

**22972** Pleno. Sentencia 159/1997, de 2 de octubre de 1997. Recurso de amparo 168/1994. Promovido por la entidad mercantil «Vidacar, S. L.», contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Baleares, así como contra la confirmación administrativa de las autoliquidaciones por el gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, creado por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, declarado inconstitucional y nulo por la STC 173/1996. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad ante la Ley y a la tutela judicial efectiva: efectos de la Sentencia recaída en una cuestión de inconstitucionalidad sobre un recurso de amparo pendiente. Votos particulares.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don José Gabaldón López, Presidente en funciones; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 168/94, interpuesto por la entidad mercantil «Vidacar, S. L.», representada por el Procurador de los Tribunales don José Murga Rodríguez y bajo la dirección del Letrado don Antonio Salva Martín, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 17 de diciembre de 1993. Han comparecido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, y ha sido Ponente el Magistrado don Julio Diego González Campos, quien expresa el parecer del Pleno.

#### I. Antecedentes

1. Don José Murga Rodríguez, Procurador de los Tribunales y de «Vidacar, S. L.», por escrito que tuvo su entrada en el Registro de este Tribunal Constitucional el 18 de enero de 1994, interpone recurso de amparo contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (T.S.J.) de Baleares, de 17 de diciembre de 1993, así como contra la confirmación administrativa de las autoliquidaciones por el gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar practicadas por la actora y correspondiente al ejercicio de 1990.

2. La fundamentación fáctica de la demanda, según se deduce de la misma y de las actuaciones administrativas y judiciales remitidas a este Tribunal es, en esencia, la siguiente:

A) El 5 de julio de 1991 la entidad demandante de amparo, dedicada a la explotación de máquinas recreativas de tipo «B», solicitó de la Delegación de Hacienda de Baleares la rectificación de las declaraciones-liquidaciones practicadas por aquella del gravamen complementario de la tasa fiscal que grava los juegos de suerte, envite o azar correspondiente a 1990, por estimar que dicho gravamen complementario, estable-

cido por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 20 de junio, vulneraba preceptos constitucionales.

B) El 11 de octubre de 1991 la entidad demandante de amparo interpuso contra la confirmación administrativa presunta de tales declaraciones-liquidaciones reclamación económico-administrativa, a la que correspondió el núm. 1.049/91, ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Baleares.

C) Denegada expresamente por Acuerdo de la Delegación de Hacienda Especial de Baleares, de 14 de noviembre de 1991, la rectificación de las declaraciones-liquidaciones solicitada por la demandante de amparo, ésta interpuso el 28 de enero de 1992 nueva reclamación económico-administrativa, a la que correspondió el núm. 93/92, que fue acumulada a la anterior.

D) Ambas reclamaciones fueron desestimadas por Resolución del referido Tribunal Económico-Administrativo Regional de 29 de junio de 1992, en la que dicho órgano administrativo se consideró incompetente para juzgar de la posible lesión de derechos o vulneración de principios constitucionales como consecuencia de la aplicación de las normas, o incluso para promoverla ante el correspondiente Tribunal.

E) «Vidacar, S. L.», interpuso contra dicha Resolución el 15 de septiembre de 1992, recurso contencioso-administrativo ante la correspondiente Sala del T.S.J. de Baleares. En la demanda solicitó el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 38 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, por entender que el mismo lesiona los principios de irretroactividad y seguridad jurídica previstos en el art. 9.3, en relación con el 38, ambos de la C.E., el principio de igualdad de los arts. 14 y 31 C.E., y los principios de progresividad y capacidad económica recogidos en este último.

F) El recurso contencioso-administrativo interpuesto fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de 17 de diciembre de 1993, en la que se efectúan diversas consideraciones acerca de la no inconstitucionalidad, a juicio de la Sala, del art. 38.2 de la Ley 5/1990.

3. En la demanda de amparo se alega violación, de un lado, del art. 14 C.E., por el trato fiscal discriminatorio que el establecimiento del referido gravamen complementario para 1990 habría supuesto para la entidad recurrente, dedicada a la explotación de máquinas recreativas de tipo «B», respecto de empresas dedicadas a otros juegos u otras actividades del sector del juego, tales como casinos, bingos, rifas, tómbolas y boletos; a cuyos efectos se argumenta con base en la configuración legal de la tasa fiscal sobre el juego, la doctrina de este Tribunal en STC 126/1987 relativa a la no inconstitucionalidad de otro gravamen complementario del mismo tributo en su día establecido para 1983 y la motivación aducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley 5/1990 para el establecimiento del gravamen complementario para 1990. Y violación asimismo, por otro lado, del art. 24.1 C.E., a causa de la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por la demandante respecto del art. 38 de la Ley 5/1990, en cuanto a la creación por el mismo efectuada del referido gravamen complementario para 1990; argumentando para ello la recurrente con base en las diferencias que existirían entre el supuesto al que se refería la STC 126/1987 y el actual, en la pretendida inconstitucionalidad del establecimiento de dicho gravamen complementario para 1990, por vulneración, no sólo de la igualdad jurídica (art. 14 C.E.), sino también de la seguridad jurídica por retroactividad ilícita (art. 9.3 C.E.), e incluso de la libertad de empresa, y en lo que se viene a calificar como denegación de acceso «a un recurso como es el

de inconstitucionalidad». Se solicita que se declaren nulas las resoluciones recurridas.

4. La Sección Cuarta acordó por providencia de 30 de mayo de 1994 admitir a trámite la demanda de amparo; dirigir atenta comunicación al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Baleares para que en plazo de diez días remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones; y dirigir asimismo atenta comunicación a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Baleares para que en el plazo de diez días remitiese igualmente certificación o fotocopia adverada de las actuaciones, emplazando previamente a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la recurrente en amparo, para que, en plazo de diez días, pudieran comparecer en el recurso de amparo y defender sus derechos, y haciendo constar en el emplazamiento la exclusión de quienes quisieran coadyuvar con el recurrente o formular cualquier impugnación y les hubiera ya transcurrido el plazo que la Ley Orgánica de este Tribunal establece para recurrir. Todo ello condicionado a que por el Procurador de la recurrente en amparo se acreditara en plazo de diez días la representación que decía ostentar, lo que hizo el 9 de junio de 1994, aportando el correspondiente poder general para pleitos.

5. La Sección Tercera acordó por providencia de 22 de diciembre de 1994, dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente, al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para que en el mismo pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. La parte recurrente, por escrito presentado el 25 de enero de 1995, abundando en la argumentación efectuada en la demanda de amparo, dijo en esencia lo siguiente:

A) La impugnación de las 83 autoliquidaciones del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego, confirmadas administrativamente y jurisdiccionalmente declaradas ajustadas a Derecho, se basa en la infracción de los arts. 14 y 24.1 C.E., en relación con el principio de seguridad jurídica y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.), así como con los principios de capacidad económica y confiscatoriedad (art. 31.1 C.E.).

B) En cuanto al derecho a la igualdad reconocido por el art. 14 C.E., el art. 38.2 de la Ley 5/1990 vino a crear un gravamen complementario para 1990, sólo aplicable a las máquinas de juego o de azar, que supuso un incremento de la fiscalidad aplicable a éstas de un 148,45 por 100 respecto de la establecida para el mismo año 1990 por el Real Decreto-ley 7/1989, mientras que se mantuvo inalterado el tipo general del 20 por 100 aplicable al juego y sólo se aumentó ligeramente el tipo aplicable a los casinos de juego. Tal desigualdad de trato vulneraría el art. 14 C.E. conforme a los criterios establecidos por doctrina reiterada y constante de este Tribunal. Que las situaciones que se comparan serían iguales se deduciría de que el art. 3, apartado 1.º, del Real Decreto-ley 16/1977, definidor del hecho imponible de la tasa fiscal sobre el juego, no diferenciaría la actividad gravada atendiendo a que se desarrolle en bingos, casinos o mediante máquinas, y ello a pesar de las diferenciaciones introducidas por el apartado 4.º en cuanto a los tipos tributarios, respondiendo el establecimiento de una cuota fija para las máquinas de juego o azar a un fin de orden práctico. El que la finalidad primera del legislador no fue establecer para las máquinas un tipo distinto del general, sino una cuota fija que hubiese representado aproximadamente el tipo general del 20 por 100, habría sido reconocido por este Tribunal en STC 126/1987 para justificar la constitucionalidad del

gravamen complementario establecido por la Ley 5/1983. Y de la motivación de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista en virtud de la cual el gravamen complementario fue establecido por la Ley 5/1990 se inferiría asimismo que el legislador no es ajeno a la relación porcentual que debe existir entre la cuota fija y los ingresos obtenidos por las máquinas de juego. Como no podría ser de otra forma, puesto que, como se ha reconocido en la STC 296/1994, pese a la denominación de tasa, nos encontramos ante un impuesto cuyo fin es gravar la capacidad contributiva. Por lo que no existen elementos objetivos ni racionales que autoricen a que la cuota fija aplicable a las máquinas de juego equivalga a la aplicación de un tipo impositivo muy superior al general del 20 por 100, mientras que según dictamen pericial obrante en autos la fiscalidad resultante de la aplicación de la Ley 5/1990 habría representado el 29,41 por 100 de los ingresos.

Suponiendo que, como se dice en la motivación de la enmienda socialista, la fiscalidad de los rendimientos de las máquinas de juego hubiese representado un 11,18 por 100 de los ingresos, ello podría haber explicado una subida de las cuotas fijas de un 80 por 100, mas no la producida de un 148 por 100, máxime cuando la norma atenta a la seguridad jurídica consagrada en el art. 9.3 C.E., al tratarse de una retroactividad de tipo medio y no ser previsible tal incremento, pues a finales de 1989 habían sido fijadas por Real Decreto-ley las cuotas para 1990 y la referida enmienda socialista no se introduce hasta abril de 1990. En cuanto a las justificaciones no fiscales de la enmienda socialista, la función extrafiscal del sistema tributario, reconocida por este Tribunal, no permite que el resultado sea dispensar un trato desigual a hechos iguales. Si lo pretendido era frenar el incremento del gasto en los juegos, se debería haber frenado por igual el gasto de todos los juegos, y no sólo el de las máquinas; y la forma de incidir en el crecimiento del gasto en los juegos sería gravar al jugador, y no —como se habría hecho— a determinadas empresas de juego, con lo que se han eliminado del mercado numerosas empresas de máquinas, mientras el jugador ha seguido jugando la misma cantidad de dinero. La finalidad de la enmienda socialista de controlar la actividad de juego y redistribuir una parte de ese gasto personal en juego sería encomiable si se hubiese aplicado con criterios de igualdad a todos los sectores del juego. Y la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Cataluña había planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 38.2 de la Ley 5/1990, mediante Auto de 11 de septiembre de 1993, por posible vulneración de los principios de no arbitrariedad, igualdad, progresividad, no confiscatoriedad e irretroactividad, señalándose en el mismo que se pasó a fijar una cuota única por máquina recreativa, cuando sería obvio que no todas las máquinas obtienen los mismos ingresos.

C) Y por lo que respecta a la violación del art. 24.1 C.E., el art. 35 LOTC establece que las partes podrán instar del Juez o Tribunal que plantee cuestión de inconstitucionalidad, y que el órgano judicial, antes de resolver por Auto sobre ello, debe preceptivamente oír a las partes sobre la pertinencia de tal planteamiento. Lo que no hizo en este caso la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de modo que se situó a la recurrente en una situación de indefensión formal y material, conforme a la doctrina de la STC 212/1994.

7. El Abogado del Estado, por escrito que tuvo su entrada el 16 de enero de 1995, alegó, en esencia, lo siguiente:

No hubo, manifiestamente, infracción del art. 24.1 C.E., por el no planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, conforme a reiterada jurisprudencia cons-

tucional (SSTC 62/1992, 130/1994). Y es erróneo el argumento de la demanda que invoca al respecto el derecho de acceso a los recursos previstos por el legislador.

El caso planteado por la demanda de amparo es prácticamente idéntico al resuelto por STC 126/1987, descansando en la doctrina de ésta la previsión del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990. Salvo que la Sala considerase necesario apartarse de tal doctrina, para lo que el asunto habría de elevarse al Pleno (art. 13 LOTC), el presente recurso debiera haber sido inadmitido conforme al art. 50.1 d) LOTC, lo que ahora bastaría para su desestimación. Conforme a las SSTC 53/1993 y 54/1993, el problema planteado en la demanda de amparo cae en el ámbito del art. 31.1 C.E., portador de derechos no susceptibles de amparo constitucional (arts. 53.2 C.E. y 41 LOTC), lo que también es motivo de inadmisión [art. 50.1 a) LOTC] y denegación del amparo. La doctrina de la STC 126/1987, en relación con la constitucionalidad de otro gravamen complementario de la misma tasa o impuesto, doctrina corroborada por las posteriores SSTC 150/1990, 197/1992 y 205/1992, es plenamente aplicable al presente supuesto, en el que sigue tratándose de un hecho imponible de naturaleza duradera, en el que tal gravamen sólo se aplica en el ejercicio de 1990, y en el que con dicho gravamen se pretende un reparto más justo de la carga fiscal entre los diversos tipos de juegos, y al mismo tiempo finalidades extrafiscales (disuasión del juego en máquinas «B» y «C»); por lo que también procede denegar el amparo. Y en cuanto a la supuesta infracción del art. 14 C.E., los argumentos de la demandante —dice el Abogado del Estado— parecen apuntar más bien a la idea de exceso o falta de proporcionalidad; pero siendo legítimos —concluye— los fines perseguidos, sin que tal legitimidad sea discutida por la demandante, y hasta aceptándose los datos ofrecidos por ésta, no puede considerarse excesiva o desproporcionada una imposición que no llega al 30 por 100 del producto (ingresos brutos del juego), ni las comparaciones con el año fiscal precedente o con el tipo general del 20 por 100 denotan quiebra alguna del principio de proporcionalidad, que tampoco ha sido probada por la demandante.

Por todo lo cual solicitó la total denegación del recurso de amparo.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, por escrito que tuvo su entrada el 30 de enero de 1995, tras exponer los hechos sostuvo en esencia, como fundamentación jurídica, lo siguiente:

En cuanto a la alegación de la demandante referida al derecho a la tutela judicial efectiva, tal alegación incurre en la causa de inadmisión —en este trámite de desestimación— de falta de contenido constitucional. Este Tribunal ha declarado reiteradamente (ATC 132/1988 y STC 119/1992, entre otros) que tal derecho fundamental no es vulnerado por la negativa del órgano judicial a suscitar cuestión de inconstitucionalidad. Sin que, por otro lado, tal negativa, en el presente caso ampliamente desarrollada, haya supuesto denegación alguna de acceso a un recurso, como se pretende por la demandante.

En lo que se refiere al derecho a la igualdad del art. 14 C.E., la demandante atribuye su violación a la norma aplicada más que al acto administrativo de aplicación y a la Sentencia recurrida. La correspondiente resolución tendría su cauce en una cuestión de inconstitucionalidad, no planteada por el órgano judicial, más que en un recurso de amparo. Por lo que también en este punto incurriría la demanda de amparo en causa de inadmisión, ahora de desestimación, conforme al

art. 50.1 b), en relación con los arts. 43 y 44.1 a), todos ellos de la LOTC, al no ser imputable a la Administración ni de modo inmediato o directo al órgano judicial la alegada violación de tales derechos o libertades.

Si existe violación de tales derechos dependerá de que se declare conforme o no a la Constitución la norma en que se fundamenta la Sentencia recurrida. El objeto del presente recurso de amparo coincide sustancialmente, en parte al menos, con la cuestión de inconstitucionalidad 3.563/93, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Cataluña sobre el art. 38.2 de la Ley 5/1990, y otras a ella acumuladas, pendientes de resolución; por lo que debería suspenderse la resolución del presente recurso de amparo, hasta que sea resuelta la indicada cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que por el Ministerio Fiscal se interese la desestimación del presente recurso, al igual que se hizo respecto de la cuestión de inconstitucionalidad.

En consecuencia, el Fiscal interesó la suspensión de la tramitación del presente recurso hasta que se resuelva la cuestión de inconstitucionalidad 3.563/93; y que, una vez dictada Sentencia en la misma, se desestime el presente recurso en lo que se refiere a la alegación de violación de la tutela judicial efectiva, y, según resulte de aquélla, en lo referente al principio de igualdad.

9. Por providencia de 15 de julio de 1997, el Pleno, de conformidad con el art. 10 k) LOTC, acordó, a propuesta de la Sala Segunda, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

Por providencia de 30 de septiembre de 1997, se señaló para deliberación y fallo del presente recurso el día 2 de octubre siguiente.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se plantea contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Baleares de 17 de diciembre de 1993, así como contra la confirmación administrativa de las autoliquidaciones correspondientes al ejercicio de 1990 practicadas por la actora en concepto de gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, creado por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria. La demanda se fundamenta, de un lado, en la violación del art. 14 C.E., por el trato discriminatorio que el mencionado gravamen complementario habría supuesto para la entidad recurrente, dedicada a la explotación de máquinas recreativas tipo «B», respecto de las empresas dedicadas a otros juegos u otras actividades del sector del juego. De otro, en la vulneración del art. 24.1 C.E., en relación con el principio de seguridad jurídica y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.), así como con los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad (art. 31.1 C.E.), a causa de la decisión del Tribunal de las Islas Baleares de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por «Vidacar, S. L.», sobre el art. 38 de la Ley 5/1990.

Así indicado el objeto del presente recurso, sobre cuyo acotamiento se volverá más adelante, también es preciso poner de manifiesto desde el comienzo una circunstancia singular del presente caso: que como se desprende de las actuaciones, la entidad recurrente alegó ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Baleares la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, por infracción de los principios de igualdad, capacidad económica, no confiscatoriedad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos en

relación con el de seguridad jurídica (arts. 9.3, 14 y 31.1 C.E.); e impugnó ante el T.S.J. de las Islas Baleares la resolución recaída con base asimismo en los mencionados principios y en la libertad de empresa que el art. 38 C.E. reconoce. Y ha ocurrido que, con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo, el Pleno de este Tribunal ha dictado la STC 173/1996, que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 3.563/93, 3.564/93, 3.565/93 y 100/94, planteadas en relación con el mencionado art. 38.2.2 de la Ley 5/1990; decisión en la que hemos declarado inconstitucional y nulo el precepto que se acaba de citar, por haber llevado a cabo «retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de suficiente justificación, lo que conduce a estimar que en este caso se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 C.E.» (STC 173/1996, fundamento jurídico 5.º).

2. Los dos extremos expuestos en el fundamento jurídico precedente han de determinar tanto el alcance de nuestro enjuiciamiento como el orden en el que ha de llevarse a cabo. Ciñéndonos a las pretensiones ejercitadas en la demanda y a los términos en que ésta las conforma (SSTC 64/1991 y 143/1994) será precedente determinar, en primer lugar, si la resolución judicial y los actos administrativos impugnados, al aplicar el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, han vulnerado los preceptos constitucionales invocados por la recurrente. Aunque una precisión es aquí necesaria para acotar debidamente el ámbito de nuestro enjuiciamiento: que son los derechos a la igualdad ante la Ley (art. 14 C.E.) y a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales (art. 24.1 C.E.) los que cabe exclusivamente examinar en este proceso de amparo. Pues las previsiones de la Constitución y de nuestra Ley Orgánica sobre los presupuestos del presente proceso (art. 53.2 C.E. y art. 41.1 LOTC) impiden que este Tribunal pueda entrar a considerar la constitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 a la luz de los principios, también invocados por la entidad recurrente, de los arts. 9.3 y 31.1 C.E., dado que éstos no están protegidos en la vía de amparo.

Seguidamente, hemos de abordar la cuestión que se deriva de la circunstancia sobrevenida a que antes se ha hecho referencia. Esto es, la de haberse dictado por el Pleno de este Tribunal, con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, la citada STC 173/1996. Pues es preciso determinar cuál es el efecto que esta Sentencia puede producir sobre un recurso de amparo pendiente y que versa, precisamente, sobre el precepto legal cuya inconstitucionalidad y nulidad hemos declarado.

3. Pasando ya al examen de la primera queja, basada en la pretendida lesión del principio de igualdad, ha de tenerse presente que es a la propia norma legal y, más concretamente, al art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, y no a la aplicación administrativa y judicial de la misma, a la que la recurrente achaca el trato desigual alegado. Ahora bien, dado que el art. 14 C.E. es invocado frente a la Ley Tributaria y el art. 31.1 C.E. también alude al principio de igualdad como uno de los que han de inspirar «un sistema tributario justo», conviene indicar previamente, en lo que aquí es relevante, los elementos aportados por nuestra jurisprudencia en relación con el contenido de dicho principio en uno y otro precepto constitucional.

Ha de recordarse, en primer lugar, que no toda proclamación constitucional del principio de igualdad es reconducible, sin más, a la efectuada por el art. 14 C.E.

Pues específicamente no lo es, en cuanto aquí interesa, la del principio de igualdad en materia tributaria contenida en el art. 31 C.E., como así lo ha declarado con rotundidad este Tribunal en diversas ocasiones (SSTC 19/1989, fundamento jurídico 3.º, 53/1993, fundamento jurídico 1.º, y 54/1993, fundamento jurídico 1.º; asimismo, AATC 230/1984, fundamento jurídico 1.º, y 392/1985, fundamento jurídico 2.º). Y si bien ello no significa que este Tribunal no pueda llegar a apreciar —como, por ejemplo, hizo en las SSTC 209/1988 y 45/1989— una infracción del art. 14 por la Ley Tributaria, si excluye claramente que, so capa de una invocación meramente «formal» del art. 14 C.E., en realidad el recurrente de amparo venga a apoyarse en el art. 31.1 C.E., precepto éste que, como se ha dicho, no puede servir de fundamento a una pretensión en este proceso constitucional, por imperativo del art. 53.2 C.E. y del art. 41.1 LOTC.

En segundo término, respecto al diferente contenido de la igualdad en los arts. 14 y 31.1 C.E. este Tribunal ha declarado que «la igualdad que se reclama en el art. 31 C.E. va íntimamente enlazada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad, por lo que no puede ser, a estos efectos, reconducida sin más, a los términos del art. 14 C.E.» (STC 54/1993, fundamento jurídico 1.º, con cita de la STC 27/1981, fundamento jurídico 4.º). Y en el mismo sentido, hemos precisado que la mención en el art. 31.1 C.E. del principio de igualdad conjuntamente con el de progresividad evidencia que el primero de ellos «no puede ser entendido en términos tales que impidan al legislador, al establecer el sistema fiscal que estima justo, introducir diferencias entre los contribuyentes, bien sea atendiendo a la cuantía de sus rentas, al origen de éstas o cualesquiera condición social que considere relevante para atender al fin de la justicia». De suerte que la vulneración del art. 14 C.E. por la Ley Tributaria sólo se producirá, eventualmente, «cuando arbitrariamente se establezcan discriminaciones entre contribuyentes entre los cuales no media ninguna razón objetiva de diferenciación» (ATC 230/1984, fundamentos jurídicos 1.º y 2.º). Lo que nos indica, en suma, la necesidad de distinguir las diferencias entre personas o grupos de personas por razones subjetivas, a las que se refiere el art. 14 y, de otro lado, las que contempla en el art. 31.1 C.E. en relación con el principio de igualdad, basadas en razones objetivas atinentes a la renta o los ingresos de los sujetos.

4. Si a la luz de la doctrina que se acaba de exponer se examinan los argumentos en los cuales la entidad recurrente apoya su pretensión, cabe observar que en el presente recurso de amparo no se alega trato discriminatorio alguno por razón de cualquiera de las circunstancias personales o sociales a que se refiere el art. 14 C.E. Ni tampoco, como en los casos resueltos por los AATC 301/1985 y 392/1985 —recaídos en recursos de amparo interpuestos contra la regulación reglamentaria del gravamen complementario para 1983 de la misma tasa fiscal—, se alega trato desigual de la recurrente en amparo respecto a alguno o algunos de sus verdaderos iguales, quienes serían, en principio, a los efectos que aquí nos ocupan, las demás empresas explotadoras de máquinas de juego. Y si bajo la invocación formal del art. 14 C.E. se ha alegado el diferente trato obtenido por ella, en cuanto explotadora de máquinas de juego, a causa del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, en comparación con las empresas dedicadas a otras modalidades de juego, es obvio que no existe identidad sustancial con el término de comparación aducido. Pues al margen de otras razones basta señalar que se ha

producido en la normativa fiscal una diferenciación jurídica en el seno de un mismo tributo y de un mismo hecho imponible definido genéricamente, como ya se aprecia en el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de marzo, y se corrobora posteriormente en el Real Decreto-ley 9/1980, de 26 de septiembre, y el Real Decreto 593/1990, de 27 de abril. Por lo que tampoco cabe cuestionar desde la perspectiva del art. 14 C.E. las cuantías legalmente establecidas para las cuotas fijas o el incremento para 1990 establecido por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 en el que la recurrente basa su queja.

De otra parte, el examen de las alegaciones también pone de relieve, en primer lugar, que la recurrente invoca conjuntamente, como infringidos, los arts. 14 y 31.1 C.E., aunque formalmente sólo sea el primero el que encabeza la queja en la demanda de amparo. En segundo término, que partiendo de un *dictum* de la STC 126/1987, fundamento jurídico 4.º, la recurrente reclama para las empresas explotadoras de máquinas o aparatos para la explotación de juegos una «presión fiscal idéntica», o, al menos, no superior a la soportada por otras empresas dedicadas a modalidades distintas en el sector del juego, que llega a cuantificar en un 20 por 100; para lo que parte, conviene indicarlo, de una comparación general en términos de porcentajes sobre los ingresos brutos, sin que nada se diga, por ejemplo, de los ingresos o beneficios netos de cada modalidad de juego. Por último, que la entidad demandante de amparo ha tratado y trata de establecer, tanto en la vía jurisdiccional previa como incluso en este proceso constitucional, una vinculación o conexión entre la igualdad reclamada y otros principios, como el de capacidad económica, también contenido en el mencionado art. 31.1 C.E.

De ello se desprende con claridad que la posible inconstitucionalidad que la recurrente imputa al art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, por su eventual contradicción con el principio de igualdad, no residiría realmente en una discriminación contraria al art. 14 C.E. por estar basada en una diferenciación de índole subjetiva, sino en una desigualdad fundada en elementos objetivos, que es la contemplada por el art. 31.1 C.E. Y, por tanto, la conclusión última sólo puede ser, a la luz de la doctrina antes expuesta, que nos encontramos ante una eventual desigualdad no susceptible de ser corregida por el cauce del presente proceso de amparo, aunque pueda serlo, en su caso, por el de otros procesos constitucionales, como el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad.

5. En cuanto a la pretendida infracción del art. 24.1 C.E., que la demandante de amparo achaca al no planteamiento por la Sala de lo Contencioso-Administrativo sentenciadora de la cuestión de inconstitucionalidad instada por la propia demandante, añadiendo además en su escrito de alegaciones la de indefensión por no haber sido oída conforme a lo dispuesto por el art. 35.2 LOTC, no son precisos esfuerzos argumentales especialmente densos para concluir que tales vulneraciones no han existido:

A) Como este Tribunal ha afirmado con reiteración «suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevocable del órgano judicial (SSTC 148/1986 y 23/1988), el cual por el mero hecho de no plantearla y de aplicar la Ley que, en contra de la opinión del justiciable, no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste (AATC 10/1983 y 301/1985). No resulta posible plantear a este Tribunal, mediante la alegación del art. 24 C.E., el control sobre la decisión que los Jueces adopten al respecto, o el no uso por éstos de la facultad

que les atribuye el art. 163 C.E.» (STC 67/1988, fundamento jurídico 7.º). «El órgano judicial —se añade en la misma STC 67/1988—, sometido a la Ley y a la Constitución, en el momento de la aplicación de una norma cuya constitucionalidad se cuestiona, puede y debe realizar un examen previo de constitucionalidad que, sin embargo, no tiene por qué ser explícito. Sólo en caso de que ese examen le lleve a un resultado negativo y para poder dejar de aplicar el precepto legal al caso controvertido ha de suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad (STC 23/1988). Si aplica la norma respetando su sujeción a la Ley (art. 117.1 C.E.), ello quiere decir que no la ha estimado inconstitucional» (en sentido similar, SSTC 206/1990, fundamento jurídico 2.º, y 119/1991, fundamento jurídico 2.º, entre otras). Doctrina ésta que, por lo demás, resulta tanto más aplicable al presente supuesto cuando la apreciación de no inconstitucionalidad, por parte del órgano judicial, de la norma aplicada, ha sido explícita y extensamente razonada en su Sentencia, dada la fundamentación de inconstitucionalidad de la pretensión de la actora.

B) A tal conclusión no puede oponerse el que otras Salas de lo Contencioso-Administrativo hayan planteado ante este Tribunal numerosas cuestiones de inconstitucionalidad sobre el mismo art. 38.2.2 de la Ley 5/1990. En efecto, no puede entenderse que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Baleares estuviera vinculada por decisiones de otras Salas de otros Tribunales Superiores de Justicia sobre la procedencia de plantear cualesquiera cuestiones de inconstitucionalidad; menos todavía, como queda relatado, que de esa hipotética vinculación pueda nacer, de no seguirse, vulneración alguna del derecho a acceder a la tutela de los Tribunales. A lo que cabe agregar, además, que en el presente caso la admisión a trámite de la primera en el tiempo de tales cuestiones, planteada por una Sala distinta —la de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Cataluña—, fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» con posterioridad a ser dictada la Sentencia aquí recurrida en amparo, por lo que su planteamiento no tuvo por qué ser conocido por la Sala de Baleares antes de adoptar su decisión en sentido contrario.

C) Por lo demás, y aparte la impropiedad que supone la invocación que hace la demandante de doctrina de este Tribunal acerca del derecho de acceso a los recursos y de la falta de audiencia en un supuesto de inadmisión de un recurso de casación —puesto que la cuestión de inconstitucionalidad que los Jueces y Tribunales ordinarios pueden plantear ante este Tribunal Constitucional no constituye, obviamente, «recurso» alguno—, tampoco se aprecia en el caso indefensión constitucionalmente relevante de ningún género. Lo que ha ocurrido es, sencillamente, que, tras exponer la demandante ante dicha Sala, en los momentos procesales hábiles para ello, cuanto ha estimado de interés y conveniente a su derecho para suscitar en la misma dudas acerca de la inconstitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, dicho órgano jurisdiccional, tras un examen y análisis razonado de esas alegaciones, e incluso de la prueba y antecedentes aportados por la propia recurrente, en el ejercicio de su jurisdicción, ha rechazado las dudas de constitucionalidad que en él trataban de provocarse.

Siendo, pues, inexistentes para el órgano juzgador las dudas de constitucionalidad, tampoco procedía abrir el específico trámite de audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal previsto en el art. 35.2 LOTC. Tal y como se dijo en la STC 133/1987, fundamento jurídico 1.º, el art. 35 LOTC «no contiene un recurso a disposición de las partes de un proceso, del cual haya sido privado el recurrente. Por el contrario, la cuestión de

inconstitucionalidad es un medio para asegurar la primacía de la Constitución, que corresponde en forma exclusiva al órgano judicial. La decisión de éste respecto al planteamiento de la cuestión no afecta, pues, al derecho de defensa de los derechos fundamentales de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo». A lo que cabría añadir, por agotar la argumentación, que ninguna indefensión material cabe apreciar en supuestos como el presente, en el que la recurrente tuvo efectiva oportunidad de exponer cuantas alegaciones convenían a su pretensión de que fuera planteada la cuestión, alegaciones detenidamente rechazadas en la resolución impugnada y que por esto mismo tuvieron efectivo acceso a la tutela de los Tribunales en condiciones que permitieron adecuadamente su defensa.

6. El segundo paso en nuestro enjuiciamiento consiste en determinar cuál es el efecto de la reciente STC 173/1996, del Pleno de este Tribunal, dictada cuando la resolución del presente recurso de amparo aún se hallaba pendiente. Pues como antes hemos visto, la recurrente alegó, con carácter previo a este proceso, al igual que ha sostenido en la demanda de amparo, la inconstitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990. Cuando es precisamente este precepto legal el que ha sido declarado inconstitucional y nulo en dicha Sentencia, dictada con posterioridad a la interposición por la entidad recurrente del presente recurso de amparo.

A este fin, conviene tener en cuenta, de un lado, que el recurso de amparo tiene como «finalidad esencial» (STC 1/1981 fundamento jurídico 2.º) la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades contemplados en el art. 53.2 C.E., a los que exclusivamente se circunscribe su ámbito (SSTC 10/1985, 32/1987 y 54/1993, entre otras), de tal modo que a lo único que este Tribunal puede dar respuesta en dicho proceso es a la existencia o no de una vulneración de los mencionados derechos y libertades fundamentales, sin que le resulte posible hacer pronunciamiento alguno que exceda de dicho ámbito. Pues, aun cuando pueda admitirse «una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares», esta posibilidad queda debilmente limitada: De una parte por los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 30 C.E.; de otra «a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual de sus derechos» (STC 41/1981, fundamento jurídico 1.º).

De otro lado, nuestro enjuiciamiento ha de partir de otro dato, que entaza con el anterior: que «la precisión de la naturaleza y finalidad y, por consiguiente, del ámbito de nuestra jurisdicción en los distintos procesos constitucionales establecidos en los arts. 161 y 163 C.E.», como hemos dicho recientemente en la STC 126/1997, fundamento jurídico 5.º, reiterando la doctrina de la STC 114/1995, fundamento jurídico 2.º Lo que configura no sólo las relaciones entre los órganos jurisdiccionales y este Tribunal en materia de garantías constitucionales, sino también las relaciones entre los distintos procesos que nos corresponde resolver de acuerdo con la Constitución y nuestra Ley Orgánica. Pues como se ha declarado en las decisiones antes citadas, la intervención de este Tribunal no sólo requiere un elemento común, la existencia de un problema de constitucionalidad o, si se quiere, de interpretación de los preceptos de la Constitución. También exige que el problema constitucional tenga abierto el acceso dentro del ámbito de la jurisdicción de este Tribunal en los distintos procesos constitucionales, según lo dispuesto en la Norma fundamental y en nuestra Ley Orgánica.

De lo que se desprende una consecuencia, expuesta en las mencionadas SSTC 114/1995 y 126/1997: Que si el ámbito de uno de los procesos, por ejemplo el recurso de amparo, impide al Tribunal pronunciarse sobre dicha cuestión, no está excluido en modo alguno que el mismo problema de constitucionalidad pueda llegar más tarde ante este Tribunal por otro cauce procesal distinto, por ejemplo el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad y, en tal caso, siempre que tenga jurisdicción sobre dicho proceso, podrá y deberá resolverlo, en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC). Como precisamente ha ocurrido en el caso resuelto por la STC 126/1997 a diferencia del de la STC 114/1995, aun cuando en ambos se alegaba una lesión del art. 14 C.E. Y cabe agregar ahora que también puede entrañar otra consecuencia, impuesta por la necesidad de respetar las normas que determinan la jurisdicción de este Tribunal en los distintos procesos constitucionales y perfilan así su autonomía respectiva, a saber: que si el problema de constitucionalidad ha sido resuelto previamente en el ámbito de un proceso de inconstitucionalidad y, por haberse estimado que vulneraba un determinado precepto de la Constitución, se ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de un concreto precepto legal, caso de estar excluido el primero del ámbito del proceso de amparo no cabe extender, sin más, los efectos de la Sentencia declarando la nulidad del segundo a este proceso. Pues al margen de otros resultados negativos previsibles, ello supondría, en última instancia, un evidente exceso en el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal por el cauce del proceso de amparo, dado que se halla claramente delimitada en cuanto a los derechos y libertades susceptibles de tutela en dicho proceso constitucional por lo dispuesto en los arts. 161.1 b) y 53.2 C.E. y el art. 41.1 de nuestra Ley Orgánica.

De este modo, si la Sentencia que se dicte en un recurso de amparo es posterior a otra del Pleno en un proceso de inconstitucionalidad, pese a que sea un mismo precepto legal el afectado en uno u otro proceso no siempre será posible remitirse a lo decidido en esta última Sentencia para resolver el amparo. Ciertamente, ello era lo procedente en los casos decididos por las SSTC 223/1994, 224/1994, 225/1994, 226/1994, 284/1994, 152/1995 y 145/1996, en las que se otorgó el amparo con remisión a los fundamentos de la STC 179/1994, por la que se declaró que el régimen de adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, establecido por la Base Cuarta, apartado 4.º, de la Ley de 29 de julio de 1991, resultaba contrario al derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22.1, en relación con los arts. 1.1 y 10.1 C.E. Pero sucede, sin embargo, que mientras que en aquellos supuestos el derecho constitucional vulnerado también era susceptible de tutela en el proceso de amparo constitucional, no ocurre lo mismo en el presente caso. Pues ha de tenerse presente que en la STC 173/1996 la declaración de inconstitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 se produjo sólo con fundamento en la violación del principio de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3 C.E.; y este principio, por imperativo de los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC, queda extramuros del proceso de amparo, como reiteradamente ha declarado este Tribunal (SSTC 165/1993, 233/1993 y 28/1994, entre otras). Lo que implica, en suma, que en el presente caso es impropio tal remisión, en atención a los presupuestos de la jurisdicción de este Tribunal en el proceso de amparo.

7. A igual resultado negativo se llega desde otras consideraciones, que también conviene exponer pese

a la conclusión negativa a la que ya se ha llegado en el fundamento jurídico precedente.

A) En primer lugar, en atención a las profundas diferencias existentes entre el juicio de inconstitucionalidad de una Ley por vía del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y el destinado, estrictamente, a la preservación y restablecimiento de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, con independencia de que este proceso, como se acaba de ver, se halle limitado objetivamente a los derechos y libertades contemplados en el art. 53.2 C.E., lo que excluye de su ámbito muchos otros preceptos de la Constitución.

Pues bien, que tales diferencias existen y están claramente previstas en las normas reguladoras de ambos tipos de proceso constitucional es conclusión que se impone sin exigir esfuerzo argumentativo alguno: Basta comparar las reglas previstas en los arts. 38 a 40 LOTC—contenido y efectos de las Sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad— con las paralelas relativas a las Sentencias de amparo—arts. 53 a 55 LOTC—. Especialmente significativa es la previsión del art. 55.2, relativa a la comúnmente denominada «autocuestión de inconstitucionalidad», que ha venido además siendo interpretada por este Tribunal en el sentido de que la exigencia de planteamiento de la cuestión, cuando el amparo nace de la estricta aplicación de la Ley, alcanza incluso a los supuestos en que el amparo otorgado lo fue por el Pleno del Tribunal, en asunto avocado al mismo en uso de la facultad prevista en el art. 10 k) LOTC (STC 18/1994, fundamento jurídico 7.º).

B) De otra parte, resulta evidente que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la citada STC 173/1996 no permite revisar un proceso fenecido mediante Sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una ley luego declarada inconstitucional. Pues no estando en juego la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el art. 40.1 LOTC, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (SSTC 45/1989, 55/1990 y 128/1994).

La Constitución y nuestra Ley Orgánica, en efecto, han querido establecer un necesario equilibrio entre la consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad—esto es, la nulidad del precepto legal cuestionado— y la garantía de la seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.); excluyendo así una general remoción del pasado por obra de los pronunciamientos de inconstitucionalidad que pueda llevar a cabo este Tribunal. Si se quiere, dicho en otros términos, un equilibrio entre la estabilidad de las situaciones por así decir «judicialmente consolidadas», de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del art. 161.1 a) C.E., y, de otro lado, ciertas excepciones, vinculadas con una posible revisión *in bonum*, como son todas las comprendidas en el indicado art. 40.1 LOTC. Y es obvio que éstas, en cuanto excepciones tasadas de la regla general, han de ser interpretadas restrictivamente para que sea respetado dicho equilibrio.

En relación con lo anterior, y sin necesidad de hacer aquí pronunciamiento alguno sobre la naturaleza del recurso de amparo—que, en todo caso, «no constituye una nueva instancia judicial, sino que se trata de un proceso autónomo, sustantivo y distinto» (STC 78/1988, fundamento jurídico 1.º)—, resulta indudable que un proceso judicial concluido por Sentencia firme (art. 245.3 L.O.P.J.) es, a los fines de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, un «proceso fenecido mediante Sentencia con

fuerza de cosa juzgada», aun cuando dicha Sentencia haya sido objeto de un ulterior recurso de amparo. Que en una interpretación literal de dicho precepto es así, ninguna duda ofrece; ni tampoco que otro entendimiento del citado art. 40.1 LOTC llevaría a la inadmisibles conclusión de que las Sentencias firmes y definitivas de los órganos judiciales carecen de fuerza material de cosa juzgada hasta que transcurra el plazo de veinte días previsto en el art. 44.2 LOTC sin que se interponga recurso de amparo contra ellas o, interpuesto tal recurso, hasta que este Tribunal declara su inadmisión a trámite o dicte Sentencia denegando el amparo solicitado. A lo que cabe agregar, por último y más fundamentalmente, que ello sería a todas luces contrario a lo establecido en el segundo inciso del art. 161.1 a) C.E., como antes se ha indicado; pues este precepto claramente excluye que mediante una declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley pierdan el valor de cosa juzgada la Sentencia o las Sentencias recaídas, mientras que, en cambio, extiende los efectos de esa declaración a la jurisprudencia que ha interpretado la norma.

C) Finalmente, aunque sea evidente que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Baleares ha aplicado una norma luego declarada inconstitucional por este Tribunal, no es posible tampoco traer a colación aquí la doctrina sentada en la STC 23/1988, reiterada en la 12/1991 (fundamento jurídico 2.º), sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por alteración en una Sentencia judicial del sistema de fuentes del Derecho y desconocimiento de la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas. Pues no se trata aquí—a diferencia de lo resuelto por la STC 23/1988— de que el órgano judicial no se haya atendido al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 C.C.), ni que, desconociendo la ordenación constitucional y legal del control de normas y, más concretamente, la relativa a la cuestión de inconstitucionalidad, haya inaplicado un determinado precepto legal, por considerarlo, por sí y ante sí, inconstitucional. Por el contrario, nos hallamos en la tesitura, muy distinta, de que el órgano judicial ha aplicado un precepto legal, integrado entonces en el ordenamiento jurídico, por no abrigar dudas sobre su constitucionalidad y, por ello, ha estimado improcedente el planteamiento de la correspondiente cuestión. Lo que ningún reproche merece, como se ha dicho, por parte de este Tribunal.

8. En suma, ha de llegarse a la conclusión, de un lado, que la resolución judicial impugnada en el presente proceso constitucional no ha lesionado los derechos a la igualdad ante la Ley (art. 14 C.E.) y a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales (art. 24.1 C.E.). De otro, que no cabe resolver este recurso de amparo por remisión a lo juzgado en la STC 173/1996, en la que se ha declarado inconstitucional y nulo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 por vulneración del principio de seguridad jurídica que el art. 9.3 C.E. garantiza, ni dicha Sentencia entraña, en sí misma, que la decisión dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S.J. de Baleares haya lesionado el art. 24.1 C.E. ni, finalmente, que esta última, que goza de la fuerza de cosa juzgada, puede ser revisada por la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del mencionado precepto legal de la citada STC 173/1996. Lo que ha de conducir, en definitiva, a la desestimación del amparo solicitado por la entidad mercantil recurrente.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dos de octubre de mil novecientos noventa y siete.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Vicente Gimeno Sendra.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Pedro Cruz Villalón.—Carlos Viver Pi-Sunyer.—Enrique Ruiz Vadillo.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral a la Sentencia dictada en el recurso de amparo 168/94*

Con el debido respeto a la opinión de la mayoría, disiento de la Sentencia desestimatoria del recurso porque, en mi criterio, por aplicación del art. 38.1 de nuestra Ley Orgánica era obligada su estimación, según paso a razonar:

1. Las dos circunstancias singulares que concurren en el presente caso, y que se exponen en el fundamento jurídico 1.º de la Sentencia de la mayoría, han debido conducir a la obligada aplicación del art. 38.1 de la LOTC. En la primera de ellas se reconoce que el recurrente en amparo sostuvo desde el primer momento la inconstitucionalidad del art. 38.2.2 de la Ley 15/1990, de 20 de junio, y que así lo sostuvo en la vía administrativa, en la jurisdiccional —en la que, en defensa de su posición, solicitó el planteamiento ante este Tribunal de cuestión de inconstitucionalidad del citado artículo— y así lo sostiene ahora en su recurso de amparo en el que denuncia, entre otras infracciones, la del derecho de defensa del art. 24.1 C.E. por la negativa de la Sala sentenciadora a plantear la cuestión por él solicitada. Destaco este punto porque, aunque su pretensión no puede ser atendida desde ese ángulo, pese a la indefensión que realmente le supuso la negativa, demuestra que no ha desfallecido nunca el recurrente de su inicial postura de considerar inconstitucional el precepto que sirva de único sustento legal a la Sentencia que impugna en el amparo que se le deniega.

La segunda circunstancia que se recoge también en el primer fundamento consiste en que durante la sustanciación del recurso y con posterioridad a su presentación, el Pleno de este Tribunal, resolviendo diversas cuestiones de inconstitucionalidad, dictó la STC 173/1995, que contiene el siguiente fallo: «Declarar inconstitucional y nulo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio».

Son estas dos circunstancias las que hacen aplicable al caso que ahora enjuiciamos lo dispuesto en el art. 38.1 de la LOTC. En efecto, el art. 164.1 de la Constitución establece que las Sentencias del Tribunal Constitucional que «no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tiene plenos efectos frente a todos». Y este mandato constitucional se recoge en el art. 38.1 de nuestra Ley Orgánica en los siguientes términos: «Las Sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vinculará a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»».

La Sentencia de la mayoría priva de estos efectos a la STC 173/1993, que, dictada en un procedimiento

de inconstitucionalidad, no se limita, obviamente, al reconocimiento subjetivo de un derecho.

2. Desde el 3 de diciembre de 1996, en cuya fecha se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» (suplemento número 201), la STC 173/1996, que declaró inconstitucional y nulo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, aplicado por la Sentencia impugnada en amparo, no podía resolverse este recurso sin tener en cuenta lo dispuesto en el art. 38.1 de la LOTC, del que se prescinde en la Sentencia por entender comprendido el caso en el art. 40.1 de la citada Ley que, como en seguida veremos, no es de aplicación a las Sentencias pendientes del amparo constitucional.

Hay que decir, como primera aproximación a ese problema, que no se trata de examinar las concretas infracciones de los derechos fundamentales que se denuncian en el recurso de amparo como si no existiera la STC 173/1996, que es como enfoca el caso la Sentencia de la mayoría, sino que previamente —si no exclusivamente— hay que determinar si en la revisión de la resolución impugnada que necesariamente hemos de hacer para resolver el recurso, tenemos que tener en cuenta o no la expulsión del ordenamiento jurídico de la única norma que sirve de sustento a aquella y que, ciertamente, se hallaba vigente al tiempo de ser pronunciada.

A mi parecer, el art. 38.1 de la LOTC resuelve ese problema de forma inequívoca: Todos los poderes públicos, y, por tanto, también y con mayor razón el Tribunal Constitucional, están vinculados desde el 3 de diciembre de 1996, fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», por lo resuelto en la STC 173/1996 y, por consiguiente, esa vinculación nos impide mantener a finales de 1997 que un precepto ya inexistente continúe siendo el único sustento de la Sentencia que revisamos. Riendo que se hace como si el precepto aplicado siguiera vigente y la Sentencia tuviera que encuadrarse —como se hace— en los casos previstos para el recurso de amparo en los arts. 53 y siguientes de la LOTC, prescindiendo de que a ello se antepone lo dispuesto en el art. 38.1 de la propia Ley. La Sentencia lo hace así —como hemos dicho— por estimar aplicable el art. 40.1 de cuyo tema pasamos a ocuparnos.

3. En efecto, la Sentencia sitúa el problema de los efectos de la STC 173/1996, no en lo dispuesto en el art. 38.1 de la LOTC, sino en el art. 40.1 de la misma Ley, según el cual: «Las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en las que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador...».

Mas lo cierto es que esta excepción a lo dispuesto en el art. 38.1 de la LOTC no guarda relación alguna con el recurso de amparo en general ni, concretamente, con el que resolvemos en esta Sentencia. No se plantea en el recurso de amparo, ni sería cauce adecuado, que revisemos «un proceso fenecido mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada», porque la Sentencia que puso fin al proceso se fundó en una norma posteriormente declarada inconstitucional; sino que lo que en el recurso se denuncia dentro del ámbito que le es propio —art. 41 y siguientes de la LOTC—, es que, sin haber fenecido el proceso, la Sentencia en él dictada sea revisada a través del recurso de amparo. Y es precisamente esta revisión de la Sentencia impugnada —necesaria para resolver el recurso— la que obliga, en razón de lo dispuesto en el art. 38.1 de la LOTC, a que no pueda mantenerse como sustento de la misma una norma que, al tiempo de hacerse su revisión por este Tribunal, ha



sido expulsada del ordenamiento jurídico por una Sentencia dictada en un proceso de inconstitucionalidad.

Los supuestos normales de las Sentencias de amparo son los previstos en los arts. 53 y siguientes de la LOTC, pero tales supuestos excluyen, por mandato del art. 164.1 de la C.E., los efectos que, frente a todos, tienen las Sentencias de inconstitucionalidad. En garantía de estos efectos, está lo dispuesto en el art. 38.1 de la LOTC relativo a las Sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, circunstancia que concurre en la STC 173/1996, a la que se priva de esos efectos por entender aplicable al caso el art. 40.1 de la LOTC. Al razonar así, la Sentencia incurre, en mi criterio, en una contradicción patente. Para desestimar la pretensión del recurrente en el supuesto de que estuviera fundada en el art. 40.1 de la LOTC, el contenido de nuestra Sentencia tendría que acomodarse a esa norma; es decir, desestimar la revisión de un proceso fenecido mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en el que se ha aplicado un precepto posteriormente declarado inconstitucional. Pero como esto no es así, y no es eso lo que solicita el recurrente, la Sentencia se detiene en hacer un estudio detenido de las infracciones denunciadas en amparo respecto de un precepto inexistente y al entender que no se producen esas infracciones concretas se desestima el recurso de amparo. Repetimos: Aquel análisis y este fallo no guardan relación con lo dispuesto en el art. 40.1 de la LOTC, puesto que no hizo falta reabrir el procedimiento para conocer el problema de inconstitucionalidad planteado.

4. Aunque claramente resulta de lo expuesto que mi discrepancia con la Sentencia de la mayoría consiste en una interpretación diferente de lo que ha de entenderse, a los efectos de los arts. 38 y 40 de nuestra Ley Orgánica, por «procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en las que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales», que es la fórmula utilizada por el art. 40.1, en el que la mayoría encuadra el supuesto que resolvemos. A mi parecer, esa fórmula permite que si el proceso no ha fenecido, si continúa vivo, pese a haberse dictado en él Sentencia firme, esa pervivencia impide aplicar el art. 40.1 de la LOTC que se ha cuidado muy mucho de no excepcionar el art. 38.1 las Sentencias firmes que, como tales, tiene fuerza de cosa juzgada, sino que ha antepuesto a ello expresamente que el proceso esté fenecido. Y no lo está si lo ha mantenido vivo, dentro del plazo que determina el art. 44.2 de la LOTC, la interposición de un recurso de amparo. Es ese plazo el que delimita que esté fenecido o no el proceso: Si ha transcurrido, por muy patentes que sean las infracciones constitucionales que se denuncian en el amparo constitucional, no pueden ser enjuiciadas por este Tribunal porque el proceso ha fenecido y aquellas infracciones no permiten que se reabra; pero si no ha transcurrido, el Tribunal ha de revisar —como lo hace en este caso— las Sentencias firmes que sean objeto del recurso y, mientras lo hace, aunque la Sentencia no pierda su condición de firme, el proceso no habrá fenecido; es decir, tenemos que conocer de lo resuelto en él sin necesidad de reabrirlo.

Pero sí es claro que es ésta la razón de mi discrepancia —no limitar los efectos de nuestras Sentencias más allá de lo que manda a los poderes públicos la Constitución—, ello no me impide hacer un sucinto examen de lo argumentado por la Sentencia de la mayoría para desestimar el recurso:

a) De prevalecer lo razonado en el fundamento jurídico 6.º de la Sentencia, se privaría siempre a las resoluciones dictadas en amparo de los efectos que a las Sentencias de inconstitucionalidad atribuyen los

arts. 164.1 C.E. y 38.1 LOTC. Mas lo cierto es que de estos efectos sólo se priva a los procesos fenecidos. La distinción entre procesos fenecidos en una parte —la que no afecte a derechos susceptibles de amparo— y vivos en otra parte —la que afecte a tales derechos—, que es, realmente, lo que se sostiene por la mayoría, puede ser fruto —como lo es— de un puro tecnicismo muy discutible, pero no de lo que dice el art. 40.1 que, sin distinción alguna, dice procesos fenecidos, o lo que es lo mismo, procesos que no tengan que ser reabiertos. Y nada más.

b) Todo lo razonado en los fundamentos jurídicos 3.º-4 y 5.º de la Sentencia de la mayoría, relativos a la infracción denunciada en amparo del principio de igualdad por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 (que se desestima porque esa infracción no sería del art. 14 C.E., sino del 31.1 C.E.), no fue examinada en las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas por la STC 173/1996, porque una vez que se apreció la inconstitucionalidad del precepto por una de las causas expuestas en el planteamiento —la del art. 9.3 C.E.—, no era preciso entrar en las demás. Era una conclusión lógica: Si había quedado expulsado del ordenamiento jurídico el art. 38.2.2, no era preciso examinar otras causas respecto de un precepto ya inexistente. Pero en la Sentencia se rompe aquella lógica. Se dedican más de seis folios a razonar que un artículo inexistente no vulneraba el art. 14 C.E., y que el 31.1 C.E. no es susceptible de amparo. Estoy conforme: el art. 38.2.2 de la Ley 15/1990 no vulnera ningún precepto constitucional, sencillamente porque no existe desde el 3 de diciembre de 1996 y ahí debe terminar cualquier análisis de dicho precepto que se realice con posterioridad a esa fecha, con las consecuencias a ello inherentes que no son otras que las que determina el art. 38.1 de la LOTC.

c) Es cierto que la denegación por el órgano judicial del planteamiento de la cuestión de inconstitucional que solicitó el recurrente respecto del art. 38.2.2 de la Ley 15/1990, no puede fundar una infracción del art. 24.1 por indefensión, toda vez que es una facultad del Tribunal y no un deber; pero aunque la infracción no se produzca, su denuncia pone de relieve —según hemos dicho— que a la seguridad del juzgador sobre la constitucionalidad del citado precepto, opuso siempre el recurrente en su defensa la inconstitucionalidad del mismo. De ahí que no dejara fenecer el procedimiento hasta que el Tribunal Constitucional pronunciara la última palabra sobre la constitucionalidad de esa norma. El Tribunal lo hizo en la STC 173/1996, despejando la duda de inconstitucionalidad en el sentido mantenido siempre por el recurrente, pero como lo hizo con base en un artículo no susceptible del amparo constitucional —en el art. 9.3 C.E.—, a él se le aplicó correctamente un precepto inconstitucional.

d) Lo dispuesto en el segundo inciso del art. 161.1.a) de la Constitución no contradice, en mi criterio, frente al sustentado por la mayoría, el valor y los efectos que a nuestras Sentencias dictadas en los procesos de inconstitucionalidad atribuyen los arts. 164.1 C.E. y 38.1 LOTC. Al contrario, lo reafirma. Si la declaración de inconstitucionalidad impide mantener la jurisprudencia que sirvió de base para dictar una Sentencia que contradice dicha declaración, esa jurisprudencia no puede servir de base para justificar la aplicación de un precepto inconstitucional si la Sentencia que lo aplicó, como ocurre en este caso, pese a su valor de cosa juzgada (presupuesto indispensable para acceder al amparo constitucional) está pendiente de revisión ante este Tribunal a través del recurso de amparo. No insisto sobre esta materia que reconduce el problema al distinto entendimiento sobre «procesos fenecidos» del que me he ocupado anteriormente. Para mí, únicamente puede darse

el supuesto en el que se apoya la Sentencia de procesos fenecidos sólo en parte, cuando siendo varios los sujetos del mismo, unos hayan consentido la Sentencia, dejando fenecido el proceso, y otros lo hayan mantenido vivo mediante la utilización de cualesquiera de los recursos permitidos por la Ley. Fuera de ese caso, los procesos están fenecidos o no lo están.

5. Finalmente, he de justificar la extensión de este voto que se debe a la extraordinaria importancia que tiene, en mi criterio, excluir del recurso de amparo los efectos de los arts. 164.1 C.E. y 38.1 LOTC, que es, realmente, el resultado al que conduce la Sentencia de la mayoría. Si el Tribunal admitió el recurso y aplazó su resolución y la de muchos otros pendientes, hasta que se resolviera la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 38.2.2 de la Ley 15/1990, no tiene sentido que una vez declarada su inconstitucionalidad por la STC 173/1996, que resolvió la cuestión pendiente, a la que quedó subordinada la de éste y otros recursos de amparo, nos pronunciemos en éstos, contradiciendo lo decidido en el proceso de inconstitucionalidad. Es decir, como si durante la tramitación del amparo constitucional no se hubiera declarado inconstitucional y nulo el precepto aplicado por la Sentencia impugnada.

Madrid, a dos de octubre de mil novecientos noventa y siete.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 168/94, abogado al Pleno, al que se adhiere el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende*

Apoyar una Sentencia en un precepto legal que este Tribunal ha declarado inconstitucional y nulo produce desazón, en el sentido de inquietud interior. El 31 de octubre de 1996, por nuestra STC 173/1996, decidimos que el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 fuera erradicado del ordenamiento jurídico al producir esa norma «una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 de la Constitución». Once meses después, el precepto maldito se sigue aplicando en esta Sentencia del Pleno y se integra, como si fuese una norma válida, en los fundamentos que sirven a la mayoría de los Magistrados para denegar el amparo.

Mi discrepancia, por ello, ha de ser radical. Así lo expuse en las deliberaciones y lo que en ellas argumenté lo resumo ahora en este Voto particular, lamentando tener que separarme del parecer mayoritario, siempre digno del máximo respeto.

Creo que debió otorgarse el amparo, una meta que podía alcanzarse siguiendo los caminos señalados por los otros Magistrados de la minoría (cuyos Votos particulares en su esencia suscribo), o en virtud de dos razonamientos que nos liberan de la pesadilla, preocupación grave y continua que se siente al utilizar en una Sentencia un precepto legal inconstitucional y nulo.

#### 1. Aplicación del art. 55.2 LOTC

1. El art. 55.2 LOTC considera el supuesto de encontrarse el Tribunal Constitucional (normalmente una Sala del mismo) ante una Ley que debe aplicarse para resolver un recurso de amparo y que, no obstante, «lesiona derechos fundamentales o libertades públicas». La ruta que la LOTC señala tiene dos etapas: a) conceder el amparo; b) elevar al Pleno la cuestión de posible inconstitucionalidad.

La STC 18/1994, fundamento jurídico 7.º, se refiere a un recurso de amparo cuyo conocimiento fue avocado al Pleno (igual que ocurrió en el presente caso), y se decidió entonces plantear la cuestión de inconstitucionalidad de un determinado precepto legal, ante el mismo Pleno.

Nuestra actual postura, como Pleno, es más firme, sin duda alguna, ya que la norma que hemos de aplicar, el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, fue declarada ya inconstitucional y nula (STC 173/1996). Por tanto, y aun cuando pudiese parecer que estamos obligados a plantear la cuestión (conforme a lo dispuesto en el art. 52.2 LOTC), dado que ya existe una Sentencia sobre una anterior cuestión de inconstitucionalidad de idéntico objeto, cubierta la primera etapa del camino (la concesión del amparo) se debe terminar este concreto proceso. El recorrido de la segunda etapa del art. 55.2 LOTC resulta aquí innecesario, superfluo, al ser intrascendente.

2. Siempre que la Ley aplicada para resolver un asunto «lesiona derechos fundamentales o libertades públicas» ha de concederse el amparo. La redacción clara y terminante del art. 55.2 LOTC avala esta opinión: «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas...». El «porque», incluido en el texto, es la conjunción causal, que debe entenderse «por causa o razón de que».

El Pleno sabe hoy (octubre de 1997) que la norma legal aplicada, el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, lesionaba el «principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 C.E.» (STC 173/1996, fundamento jurídico 5.º). Lo estableció así el Pleno el 31 de octubre de 1996. Hemos de conceder el amparo, en suma, porque la Ley aplicada generaba una de las violaciones previstas en el art. 55.2 LOTC.

3. Con una interpretación restrictiva de la especificación «derechos fundamentales o libertades públicas» —lectura excesivamente restrictiva, pienso yo— la seguridad jurídica quedaría fuera del catálogo previsto en el art. 55.2 LOTC. Y en apoyo de esa tesis se trae a colación la doctrina de este Tribunal sobre los derechos susceptibles de amparo constitucional. Es lo que encontramos en la Sentencia de la mayoría (fundamento jurídico 6.º). Pero se trata de algo completamente distinto; es harina de otro costal. Si nos atenemos a la literalidad del texto de la Constitución, «derechos fundamentales o libertades públicas» son sólo los de la Sección Primera, del Capítulo II (arts. 15 a 29), cuyo rótulo es precisamente «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas». El principio de igualdad quedaría excluido (art. 14). El art. 55.2 LOTC no ha de interpretarse necesariamente en la forma en que lo hace la Sentencia de la mayoría, vale decir dejando fuera a los principios que, en su opinión, no son susceptibles de amparo.

La seguridad jurídica en nuestra Constitución es, por un lado, principio configurador o soporte estructural de la tutela judicial efectiva (derecho fundamental reconocido y protegido por el art. 24.1 C.E.) y, por otro lado, el marco esencial de las libertades públicas, que los ciudadanos no disfrutan cuando falta la seguridad jurídica.

El art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 lesiona —dijo nuestra STC 173/1996— el principio de seguridad jurídica. ¿Cómo puede excluirse el presente asunto del supuesto descrito en el art. 55.2 LOTC? ¿Es que, acaso, la seguridad jurídica debe tener menor protección constitucional que los derechos que, gracias a ella, en cuanto soporte estructural, son tutelados? ¿Vamos a constitucionalizar libertades públicas sin seguridad jurídica? ¿No son los principios, acaso, «los fundamentos mismos del sistema jurí-

dico a partir de los cuales se despliega todo el aparato de normas?

4. Los fundamentos jurídicos 3.º y 4.º, relativos al principio de igualdad, son tan enjundiosos como superfluos en este caso: Analizan un precepto, el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, que hoy es inconstitucional y nulo.

A mi entender, el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, y su aplicación a la entidad recurrente, ya no viola, ni tampoco respeta, considera o acata, el derecho fundamental a la igualdad, al tratarse de una norma expulsada del ordenamiento jurídico por el Pleno de este Tribunal Constitucional. Se trata de un muerto jurídico, cuyas dimensiones corpóreas y anímicas en vida (avasallando o no derechos) ya no importan. ¿o es que, acaso, el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, cual nuevo Cid, va a ganar batallas después de muerto?

5. La falta de tutela judicial efectiva, objeto de consideración en el fundamento jurídico 5.º de la Sentencia de la mayoría, tiene difícil presentación. No es fácil justificar la conducta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Baleares (segura de la constitucionalidad de las normas legales que aplicaba e insensible a las peticiones de suscitar la cuestión de inconstitucionalidad) después de haber resuelto nuestro Pleno que era un precepto inconstitucional y nulo. Salvar ahora a este Tribunal presuntamente infalible resulta un poco asombroso.

## II. Aplicación del art. 40.1 LOTC

6. En el proceso del que trae causa el recurso de amparo se interesó del órgano judicial el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990. La Sala del T.S.J., estimando que la constitucionalidad del precepto no ofrecía dudas, descartó esa posibilidad. Los hechos han demostrado que la entidad recurrente llevaba razón al cuestionar la constitucionalidad de la norma.

Si el órgano judicial hubiera promovido la cuestión en su momento, el proceso *a quo* se habría suspendido antes de dictar Sentencia, este Tribunal habría declarado la inconstitucionalidad del art. 38.2.2 y aquel órgano no habría aplicado el precepto al supuesto debatido. La sola razón por la que la actora en el contencioso administrativo tiene que padecer ahora la aplicación de una norma declarada inconstitucional y nula es que el órgano judicial no planteó la cuestión. La recurrente ha hecho, desde luego, cuanto estaba en su mano para evitar este efecto. Efecto que trae causa de su falta de legitimación para proceder jurisdiccionalmente contra una ley (sólo reconocida, mediatamente, para el caso de que su aplicación genere una infracción de sus derechos fundamentales). Pienso que una redefinición de la cuestión de inconstitucionalidad, acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Estrasburgo, pasaría por un entendimiento de la cuestión que, reservada en su planteamiento a los Tribunales ordinarios, obligara a éstos a justificar adecuadamente su negativa a suscitarse y, en lo que ahora importa, permitiera la modulación de los efectos establecidos en el art. 40.1 LOTC, a los fines de que, interesada —sin éxito— la promoción de una cuestión, la posterior declaración de inconstitucionalidad de la norma pudiera desplegar su eficacia en el proceso concluido por Sentencia.

7. Una tal modulación no sería, en absoluto, extraña a la jurisprudencia constitucional. Este Tribunal no ha encontrado obstáculo, por ejemplo, para escindir la relación nulidad/inconstitucionalidad expresamente establecida en el art. 39.1 LOTC. Fue esto lo que se hizo mediante la STC 45/1989: «En lo que toca a los efectos, hemos

de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento» (fundamento jurídico 11).

También este Tribunal, haciendo uso de su buena capacidad interpretativa, con imaginación (en el sentido de facilidad para formar ideas nuevas, que ahora sería oportuno y conveniente utilizar), equiparó las resoluciones administrativas firmes a las Sentencias con fuerza de cosa juzgada. El argumento con el que se justificó esta equiparación fue el de la conveniencia de no hacer de peor condición a quien ha luchado por su derecho frente a quien se ha aquietado ante un pronunciamiento administrativo (STC 45/1989, fundamento jurídico 11, *in fine*). Se trataría, en último término, de incentivar el proceder ciudadano en la defensa del ordenamiento (que se beneficia claramente con la actuación de los particulares, por más que ésta responda en su origen a un interés privado).

Partiendo, pues, de la conveniencia de arbitrar mecanismos que hagan posible la impugnación de leyes por los particulares (conveniencia que se encuadra en la más general de hacer de este Tribunal un órgano de control de la ley antes que de su aplicación) al objeto de que todos los sectores del ordenamiento sean accesibles al control jurisdiccional instado por los destinatarios de sus normas (a lo que sin duda responde la vieja jurisprudencia a propósito de la impugnación de leyes en amparo), así como de la necesidad de que la cuestión de inconstitucionalidad se acomode a las exigencias del Tribunal Europeo, con sede en Estrasburgo, parece conveniente que los límites del art. 40.1 LOTC se modulen en beneficio de quien, luchando por su derecho, acabaría en otro caso siendo tratado como quien se aquietó ante una resolución judicial en la que puede sospecharse que se ha dado aplicación a una norma inconstitucional.

En suma, las Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley deben permitir revisar los procesos en los que la parte hubiera interesado, sin éxito, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con normas que posteriormente hayan sido declaradas inconstitucionales por infracción de cualquier precepto constitucional; siempre, claro está, que la parte haya recurrido en amparo contra la Sentencia que pone fin al proceso en el plazo de los veinte días establecidos en el art. 44.2 LOTC, como sucedió en este caso.

## III. Exigencias del art. 24 C.E.

8. No hemos de terminar este Voto sin recordar:

A) Que la jurisprudencia de nuestro Tribunal, en forma tan reiterada que hace innecesaria la invocación de la larga lista de sentencias, exige que las resoluciones judiciales, y de forma especial las sentencias, se apoyen

en fundamentos jurídicos sólidos. ¿Puede encontrarse ese basamento en un precepto nulo, expulsado hace casi un año del ordenamiento jurídico?

B) Que la STC 173/1996, declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 por ser una norma que violaba el principio de seguridad jurídica. ¿Cabe mayor inseguridad jurídica que la resultante al aplicar un precepto nulo?

Hay que repetir el párrafo antes transcrito de la STC 45/1989: «De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39.1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado».

Con el máximo respeto a las otras opiniones, reitero, expuestas en las deliberaciones del Pleno, firmo este Voto particular en Madrid a dos de octubre de mil novecientos noventa y siete.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Rafael de Mendizábal Allende.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 168/94*

Para un mejor entendimiento de la polémica doctrina que inaugura esta Sentencia y de este Voto particular, conviene resumir someramente los hechos que han sido objeto de nuestro enjuiciamiento: 1) En el año 1992 la hoy recurrente impugnó ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Baleares diversas liquidaciones tributarias por entender que el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 que las fundamentaban era inconstitucional; 2) La referida Sala, a diferencia de la de otros TT.SS.JJ., decidió no plantearnos cuestión de inconstitucionalidad y confirmó la legalidad de dichas liquidaciones, y 3) Contra dicha Sentencia interpuso la actora recurso de amparo, que quedó en suspenso hasta que este Tribunal decidiera, como así hizo mediante la STC 173/1996, declarar la inconstitucionalidad del referido art. 38.2.2 de la mencionada Ley 5/1990.

Pues bien, a la vista de tales antecedentes fácticos y de lo dispuesto en el art. 164.1 de la C.E. y de los arts. 38.1, 39.1 y 40.1 de la LOTC, parece evidente que el contenido de esta Sentencia debía de haber sido estimatorio. No lo ha entendido así, sin embargo, la mayoría, quien, para desestimar la pretensión de amparo ha utilizado, entre otros, los siguientes argumentos: a) los efectos de una Sentencia de inconstitucionalidad no cabe extenderlos a otra de amparo, si aquella declaración no ha sido efectuada por violación de alguna norma tuteladora de un derecho fundamental, ya que el amparo está dirigido a restablecer derechos fundamentales y en la STC 173/1996 la norma constitucional de contraste fue el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 C.E., que no es susceptible de amparo; b) en particular, no existe violación del derecho a la tutela, pues el Tribunal balear aplicó una norma válida e integrada en el ordenamiento, y c) la Sentencia de dicho Tribunal es firme, por lo que el proceso administrativo está «fenecido mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada», lo que impide que los efectos de nuestra STC 137/1996, pueda extender a ella sus efectos de conformidad con lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC.

En mi opinión, ninguna de estas afirmaciones encuentra un sólido fundamento en las propias normas constitucionales invocadas para la resolución del presente

recurso de amparo, tal y como pasamos a exponer a continuación:

A) Límites subjetivos y objetivos de las Sentencias de inconstitucionalidad: Tanto el art. 164.1 C.E., como el 38.1 LOTC son lo suficientemente explícitos a la hora de disponer que las Sentencias de inconstitucionalidad tienen el «valor de la cosa juzgada», «vincularán a todos los poderes públicos» y producen «plenos efectos frente a todos».

Si tienen efectos de cosa juzgada, tratándose de Sentencias declarativas de nulidad, es claro que producen el efecto de expulsar del ordenamiento la norma objeto de inconstitucionalidad, la cual adolece de una nulidad radical y absoluta. Si vinculan a todos los poderes públicos, así mismo ha de serlo que dicha declaración de inconstitucionalidad tiene que vincular también a este Tribunal, el cual no puede permanecer impasible ante una Sentencia que, trasladada en amparo, se fundamenta en una norma inconstitucional. Y si producen plenos efectos frente a todos también parece meridianamente claro que lo que no puede este Tribunal es, fuera de los supuestos de retroactividad contenidos en el art. 40.1, establecer excepciones a dicha regla general: La norma, al adolecer de una nulidad de pleno Derecho, no puede, en modo alguno, ser aplicada por ningún órgano jurisdiccional, incluido, por supuesto, este Tribunal.

Por tales razones, la doctrina sustentada en esta Sentencia no deja de suscitar muchas dudas: ¿cómo puede afirmarse que una Sentencia de inconstitucionalidad, vinculante para el Poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo, a nosotros no nos afecta en un proceso de amparo posterior a dicha declaración de inconstitucionalidad? Que el recurso de amparo tenga una cognición limitada al restablecimiento de los derechos fundamentales (art. 53.2 C.E.), ¿autoriza a este Tribunal a confirmar, vía desestimación del amparo, una Sentencia administrativa que ahora se fundamenta en una norma radicalmente nula por haber sido declarada inconstitucional? Si ello es así, ¿para qué hemos decidido suspender la tramitación de los recursos de amparo hasta tanto se resolvieran las cuestiones de constitucionalidad sustentadas sobre el mismo precepto?...

En mi opinión tales interrogantes no los despeja la novedosa doctrina que incorpora esta Sentencia de amparo, la cual establece una peligrosa excepción a los efectos *erga omne et omnes* de las Sentencias de inconstitucionalidad. A partir de ahora habrá que estar a la naturaleza del precepto constitucional de contraste: Si se trata de una norma tuteladora de un derecho fundamental, la declaración de inconstitucionalidad extenderá sus efectos a los procesos de amparo en trámite, en tanto que, en cualquier otro caso, podrán desestimarse los recursos de amparo que hubieren de fallarse con posterioridad. Esta artificiosa distinción constituye una excepción a lo dispuesto en los artículos 164.1 y 38.1 LOTC, limitación que no encuentra su justificación en la naturaleza del amparo, pues la circunstancia de que este recurso tenga una cognición limitada al restablecimiento de los derechos fundamentales no puede constituir óbice alguno a que una norma que ha sido por nosotros declarada inconstitucional y, por tanto, expulsada del ordenamiento, pueda seguir desplegando sus efectos en el proceso *a quo*.

B) El recurso de amparo 168/94 y el derecho fundamental vulnerado: Pero es que, con independencia de todo ello, tampoco resulta nada pacífico que, en las Sentencias recurridas en amparo ante este Tribunal por fundamentarse en un precepto inconstitucional, no se encuentre comprometido derecho fundamental alguno.

A mi parecer, la Sentencia del Tribunal balear incurre «hoy» en violación del derecho a la tutela en su manifestación de derecho a la obtención de una Sentencia

fundada en Derecho. Es cierto que la Sentencia del Tribunal balear se sustanció en una norma que, en el año 1992, era perfectamente válida; también lo es que ningún reproche se le puede formular a este Tribunal ordinario por no habernos planteado una cuestión de inconstitucionalidad; pero tampoco debiera serlo menos que no se puede hacer de peor condición a quien no ha tenido la fortuna de que el Tribunal *a quo* haya planteado la cuestión de inconstitucionalidad (siendo así, que en todos los recursos administrativos y jurisdiccionales, desde siempre, denunció la inconstitucionalidad de la norma de relevancia), ni se puede desconocer que la Sentencia, que a través del amparo se nos ha trasladado, se funda exclusivamente en un precepto que, por haber sido objeto de una declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad, ya no existe en el ordenamiento. Si esto es así, ¿cómo puede afirmarse que la Sentencia impugnada en amparo es respetuosa con el derecho a la tutela, entendido como derecho a la obtención de una Sentencia razonada y motivada en Derecho?, ¿por qué este Tribunal no utilizó, al menos, la tesis del art. 84 LOTC a fin de que las partes nos ilustraran sobre esta violación del derecho a la tutela, que surge tras la publicación de nuestra STC 137/1996?...

C) La retroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad: «Sentencia firme» y naturaleza del recurso de amparo: Afirma, finalmente, la mayoría, con cita del art. 245.3 L.O.P.J., que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo impugnada en amparo es «firme» y que, por lo tanto, el proceso administrativo del que trae causa el presente amparo es un «proceso fenecido mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada», por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, la Sentencia 137/1996 no puede retrotraer a dicho proceso tales efectos de cosa juzgada.

Nuevamente hemos de discrepar de esta original doctrina, que implícitamente viene a negar al recurso de amparo su carácter de medio de impugnación para configurarlo como un proceso autónomo y distinto.

Esta novedosa tesis, que, sin duda ha de reclamarse para el amparo contra los actos del Poder Legislativo del art. 42 LOTC, en modo alguno puede predicarse en todo lo referente al amparo contra los actos del Poder Ejecutivo (art. 43 LOTC) o del Judicial (art. 44), pues, la necesidad del agotamiento de la vía judicial ordinaria, a fin de que los Tribunales puedan restablecer el derecho fundamental vulnerado, convierten al amparo en un auténtico medio de impugnación, que, por el carácter tasado de sus motivos y por su limitada cognición al restablecimiento de los derechos fundamentales, permite ser encuadrado en los recursos extraordinarios. La circunstancia de que, dada la antigüedad de la L.E.C. de 1881, el recurso de amparo no se encuentre mencionado en nuestros Códigos procesales, no puede servir para desvirtuar dicha naturaleza de auténtico medio de impugnación, tal y como lo corrobora, por ejemplo, el art. 560 del nuevo Anteproyecto de L.E.C. de 1997 que condiciona el despacho civil de ejecución a una espera de «veinte días», plazo que, como es sabido, coincide con el de interposición del recurso de amparo (art. 44.2 LOTC).

Si el amparo judicial es, tal y como lo denominó el constituyente y lo configura la LOTC, un auténtico recurso (denominación que, hasta esta fecha, no sabemos que se haya reputado inconstitucional), la Sentencia, que nos ha sido trasladada a través de él, no puede ser conceptuada como «firme» a la luz del propio art. 245.3 L.O.P.J. («son Sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno»), ni puede afirmarse que produzca sus efectos materiales de cosa juzgada, como lo demuestra el que este Tribunal pueda, a través de

correspondiente pieza separada, suspender sus efectos (arts. 56 y 57 LOTC).

Y si la Sentencia del T.S.J. balear ha sido recurrida en amparo (que, de haber sido estimado, hubiera provocado su nulidad), es también manifiesto que, frente a los autos del recurso contencioso-administrativo de la que dimana, no nos encontramos ante un «proceso fenecido mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada», razón por la cual los efectos materiales de la cosa juzgada de nuestra Sentencia de inconstitucionalidad 137/1996 debían de haber extendido a aquella Sentencia sus efectos, pues, si, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 38 y 40 LOTC, los efectos de tales Sentencias (no obstante tratarse, por su naturaleza, de Sentencias declarativas de nulidad) son *ex nunc* (por lo que no permiten revisar actos administrativos o Sentencias firmes), de dicha regla general hay que exceptuar, en virtud de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, estas dos excepciones: Los actos sancionadores y los procesos «no fenecidos» o pendientes, como lo es el que ha motivado el presente recurso de amparo, el que no haya sido así sólo puede entenderse desde una doctrina voluntarista y *ad casum* de la que en un futuro no muy lejano quizá haya de arrepentirse este propio Tribunal.

Dado en Madrid, a dos de octubre de mil novecientos noventa y siete.—Vicente Gimeno Sendra.—Firmado y rubricado.

**22973** Pleno. Sentencia 160/1997, de 2 de octubre de 1997. Recurso de amparo 704/1995. Contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo recaída en recurso contencioso-administrativo formulado contra la denegación, por silencio administrativo, de la petición de reclamación de daños y perjuicios presentada ante el Ministerio de Relaciones con las Cortes y Secretaría del Gobierno. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: supuestos en los que la aplicación por Jueces y Tribunales de los plazos de prescripción y caducidad tiene relevancia constitucional. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Vicente Gimeno Sendra, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carlos Viver Pi-Sunyer, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 704/95, interpuesto por doña María Cinta Andreu Rocamora, representada por el Procurador de los Tribunales don José Luis Barneto Amaiz y defendida por el Letrado don Miguel Mancebo Monge, contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en recurso formulado contra la denegación, por silencio administrativo, de la petición de reclamación de daños y perjuicios presentada ante el Ministerio de Relaciones con las Cortes y Secretaría del Gobierno. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado.