecer la igualdad mediante la técnica de la expulsión, a partir de un concepto material de omisión y de una concepción del principio de igualdad como fundamento de un deber relativo de actuación por parte del legislador, este autor considera (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, págs. 329 y sigs., 385 y sigs.) que en estos supuestos no existe una inconstitucionalidad por acción, sino por omisión parcial. De esta forma, se abren las puertas, aunque sea sólo respecto a las discriminaciones por exclusión, a la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario.

título 140.5) de retrasar durante un período determinado, que en ningún caso puede exceder los dieciocho meses, la eficacia de sus sentencias y, con ella, la derogación (75) de las normas declaradas inconstitucionales.

Esta posibilidad de establecer un plazo de espera (*Warte-, Karenzfrist*) durante el cual las sentencias del Tribunal no producen efectos fue apuntada por el propio Kelsen (76) como una de las soluciones para evitar los posibles inconvenientes del vacío normativo que conlleva la declaración de inconstitucionalidad. Si bien el *horror vacui* sigue siendo el principal fundamento de esta figura (77), su uso se ha extendido en la práctica (78), al restablecimiento de la igualdad en la ley. Los problemas dogmáticos para restablecer la igualdad mediante la expulsión total o parcial de un precepto, la posibilidad de hacerlo de diversas maneras y las repercusiones prácticas de cada una de ellas han conducido al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la normativa discriminatoria, pero retrasando el efecto derogatorio de la sentencia. Al permanecer la norma declarada inconstitucional en vigor durante el plazo de espera, se posibilita que sea el legislador el que restablezca la igualdad en la ley mediante la aprobación de la normativa que considere más conveniente.

Desde la creación del Tribunal Constitucional austríaco en 1920, la duración máxima del plazo de espera se ha ido ampliando progresivamente: si la reforma constitucional de 1929 amplió a un año (artículo 140.2) el inicial plazo máximo de seis meses (artículo 140.3 de la versión inicial), la reciente reforma constitucional de 5 junio de 1992 (79) lo ha extendido a dieciocho meses (actual artículo 140.5). El hecho de que estas reformas hayan sido precedidas por sendas leyes constitucionales singulares que ampliaban el plazo vigente únicamente en relación a sentencias concretas (80) revela que con las mismas se ha pretendido dar

(75) En Austria, tradicionalmente ha sido éste el efecto de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto. El actual artículo 140.5 de la Constitución austríaca sigue estableciendo que las sentencias del Tribunal conllevan la derogación del precepto inconstitucional, derogación que tiene lugar, si no se hace uso de la posibilidad de diferir los efectos de las mismas, con su publicación oficial.

(76) H. KELSEN: «Wesen und Entwicklung...», cit., pág. 72.

(77) KLECATSKY/MORSCHER: *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*, Vienna, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1982, pág. 672.

(78) K. KOEINER: «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL)*, núm. 39, Berlin-Nueva York, Walter de Gruyter, 1981, pág. 39.

(79) BGBl. 276/1992.

(80) En relación a una sentencia que había diferido sus efectos hasta el 16 de mayo de 1929, la ley constitucional de 24 de mayo (la reforma constitucional es de 7 de diciembre) prorogó el plazo de espera hasta el 30 de noviembre del mismo año. Más recientemente, una ley federal de 1991 amplió dicho plazo, respecto a una sentencia de 6 de diciembre de 1990 que había detectado una discrimi-

respuesta a la insuficiencia de dichos plazos para aprobar determinadas reformas en sectores especialmente complejos (81).

En Alemania, la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador en el ámbito del principio de igualdad no ha podido canalizarse a través de una figura prevista, aunque fuese con otro objetivo, en la propia Constitución. La Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, en adelante BVerfGG) preveía, al igual que lo hace la actual LOTC, el binomio inconstitucionalidad-nulidad como único fallo posible respecto a normas con rango de ley inconstitucionales (artículo 78 BVerfGG). Sin embargo, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se encargó de poner rápidamente de manifiesto los inconvenientes de lo que en Alemania se había considerado como «dogma inmutable de la inconstitucionalidad-nulidad» (82).

Además de algunos supuestos concretos en que la nulidad creaba un vacío legal que era más perjudicial que la propia existencia de una norma inconstitucional (83), dicho binomio se mostró dogmáticamente inadecuado precisamente en relación a los supuestos de discriminación por exclusión. En estos casos, la nulidad del precepto discriminatorio no sólo no podía satisfacer la pretensión del recurrente (dada la admisión del amparo frente a leyes, en algunos casos era un individuo concreto) (84), sino que hubiese causado un grave perjuicio para los teóricos beneficiarios de la norma excluyente. Pero también en los supuestos de discriminación en la ley en que su utilización era dogmáticamente posible, el Tribunal Constitucional Federal ha prescindido de dicho binomio en aras de la libertad de configuración del legislador (85). Este se ha convertido en el principal ar-

minación que afectaba a las edades de jubilación de los varones y las mujeres, hasta el 31 de diciembre de 1992, es decir, más allá del año previsto en la Constitución.

(81) La Cancillería Federal justifica el proyecto de la última reforma constitucional (Entwurf de 23 de diciembre de 1991) de forma muy escueta estableciendo que el plazo previsto en el artículo 140.5 de la Constitución Federal «se ha demostrado demasiado corto en la práctica». Apunta, además, que el plazo de dieciocho meses es un plazo máximo y que la determinación en cada caso concreto de su duración compete al Tribunal Constitucional, el cual «ha de tener en cuenta la complejidad de la materia (...) que debe ser regulada de nuevo» tras su intervención.

(82) J. IPSEN: «Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung- Zum Dilemma der verfassungsrechtlichen Normenkontrollpraxis», en *JZ* (1983), pág. 41.

(83) Este supuesto se dio sobre todo en relación a determinados status jurídicos. Así, en la sentencia de 11 de junio de 1958 (BVerfGE 8, 11), el Tribunal reconoció que la Ley de retribuciones de los funcionarios públicos era inconstitucional porque no les garantizaba un «sustento adecuado», pero no declaró su nulidad, ya que ello hubiese implicado la desaparición de la cobertura legal para efectuar los pagos a los funcionarios, situación que en palabras del propio Tribunal «se correspondería todavía menos con el orden constitucional».

(84) BVerfGE 22, 349 (360).

(85) En este sentido, es expresiva la sentencia de 28 de noviembre de 1967 (BVerfGE 22, 349)

gumento esgrimido por el Tribunal Constitucional Federal para no hacer uso del binomio inconstitucionalidad-nulidad.

La alternativa en estos casos no ha sido, sin embargo, la desestimación de los recursos, sino la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad. A través de una jurisprudencia claramente contraria a lo establecido en la versión unicial de su propia ley reguladora, el Tribunal Constitucional Federal alemán se ha limitado a declarar, pues, la inconstitucionalidad de las normas discriminatorias. De esta forma, ha podido detectar la discriminación sin restablecer automáticamente la igualdad y emplazar, a su vez, al legislador para que sea éste el que restablezca la igualdad haciendo uso de su libertad de configuración. Aunque esta técnica no sólo ha sido utilizada en relación a normas discriminatorias, es evidente que las particularidades del restablecimiento de la igualdad en la ley han provocado que se haya desarrollado principalmente en este ámbito.

Como toda creación jurisprudencial, la figura alemana de la «inconstitucionalidad sin nulidad» o «incompatibilidad» (86) no ha sido pacífica ni uniforme en la práctica, pudiéndose encontrar pronunciamientos confusos e incluso contradictorios por parte del Tribunal Constitucional Federal respecto a la misma. Aunque en las sentencias que hacen uso de esta figura suele prevalecer la solución del

al establecer: «La declaración de nulidad de una regulación legal también puede no darse por motivos materiales, aun en el caso de que fuese técnicamente posible. En estos casos la violación del artículo 3.1 GG por parte del legislador puede subsanarse, generalmente, de diversas maneras (...). Cuál de ellas debe ser escogida en el caso concreto debe dejarse, en principio, a la libertad de configuración del legislador.»

(86) En la doctrina son múltiples los términos utilizados para referirse a esta figura: desde «inconstitucionalidad» en contraposición a declaración de nulidad (J. IPSEN: «Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigkeitserklärung...», cit.; A. P. POHLE: *Die Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, Francfort-Berna-Cirencester, Peter Lang, 1979; E. KLEIN: «Verfassungsprozessrecht - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *AöR* [1987], págs. 410 y sigs.; TH. MAUNZ: «Das verfassungswidrige Gesetz», en *BayBl.* [1980], págs. 513-518), «mera inconstitucionalidad» (CH. PESTALOZZA: «Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige...», cit.) o «inconstitucionalidad sin nulidad» (H. HEUSSNER: «Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung», en *NJW* [1982], págs. 257-263) hasta «declaración de incompatibilidad» (MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/ÜLSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, art. 78, págs. 17 y sigs.; CH. PESTALOZZA: *Verfassungsprozessrecht...*, cit., pág. 339; P. HEIN: *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1933) o «mera incompatibilidad» (M. SACHS: «Blosse Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstössen?», en *NVwZ* [1982], págs. 657-662; UMBACH/CLEMENS: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1992, art. 78, marg. 12 y sigs.). Como se verá más adelante, aunque de forma confusa, la BVerfGG habla de «incompatibilidad». Por su parte, cuando utiliza esta técnica el Tribunal Constitucional suele declarar la «incompatibilidad de un precepto», mientras que cuando acude a la nulidad declara la «incompatibilidad y consiguiente nulidad».

caso concreto, no hay duda que se trata de una técnica consolidada en la jurisprudencia constitucional alemana (87) hasta el punto de haber sido incluso positivizada a través de la Cuarta Ley de Modificación de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 21 de diciembre de 1970 (88).

La positivización de esta figura dio cobertura legal a una práctica jurisprudencial claramente *contra legem*, pero contrariamente a lo que pudiera esperarse, no ha contribuido a determinar el régimen jurídico de esta técnica. La ley de reforma se limitó a reconocer esta figura como fallo alternativo al de nulidad, pero ni siquiera de forma directa, sino únicamente mencionándola al regular la fuerza de ley y la obligación de publicar las sentencias del Tribunal (artículo 31.2 BVerfGG), así como la retroacción de las sentencias constitucionales que tienen por objeto normas penales (artículo 79.1 BVerfGG).

Esta positivización fue, además, confusa, ya que el término «incompatibilidad» es utilizado como sinónimo de inconstitucionalidad en otros preceptos de la propia ley (89), y lo que es más importante, no aporta ningún elemento diferenciador respecto a la declaración de nulidad. De ahí que tanto la determinación de los supuestos en que el Tribunal puede acudir a este tipo de fallos como sus concretas consecuencias jurídicas constituyan los principales problemas jurídicos de la figura de la incompatibilidad.

Son varias las causas que pueden haber contribuido a que se produjese una positivización como la descrita. La voluntad de dejar intacto el arraigado binomio inconstitucionalidad-nulidad puede haber sido una de ellas (90), pero debe tenerse en cuenta que es difícil, por no decir imposible, llevar a cabo una regula-

(87) Prueba de ello es su extensión en la práctica jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales de bastantes Länder (cfr. G. ULSAMER: «Abstrakte Normenkontrolle vor den Landesverfassungsgerichten [einschliesslich vorbeugende Normenkontrolle]», en STARCK/STERN [eds.]: *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, vol. II, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1983, págs. 43-83; K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, Munich, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1985, pág. 1040, nota 529).

(88) BGBl. I, 1765. Junto a la positivización de la figura de la incompatibilidad, esta reforma incluye aspectos tan dispares como la sede del Tribunal Constitucional, la unificación de la duración del mandato de los jueces constitucionales, los votos particulares, así como la reforma de diversas leyes para permitir que los magistrados puedan utilizar gratuitamente los ferrocarriles federales. En el proyecto de ley de esta reforma (BT-Drucks. VI/388) se afirma que con ella se pretende consolidar la posición del Tribunal Constitucional Federal como órgano constitucional supremo, así como mejorar su funcionamiento.

(89) Así, el artículo 78 BVerfGG sigue estableciendo que cuando el Tribunal Federal llegue al convencimiento de que el Derecho federal es incompatible con la Constitución, debe declarar su nulidad.

(90) En este sentido, A. GERONTAS: «Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *DVBl* (1982), págs. 490 y sigs.

ción minuciosa de una figura que se basa en la cooperación con el legislador ordinario y que ha surgido de la propia jurisprudencia constitucional (91). De ahí que tras la positivización de la inconstitucionalidad sin nulidad, el Tribunal Constitucional Federal alemán haya seguido perfilado, no sin vacilaciones, su régimen jurídico.

Las técnicas desarrolladas en Austria y Alemania constituyen, pues, claras manifestaciones de cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario para abordar el problema del restablecimiento de la igualdad. En ambos casos se pone de relieve que la solución cooperativa de este problema debe realizarse al margen del binomio inconstitucionalidad-nulidad a través de una técnica procesal que permita que el pronunciamiento del Tribunal mantenga separadas la detección de la discriminación y el restablecimiento de la igualdad. Sólo de esta forma es posible que el legislador restablezca la igualdad dando respuesta, al mismo tiempo, a un emplazamiento tácito o expreso por parte del Tribunal en este sentido. El efectivo restablecimiento de la igualdad depende, pues, de la imprescindible actuación del legislador.

Como se puede intuir fácilmente, este modelo no está exento de problemas en la práctica. El que sean propios de la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador y, por tanto, comunes a todas las técnicas que se enmarcan en la misma, permite analizarlos por sí mismos. El modo en que dichos problemas son abordados en Austria y Alemania puede servir para poner de manifiesto que existen diversas posibilidades para hacer frente a los mismos.

2. *Los problemas de la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo*

El primer problema que plantea la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario para hacer frente al restablecimiento de la igualdad en la ley afecta a los efectos de las sentencias que hacen uso de este modelo cooperativo. Si bien existen, como se ha visto, diversas técnicas para que el Tribunal se limite a detectar el carácter discriminatorio de un precepto, la imposibilidad de declarar su nulidad necesariamente implica que la norma declarada inconstitucional permanece, al menos formalmente, en el ordenamiento jurídico hasta que el legislador apruebe una nueva normativa que restablezca la igualdad. Cabe preguntarse, en consecuencia, cuál debe ser, durante este período interino, el com-

(91) En relación a los presupuestos y consecuencias de este tipo de fallos, la propia exposición de motivos de la ley de reforma (BT-Drucks. VI/1471) establece literalmente que «(...) una solución jurídica de estos problemas no es posible, por lo menos en el momento actual...».

portamiento de los operadores jurídicos respecto a la norma declarada inconstitucional.

Las técnicas empleadas en Austria y Alemania prevén la misma respuesta en relación al supuesto de hecho que, en su caso, da pie al pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En ambos países, el Tribunal Constitucional ordena la suspensión del procedimiento judicial a fin de que la ley que restablezca la igualdad le pueda ser aplicada. De esta forma se evita la clara contradicción de aplicar una norma discriminatoria al supuesto de hecho que ha puesto en evidencia dicha discriminación.

En cambio, respecto a los demás supuestos de hecho pendientes de resolución judicial o administrativa al tiempo de publicarse la sentencia del Tribunal o que puedan surgir durante el período interino, la solución es divergente en uno y otro país. En el caso austríaco, dado que el Tribunal Constitucional se limita a aplazar la derogación del precepto discriminatorio, éste permanece en vigor durante el plazo de espera que determine el propio Tribunal. De forma consecuente con esta técnica, el artículo 140.7 de la Constitución austríaca establece expresamente que las normas afectadas por este tipo de fallo deben seguir siendo aplicadas durante dicho plazo, a excepción del supuesto de hecho que ha dado lugar a la propia sentencia. Únicamente cuando transcurre el plazo de espera o si con anterioridad entra en vigor la ley reparadora aprobada por el legislador dichas normas dejan de ser aplicadas con carácter general.

Esta solución se decanta claramente por la seguridad jurídica (92). Pero la aplicación de normas discriminatorias durante el período interino, además de perpetuar la discriminación aun cuando ésta ha sido detectada, también puede impedir en algunos casos, como se verá, que el restablecimiento de la igualdad pueda afectar a todos los supuestos pendientes o que se planteen en dicho período. Como en tantos otros ámbitos, la seguridad jurídica se logra, pues, a costa de la justicia material.

En el ordenamiento alemán no existe, en cambio, una regulación positiva que determine cuál deba ser, respecto a las normas declaradas meramente inconstitucionales, el comportamiento de los operadores jurídicos durante el período interino. Tras una primera fase en que dichas normas solían ser aplicadas por los operadores jurídicos (93), a partir de la sentencia de 21 de mayo de 1974 (BVerfGE 37, 217) el Tribunal ha considerado que la regla general debe ser su inaplicación (*Anwendungssperre*) y la consiguiente suspensión de los procedimientos en que deberían ser aplicadas. De esta forma, se pretende que los supuestos de hecho

(92) Es evidente que una prestación social que estuviese muy extendida no podría dejar de aplicarse por su carácter discriminatorio hasta que el legislador aprobase una ley reparadora.

(93) BVerfGE 32, 189, 221; 34, 9, 44.

pendientes o que se suscitan durante el período interino también puedan beneficiarse de la ley reparadora que apruebe el legislador. No obstante, la tramitación del procedimiento legislativo de esta ley necesariamente implica el transcurso de cierto tiempo (94).

Excepcionalmente, sin embargo, debido a las insoportables consecuencias jurídicas que en algunos supuestos puede acarrear la inaplicación de una norma declarada simplemente inconstitucional (95), el Tribunal Constitucional Federal ha considerado que ésta debía seguir siendo aplicada, habiendo llegado incluso a establecer un plazo máximo para ello (96).

La delimitación entre dicha regla general y su excepción puede resultar, no obstante, problemática en la práctica habida cuenta que el Tribunal generalmente no se pronuncia expresamente al respecto. La escasa motivación ofrecida por el Tribunal en las sentencias en que se ha decantado en uno u otro sentido y la indeterminación de los términos empleados cuando ha intentado establecer criterios más o menos generales (97) tampoco han contribuido a dar mayor seguridad jurídica a los diversos operadores jurídicos.

Ante la ausencia de una regulación legal determinada es comprensible, pues, que en la práctica puedan surgir discrepancias (98). A ello hay que añadir que la doctrina científica tampoco es unánime a la hora de determinar cuál es el criterio a seguir en estos supuestos ni qué órgano es el competente para ordenar la aplicación o inaplicación de la norma inconstitucional durante el período interino (99). De ahí que éste constituya uno de los principales problemas de la figura alemana de la incompatibilidad o inconstitucionalidad sin nulidad.

(94) A partir del análisis de la jurisprudencia constitucional alemana en que el Tribunal ha recabado la cooperación del legislador llevado a cabo por P. HEIN (*Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze...*, cit., págs. 154 y sigs.) se deduce que éste ha solido aprobar generalmente la ley reparadora entre uno y dos años después de que la sentencia del Tribunal fuese publicada.

(95) Significativamente, los casos relativos a determinados status jurídicos (como el funcional) en que el Tribunal ha prescindido de la nulidad precisamente para evitar un vacío normativo que se consideraba más perjudicial que la existencia de una norma inconstitucional.

(96) BVerfGE 33, 303; 61, 319.

(97) Así, en la BVerfGE 61, 319 (356) el Tribunal consideró que «excepcionalmente deben seguir aplicándose total o parcialmente normas inconstitucionales cuando la particularidad de la norma declarada inconstitucional hace necesario que por motivos jurídico-constitucionales, especialmente de seguridad jurídica, la norma inconstitucional sea mantenida como regulación durante el período transitorio para que no se produzca una situación que se aleje todavía más del orden constitucional».

(98) Estas han sido más frecuentes entre los diversos órganos jurisdiccionales, ya que en el seno de la Administración suelen dictarse circulares estableciendo los criterios a seguir.

(99) Generalmente, sin embargo, la doctrina (por todos, CH. MÖNCH: *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1977, pág. 177; P. HEIN: *Die Unvereinbarerklärung...*, cit., pág. 196) considera que en aras de la seguridad jurídica debe ser el Tribunal Constitucional el que se pronuncie al respecto.

Son varias, pues, las soluciones posibles en relación al problema del comportamiento de los operadores jurídicos respecto a la norma cuya discriminación ha sido detectada por el Tribunal Constitucional. Las diversas opciones no sólo repercuten en la seguridad jurídica, sino que también pueden afectar, como se verá, al alcance del restablecimiento de la igualdad y, por consiguiente, a la efectividad de esta última. Pero también cabe tener en cuenta que la positivización de una concreta solución a este problema puede resultar difícil dada la heterogeneidad de supuestos que pueden darse en la práctica.

El segundo gran problema que conlleva el restablecimiento de la igualdad a través del modelo cooperativo afecta al Poder Legislativo. Si este modelo permite que sea el legislador el que restablezca la igualdad haciendo uso de su libertad de configuración, cabe preguntarse si éste está efectivamente obligado a restablecer la igualdad y cuál es el margen de maniobra que tiene para ello. El segundo de los intereses que concurre en el restablecimiento de la igualdad, la inmediatez y efectividad del mismo, depende de la respuesta que se dé a estos interrogantes.

La obligación del legislador de aprobar una ley reparadora deriva, por una parte, de la propia naturaleza del restablecimiento de la igualdad en cuanto competencia que le es funcionalmente atribuible, y por otra, de la necesidad de que dicho restablecimiento sea efectivo. Jurídicamente, algunos autores alemanes fundamentan dicha obligación a partir del sometimiento del Poder Legislativo al orden constitucional (artículo 20.3 de la Ley Fundamental) (100). La inactividad del legislador conllevaría, desde este punto de vista, la violación de la Constitución, ya que implicaría que la igualdad no se restablece. Sin embargo, el propio emplazamiento del Tribunal Constitucional Federal dirigido al legislador para que sea éste el que restablezca la igualdad también es alegado como fundamento de dicha obligación (101).

Pero más que su fundamento, el verdadero problema de la obligación de aprobar una ley reparadora radica en la ausencia de mecanismos jurídicos que garanticen su efectivo cumplimiento. Frente a este problema, que es común a todas las técnicas de cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario, la doctrina alemana, sobre todo, ha intentado formular diversas soluciones. Desde la posibilidad que una nueva sentencia del Tribunal anule la norma declara-

(100) Cfr. W. HEYDE: «Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrigkeitserklärung von Normen», en W. ZEIDLER (ed.): *Festschrift Faller*, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1974, pág. 54; A. GERONTAS: «Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle...», cit., pág. 488.

(101) La fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional establecida en el artículo 31.2 BVerfGG constituye para algunos autores (TH. MAUNZ: «Das verfassungswidrige Gesetz», cit., pág. 518; CH. PESTALOZZA: *Verfassungsprozessrecht...*, cit., pág. 354) el fundamento de dicha obligación. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina (H. HEUSSNER: «Folgen der Verfassungswidrigkeit...», cit., pág. 258; P. HEIN: *Die Unvereinbarerklärung...*, cit., págs. 171 y sigs.) basa la obligación del legislador de aprobar una ley reparadora tanto a partir del artículo 20.3 GG como del 31.2 BVerfGG.

da simplemente inconstitucional (102) hasta que en casos extremos el propio Tribunal Constitucional pueda dictar una regulación transitoria (103) pasando por la simple exigencia de responsabilidad derivada de la inactividad del legislador (104).

La insuficiencia de todos estos mecanismos para garantizar jurídicamente que el legislador apruebe una ley reparadora de la igualdad pone de manifiesto, sin embargo, que la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario se basa, sobre todo, en su propia voluntad y en la lealtad constitucional que en todo momento debe presidir su actuación.

Los límites del Derecho Constitucional para regular la actuación de las instituciones del Estado, que de ordinario se ponen de manifiesto respecto a la propia justicia constitucional, se hacen, pues, más evidentes si cabe en relación a la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario. Un incumplimiento sistemático por parte del legislador del deber de aprobar una ley reparadora, más que afectar jurídicamente al restablecimiento de la igualdad, pondría de manifiesto una verdadera crisis institucional.

Junto a este problema, el restablecimiento de la igualdad por parte del legislador también suscita el interrogante de cuál es su verdadero margen de libertad para llevarlo a cabo. El respeto a la libertad de configuración del legislador que fundamenta el propio modelo cooperativo impide, por un lado, que el Tribunal pueda ordenar cómo debe lograrse dicho restablecimiento. A lo sumo, el Tribunal debe limitarse a formular «recomendaciones orientadoras» (105) acerca de las diversas posibilidades existentes al respecto.

La necesidad de que la libertad se restablezca de la forma más rápida posible conlleva, por otra parte, que el legislador no pueda determinar libremente el momento en que debe aprobar la ley reparadora. El establecimiento de plazos por parte de los Tribunales Constitucionales alemán y austríaco en las sentencias que se limitan a detectar la discriminación en la ley, aunque generalmente se refieren a la aplicación de la normativa discriminatoria, no puede, obviamente, forzar al legislador a aprobar la ley reparadora dentro de los mismos (106). De ahí que de

(102) TH. MAUNZ: «Das verfassungswidrige Gesetz», cit., pág. 518; PH. GERBER: «Die Rechtssetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts», en *BöV* (1989), pág. 700; M. SACHS: «Blosse Unvereinbarerklärung», cit., pág. 659.

(103) A. P. POHLE: *Die Verfassungswidrigerklärung*, cit., pág. 163.

(104) P. HEIN: *Unvereinbarerklärung*, cit., pág. 175; K. SCHLAICH: *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pág. 245.

(105) F. TCMÁS Y VALIENTE: «A modo de sugerencia... Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador», en A. GARRORENA MORALES (ed.): *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 21.

(106) En el caso de Austria, las sucesivas reformas constitucionales en relación a la curación

forma más realista, en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional Federal alemán se haya limitado a señalar la necesaria «actuación sin demora» (107) por parte del legislador. En todo caso, sin embargo, la necesidad de que la ley reparadora supere el procedimiento legislativo conlleva, inexorablemente, que el restablecimiento de la igualdad no pueda ser inmediato.

La necesidad de que dicho restablecimiento sea, no obstante, efectivo puede exigir que la ley reparadora afecte a todos los supuestos planteados desde que el Tribunal detectó la discriminación. Cabe destacar, en este sentido, que el Tribunal Constitucional alemán ha llegado incluso a declarar la inconstitucionalidad de una ley reparadora por no haber restablecido la igualdad desde la declaración de inconstitucionalidad (108).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el alcance de la ley reparadora también depende de cuál haya sido el comportamiento de los operadores jurídicos en el período interino. Si se suspenden los procedimientos en que la norma discriminatoria debía ser aplicada, no existen excesivos problemas para que la ley reparadora pueda actuar efectivamente como tal respecto a dichos supuestos. En cambio, la aplicación de la norma discriminatoria durante este período puede impedir en algunos supuestos el efectivo restablecimiento de la igualdad desde que la norma fue declarada discriminatoria. La aplicación retroactiva de una ley reparadora de carácter restrictivo respecto a los supuestos que durante el período interino han resultado privilegiados por la norma discriminatoria difícilmente puede ser aceptable.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha podido demostrar, el restablecimiento de la igualdad en la ley ha sido el ámbito en que la relación entre el Tribunal Constitucional español y el Poder Legislativo ha sido más conflictiva en los ya catorce años de jurisprudencia constitucional. El binomio inconstitucionalidad-nulidad del artículo 39.1 LOTC no sólo se ha revelado dogmáticamente inadecuado en los supuestos de discriminación por exclusión tácita, sino que ha provocado que las sentencias constitucionales tuviesen unos efectos aditivos que en ocasiones incluso han sido criticados por algunos magistrados constitucionales. La incidencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de actuación funcional del Poder Legislativo ha sido aún más

del plazo de espera han sido precedidas, como se ha visto, precisamente por su incumplimiento por parte del legislador.

(107) BVerfGE 55, 100 (110).

(108) BVerfGE 55, 100.

clara en los supuestos en que el propio Tribunal se ha apartado de dicho binomio para restablecer directamente la igualdad ampliando el ámbito subjetivo de aplicación de regímenes tácitamente excluyentes.

El modelo tradicional de justicia constitucional consagrado en la LOTC no ha podido compatibilizar el inmediato restablecimiento de la igualdad con el debido respeto a la libertad de configuración del legislador dadas las peculiaridades de dicho restablecimiento derivadas del carácter relacional del principio de igualdad. Por ello, como demuestran las experiencias austríaca y alemana, la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo puede constituir un modelo más adecuado para armonizar estos intereses en conflicto. La declaración de la discriminación por parte del Tribunal Constitucional y el emplazamiento para que el legislador apruebe una ley reparadora que restablezca la igualdad de la forma que considere más conveniente no pueden producirse, sin embargo, a partir de la actual regulación de la LOTC. La necesidad de reformar el artículo 39.1 LOTC es, en este sentido, imprescindible para que el Tribunal pueda limitarse a detectar la discriminación.

La famosa STC 45/1989, de 20 de febrero, relativa a la tributación conjunta de las unidades familiares matrimoniales en relación al IRPF, constituye hasta el momento el único intento de nuestra jurisprudencia constitucional de abordar el restablecimiento de la igualdad normativa a través de un modelo cooperativo. Ante la existencia de infinitas posibilidades de restablecer la igualdad en un sistema trabado como el del IRPF, el Tribunal Constitucional emplazó al legislador ordinario, en una actitud de *self-restraint* digna de ser destacada, para que fuera éste el que llevase a cabo «las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa» (109). Como es sabido, el legislador dio respuesta a dicho emplazamiento con la aprobación de las leyes 20/1989, de 28 de julio, y 13/1991, de 6 de junio.

Esta cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario no sólo tuvo que forzar, lógicamente, la letra de la LOTC, sino que fue algo confusa desde el punto de vista dogmático. El hecho de acudir a la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad en relación a algunos preceptos y al binomio inconstitucionalidad-nulidad respecto a otros y el carácter prospectivo de la sentencia, fundamentado en unos casos a partir de la propia inconstitucionalidad sin nulidad y en los demás a partir de una interpretación extensiva del artículo 40.1 LOTC, hicieron posible que el Tribunal se limitase a detectar la discriminación, emplazando al legislador para que éste restableciera la igualdad.

Más allá de este por el momento único y confuso supuesto de cooperación en-

(109) STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11).

tre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario, cabe destacar que los elementos dogmáticamente necesarios para articular adecuadamente dicha cooperación ya se han dado de forma aislada en la propia jurisprudencia constitucional española. Por una parte, el Tribunal Constitucional ha prescindido de la declaración de nulidad en diversas ocasiones, si bien en supuestos y con objetivos muy diversos (110). Uno de estos supuestos ha sido precisamente la existencia de normas discriminatorias por su carácter tácitamente excluyente. Sin embargo, en estos casos el efecto conseguido ha sido, como se ha visto, diametralmente opuesto al perseguido por el modelo cooperativo. Por otra parte, la necesidad de respetar la libertad de configuración del legislador ha sido repetidamente reconocida por el Tribunal (111), teniendo una considerable trascendencia, como se ha puesto de manifiesto, en la STC 45/1989, de 20 de febrero.

Puede haber llegado el momento, pues, de que el Tribunal aborde el problema del restablecimiento de la igualdad en la ley a partir de la cooperación con el propio legislador. Como se ha visto, esta alternativa no está exenta, sin embargo, de problemas. La reforma de la LOTC, necesaria de todas formas en relación al artículo 39.1, no puede garantizar por sí misma, no obstante, el éxito de este modelo. La cooperación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo acentúa la necesidad de que ambas instituciones colaboren lealmente para garantizar el orden constitucional. Ello es imprescindible para armonizar al máximo intereses actualmente tan contradictorios como el efectivo restablecimiento de la igualdad en la ley y el respeto de la libertad de configuración del legislador.

(110) En la STC 45/1989, de 20 de febrero, el Tribunal pretendía, como se ha señalado anteriormente, declarar la inconstitucionalidad de la obligación de los matrimonios de tributar conjuntamente en relación al IRPF no porque dicho sistema fuese inconstitucional por sí mismo, sino porque no existían los correctivos necesarios para impedir que resultase discriminatorio. En cambio, en la STC 13/1992, de 6 de febrero, en relación a unas subvenciones consignadas en la Ley de Presupuestos, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad conllevó que el fallo tuviese efectos prospectivos. Como puso de manifiesto en el FJ 17 de dicha sentencia, el Tribunal pretendía de esta forma evitar los graves perjuicios que hubiese causado la nulidad de unas partidas presupuestarias ya agotadas.

(111) Entre otras muchas, SSTC 11/1981, de 8 de abril; 77/1985, de 27 de junio; 250/1988, de 20 de diciembre; 132/1989, de 18 de julio; 178/1989, de 2 de noviembre; 194/1989, de 16 de noviembre; 210/1990, de 20 de diciembre; 173/1992, de 29 de octubre; 221/1992, de 11 de diciembre.

JURISPRUDENCIA
Estudios y Comentarios

