

LA IMPRECIÓN EN LAS LEYES, VULNERADORA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO PUEDE ASUMIR LA FUNCIÓN DE LEGISLADOR POSITIVO. COMENTARIO A LA SENTENCIA 135/2018, DE 13 DE DICIEMBRE, EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 3377-2018, PLANTEADA POR LA SECCIÓN SEXTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO AL ARTÍCULO 367.1 DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL (B.O.E. NÚM 13, DE 15 DE ENERO DE 2019)

INACCURACY IN LAWS, LEADING TO A VIOLATION OF LEGAL CERTAINTY. THE CONSTITUTIONAL COURT CANNOT PERFORM THE DUTIES OF A POSITIVE LEGISLATOR. COMMENT TO DECISION 135/2018, OF DECEMBER 13, CONCERNING THE ISSUE OF UNCONSTITUTIONALITY NUMBER 3377-2018, POSED BY SECTION SIX OF THE ADMINISTRATIVE AND CONTENTIOUS CHAMBER OF THE SUPREME COURT CONCERNING ARTICLE 367 (1) OF ORGANIC ACT 6/1985, OF JULY 1, OF THE JUDICIAL POWER (B.O.E. NUM. 13, OF JANUARY 15, 2019)

Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ
Letrada de las Cortes Generales
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

En cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional un precepto de la LOPJ cuya imprecisión no puede ser

salvada sin su reconstrucción, vetada al TC porque supondría asumir la función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde. La orfandad reguladora resulta vulneradora del principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución, cuyas exigencias se ven reforzadas en este caso como consecuencia de la reserva de ley orgánica.

Palabras clave: Seguridad jurídica, técnica legislativa, calidad de las leyes, omisiones en las leyes, reserva de ley orgánica, inamovilidad de jueces y magistrados.

Artículos clave: 9.3, 117 y 122 CE.

Sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas: STC 37/1981, FJ 5; STC 15/1986, FJ ; STC 147/1986, FJ 4; STC 160/1987, FJ 5 a); STC 45/1989, FJ 11; STC 46/1990, FJ 4; STC 150/1990, FJ 8; STC 36/1991, FJ 5; STC 149/1991, FJ 3 B b); STC 116/1993, FJ 3; STC 142/1993, FJ 4; STC 96/1996, FJ 22; STC 212/1996, FJ 15; STC 235/1999, FJ 13; STC 194/2000, FJ 4; STC 292/2000, FJ 15; STC 184/2003, FJ 7; STC 273/2005, FJ 8; STC 120/2012, FJ 3; STC 145/2014, FJ 7.

ABSTRACT

In a question of unconstitutionality raised by the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Court, the Constitutional Court declares unconstitutional a precept of the Organic Act on the Judicial Power, whose imprecision cannot be saved without its reconstruction, vetoed to the Constitutional Court because it would assume the function of a positive legislator that institutionally does not belong to the Court. Regulatory orphanhood is a violation of the principle of legal certainty recognized in Article 9.3 of the Constitution, whose demands are reinforced in this case as a result of the “organic act” reserve.

Key words: Legal certainty, legislative technique, quality of laws, omissions in laws, organic act reservation, irremovability of judges and magistrates

Key Articles: 9.3, 117 and 122 of the Spanish Constitution.

Related Constitutional Court Judgements: STC 37/1981, FJ 5; STC 15/1986, FJ ; STC 147/1986, FJ 4; STC 160/1987, FJ 5 a); STC 45/1989, FJ 11; STC 46/1990, FJ 4; STC 150/1990, FJ 8; STC 36/1991, FJ 5; STC 149/1991, FJ 3 B b); STC 116/1993, FJ 3; STC 142/1993, FJ 4; STC 96/1996, FJ 22; STC 212/1996, FJ 15; STC 235/1999, FJ 13; STC 194/2000, FJ 4; STC 292/2000, FJ 15; STC 184/2003, FJ 7; STC 273/2005, FJ 8; STC 120/2012, FJ 3; STC 145/2014, FJ 7.

I. ANTECEDENTES

Un magistrado sancionado con un año de suspensión de funciones como autor de una falta muy grave, una vez cumplida la sanción, solicita del Consejo General del Poder Judicial que, de conformidad con el artículo 366.1 LOPJ, se declare su aptitud para el reingreso al servicio activo.

El artículo 367.1 LOPJ, en la redacción dada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, establece: “El reingreso en el servicio activo de los suspensos exigirá la previa declaración de aptitud por el Consejo General del Poder Judicial, quien recabará los informes y practicará las actuaciones necesarias para su comprobación”.

Tras un primer informe del jefe del servicio del personal judicial del Consejo, favorable a la declaración de aptitud, y una solicitud por la Comisión Permanente de este órgano de nuevo informe pormenorizado y explicativo de la trayectoria personal del magistrado, el servicio emite un informe-propuesta en la que se propone la suspensión indefinida. La Comisión Permanente del CGPJ deniega al interesado la declaración de aptitud y el reingreso al servicio activo, declarando al magistrado en “situación asimilada a la excedencia”.

Previo recurso de reposición (desestimado por acuerdo de la Comisión Permanente adoptado con el voto de calidad del Presidente, al haber formulado voto particular cuatro de sus vocales), el magistrado interpuso recurso contencioso administrativo ante la Sala de este orden del Tribunal Supremo, solicitando la anulación de los acuerdos de la Comisión Permanente y la declaración del derecho del recurrente al reingreso al servicio activo, argumentando que aquellos suponen una nueva sanción al margen de todo procedimiento, que infringe los principios de legalidad, tipicidad y *non bis in idem*, y suponen una separación del servicio encubierta.

La Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo acordó conceder plazo a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que a su derecho conviniera sobre el posible planteamiento de cuestión de constitucionalidad del artículo 367.1 LOPJ por la posible afectación a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), tipicidad sancionadora, *non bis in idem* (art.

25.1 CE), así como a las previsiones del artículo 117. 1 y 2 sobre la inamovilidad de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial.

La representación del recurrente se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al entender que el artículo 367.1 LOPJ había sido interpretado en repetidas ocasiones por el Tribunal Supremo, no correspondiendo al Tribunal Constitucional resolver controversias interpretativas sobre el alcance de un determinado precepto legal, al existir otros cauces para declarar que los actos impugnados, al aplicar el artículo 200.1 LOPJ, son contrarios al principio de legalidad, jerarquía normativa y reserva legal.

El Abogado del Estado se opuso asimismo al planteamiento de la cuestión, al no existir dudas razonables y fundadas sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, en tanto que la exigencia de la declaración de aptitud para la reincorporación al servicio activo es un requisito indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional.

El Fiscal manifestó que no se oponía al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, razonando en su informe –entre otras cuestiones– que no es descartable que el artículo 367.1 LOPJ infrinja el principio de seguridad jurídica al no establecer los parámetros para la declaración de aptitud a que se refiere, ni cómo, ni cuándo, puede el afectado solicitar nuevamente el reingreso en el caso de que la declaración de aptitud haya sido denegada, ni sobre qué aspectos o cuestiones deben versar los informes y actuaciones a los que alude, ni el efecto concreto de una eventual decisión denegatoria, sin que quepa desarrollo reglamentario, pues no cabe desarrollar o aplicar lo que la norma no dice y está reservado a ella. Asimismo entiende el Fiscal que existe base para dudar de la compatibilidad del artículo 367.1 LOPJ con el artículo 117 CE, pues la situación de separación o suspensión de un juez o magistrado deben establecerse y regularse en todo caso en una norma con rango de ley –orgánica, si además afectan directamente al estatuto judicial–, que, también en todo caso y sin excepción, tiene que fijar expresa y explícitamente las causas y garantías a las que habrá de atenerse cualquier acto, disposición o resolución que se adopte en este terreno.

Tras estas audiencias, la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo acuerda plantear cuestión sobre si el artículo 367.1 LOPJ pudiera resultar contrario al principio

de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 CE, en relación con la reserva de ley prevista en los artículos 117.2 y 122.2 CE y con la garantía de inamovilidad judicial que se reconoce en el artículo 117.1 y 2 CE. Razona que, si la indeterminación del precepto legal, tanto sobre la naturaleza y el significado de la declaración de aptitud como sobre las consecuencias de la misma, en caso de ser negativa, fuese contraria a los principios constitucionales de seguridad jurídica e inamovilidad de jueces y magistrados, el precepto legal sería inconstitucional y no podría ser aplicado, sin que dicha indeterminación legal pudiera ser subsanada por el desarrollo reglamentario, debido a que dicho desarrollo quedaría sin cobertura legal y habría que estar a la reserva de ley prevista en el artículo 117.2 CE.

Entrando en el examen de la duda de constitucionalidad, refiere que el legislador tiene plena facultad para prever la obtención de declaración de aptitud para el reingreso en el servicio activo de un juez o magistrado que haya cumplido una sanción de suspensión (arts. 117.1 y 122.1 CE), pero el precepto presenta dos graves deficiencias: no establece el contenido o significado de la «aptitud» que ha de declararse y no prevé las consecuencias en caso de que el Consejo declare la no aptitud del solicitante, consecuencias que han sido reguladas por el Reglamento de la carrera judicial; en lo relativo a la naturaleza de la aptitud, la indeterminación del precepto no parece compatible con un mínimo estándar de seguridad jurídica, al no concretar si la misma se refiere a la aptitud psicológica del suspenso, sus conocimientos jurídicos o qué otro tipo de cualidad personal o profesional.

Lo que queda claro, a juicio de la Sala, es que la indeterminación del precepto atenta gravemente a la seguridad jurídica en cuestiones tan sensibles como el adecuado control de la idoneidad de jueces y magistrados para el efectivo ejercicio de la función judicial, y la inamovilidad de los mismos.

Admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, el Abogado del Estado interesa en sus alegaciones que se dicte sentencia de inadmisión o desestimatoria, por entender, en resumen, que la utilización de un concepto jurídico indeterminado no es contrario al principio de seguridad jurídica y que la aplicación de otros artículos permite que no llegue a producirse el “limbo legal denunciado”.

La Fiscal General del Estado, por su parte, solicita asimismo la desestimación de la cuestión, por entender que el concepto de aptitud no es un concepto absolutamente indeterminado, al admitir una delimitación positiva y negativa, y que no es posible afirmar que el precepto legal cuestionado, por su indeterminación normativa, resulte difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en relación con el principio de inamovilidad judicial (art. 117.1 y 2 CE). A la misma conclusión llega en relación con la falta de regulación de las consecuencias derivadas de la declaración de falta de aptitud para el reingreso a la carrera judicial del juez o magistrado suspenso.

II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El Tribunal Constitucional, tras una breve referencia a los precedentes y el contenido de la regulación vigente (FJ 2) y solventado el óbice procesal planteado por el Abogado del Estado (falta de aplicación y relevancia del precepto cuestionado, por regular la situación del juez o magistrado al que se le deniega la declaración de aptitud el art. 365.3 LOPJ, FJ 3), para verificar si el precepto cuestionado adolece del vicio de inconstitucionalidad que se le atribuye examina las exigencias del principio de seguridad jurídica (FJ 5), la garantía de reserva de ley orgánica (con carácter general y en relación con la establecida para el estatuto de jueces y magistrados) y la garantía de la inamovilidad de jueces y magistrados y si, en su caso, estas garantías intensifican las exigencias que derivan del citado principio (FJ 6).

Nos interesa aquí sobre todo el análisis del **principio de seguridad jurídica** que realiza la sentencia y su relación con los defectos de técnica legislativa o deficiencias técnicas en que las leyes incurran.

Tras recordar los aspectos objetivo y subjetivo del principio (certeza y previsibilidad) de la seguridad jurídica, ya reflejados en su doctrina anterior (SSTC 15/1986 FJ 1, 36/1991 FJ 5, 46/1990 FJ 4), el Tribunal declara que la previsibilidad del resultado aplicativo de la norma depende de la labor del legislador, reiterando su doctrina sobre la *indeterminación u omisiones*: “En suma, sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas en sus destinatarios que

generan una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15)» (STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 3)”.

El Tribunal recoge asimismo su doctrina anterior (FJ 5) según la cual “las exigencias derivadas de la seguridad jurídica no pueden alcanzar a los *defectos de técnica legislativa* y tachar de inconstitucionales las omisiones o deficiencias técnicas en las que la norma incurra”.

La imprecisa línea que delimita el ámbito de la constitucionalidad de la ley y de la falta de calidad de la misma, no facilita las cosas. No es posible enfrentarnos al deslinde a partir de “soluciones apriorísticas o criterios de general aplicación” (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4), puesto que “que cada caso problemático puede presentar facetas propias y específicas, será preciso valorar las circunstancias concurrentes” (STC 147/1986, FJ 4). Sí puede obtenerse, vía inferencia, alguna regla que pueda facilitar dicha labor. Si el defecto es irrelevante o salvable, la seguridad jurídica no se ve concernida. A modo de ejemplo, por su irrelevancia no afectan al principio de seguridad jurídica: el uso de fórmulas o términos ininteligibles (STC 37/1981, FJ 5); la calificación errónea de un precepto legislativo como disposición transitoria (STC 225/1998); el carácter marcadamente tautológico de algún precepto (STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 3); la técnica de remisión a una normativa estatal derogada (STC 146/1993, de 29 de abril, FJ 6); el uso de términos impropios [STC 149/1991, FJ 3 B b)] o de terminología que no sea absolutamente precisa [STC 160/1987, de 27 de octubre FJ 5 a)].

El Tribunal se aproxima al núcleo de la problemática constitucional planteada (sobre la no previsión de consecuencias derivadas de la carencia de aptitud de jueces y magistrados suspensos que pretendan reingresar al servicio activo), lo que le lleva a “pasar por el crisol de la seguridad jurídica las *omisiones en las leyes*. En principio, en tanto que las normas aparecen integradas en un ordenamiento jurídico determinado, los huecos que en su regulación existan pueden ser integrados por los principios que lo informan y sustentan, por lo

que las omisiones no vician de inconstitucionalidad la norma”¹. Ahora bien, si las omisiones “produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica (STC 150/1990, FJ 8)”, “el grado de indeterminación alcanzado sería constitucionalmente intolerable, pues haría imposible concebir el Derecho como una razón distinguible de la voluntad del poder público que debe aplicarlo, de suerte que la vaguedad de la norma haría zozobrar el principio mismo de “imperio de la Ley”. Y por otra parte, tampoco estos casos podrían salvarse mediante una interpretación que suponga “la reconstrucción de la norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7, y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8)”.

Recuerda también el Tribunal la doctrina que conecta el principio de seguridad jurídica con *otros mandatos constitucionales*, conexión que ha operado como elemento intensificador de la exigencia de seguridad jurídica o de su grado de certeza: principio de legalidad sancionadora (STC 116/1993 FJ 3) o de limitación de los derechos fundamentales (STC 145/2014 FJ 7)².

¹ Cita en tal sentido la STC 150/1990, según la cual (FJ 8) “[N]o cabe admitir que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no se plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los problemas que puede suscitar su aplicación. Sin perjuicio de la conveniencia de apurar, en la medida de lo posible, la regulación y solución de tales problemas con arreglo a estrictos criterios de técnica legislativa, su silencio en la ley no supone en todo caso un atentado contra la seguridad jurídica que el art. 9.3 de la Constitución garantiza. Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten”.

² “Ilustra esta doctrina constitucional la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en cuyo FJ 15 se reconoció que “la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre

Analizado desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica el supuesto planteado, el Tribunal (FJ 6) examina si operan y en qué modo lo hacen los **principios de reserva de ley orgánica del estatuto jurídico de los jueces y magistrados y de inamovilidad**, en las exigencias de certeza, certidumbre, confianza y previsibilidad propias del principio de seguridad jurídica.

A la luz de estos principios, entiende (FJ 7) que de la literalidad del precepto cuestionado no se pueden obtener los parámetros para alcanzar certeza o cognoscibilidad de los presupuestos que define, ni de la concreta finalidad que persigue el hecho regulado (la declaración de aptitud necesaria para la reincorporación al servicio activo y en consecuencia para que cese la situación de suspensión de funciones aplicada como sanción disciplinaria a un juez o magistrado), orfandad reguladora que no sólo afecta al aplicador que carece de criterios en los que basar la declaración de aptitud o denegarla, sino también al destinatario³. “De la literalidad de la ley no resulta la posibilidad de entender lo que la misma determina: su sentido, por lo que la imprecisión de la norma no puede ser salvada sin su reconstrucción... El precepto permite optar entre una pluralidad de posibilidades razonables, lo que genera una incertidumbre insuperable que solo el legislador debe y puede resolver... Esa labor de reconstrucción nos está vetada pues supone “la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde” (por todas, STC 273/2005, FJ 8)”. “La ausencia de regulación, como bien indica el Auto de planteamiento, se encuentra conectada a aspectos tan sensibles como necesitados de definiciones precisas. En este sentido, la orfandad reguladora se proyecta a la situación iniciada como consecuencia del cumplimiento de la sanción de suspensión, lo que intensifica el efecto

los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica”.

³ “La intensidad de la laguna o carencia produce confusión o dudas no solo en los aplicadores, sino también en los destinatarios a quienes les afecta una incertidumbre razonablemente insuperable, tanto en relación con la conducta exigible para que se produzca la declaración de aptitud, como acerca de la previsibilidad de sus efectos”.

perturbador de la inseguridad jurídica producida”. En consecuencia, declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto cuestionado, que extiende a incisos conexos (FJ 8).

III. COMENTARIO

La relevancia de esta sentencia deriva de varias razones. En primer lugar, porque no son muchas las sentencias en las que se declara la inconstitucionalidad de un precepto o una ley por razones de técnica normativa: apenas dos sentencias sobre remisiones defectuosas de leyes autonómicas al ordenamiento estatal o europeo (SSTC 46/1990 y 234/2012) y la línea doctrinal que arranca con las SSTC 119/2011 y 136/2011, que aplica el principio de homogeneidad a las enmiendas a textos legislativos (bien es verdad que sobre la base del derecho de enmienda de los representantes y sin extender el citado principio a las iniciativas ni a los decretos-leyes).

De otra parte, el carácter reciente de la sentencia le permite poner en relación varias perspectivas distintas de la relación entre la seguridad jurídica y la técnica normativa (la forma de redactar las leyes, obviamente ligada al fondo de lo regulado) adoptadas en sentencias anteriores en sentido denegatorio, para llegar a la conclusión de que la ausencia de precisión normativa, esta vez sí, vulnera la seguridad jurídica y procede declarar la inconstitucionalidad. De ello deriva la consecuencia ineludible de que el legislador ha de prever las consecuencias de la aplicación de las normas, no sólo regular en abstracto, y que la reserva de ley orgánica no puede ser suplida con el desarrollo reglamentario ni con interpretaciones que coloquen al aplicador en el lugar del legislador.

Al propio Tribunal Constitucional, declara, le está vedada la labor de reconstrucción de las normas imprecisas, porque supone la creación de una norma nueva, con lo que asumiría la función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde.

Asimismo, resulta relevante que la sentencia resulte de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de oficio –con la oposición del recurrente (sancionado) y del Abogado del Estado, circunstancias que justifican que nos hayamos extendido en los an-

tecedentes—, sobre la base de que la indeterminación del precepto cuestionado atenta gravemente a la seguridad jurídica. Podemos interpretar que ello implica una mayor sensibilización (tal vez no sólo porque la materia afectaba directamente a jueces y magistrados) respecto de la relación entre técnica normativa y seguridad jurídica.

IV. CONCLUSIONES

De esta sentencia hemos de concluir que el legislador ha de ser doblemente cuidadoso a la hora de especificar las consecuencias de las normas que establece en las leyes: porque ninguna otra autoridad, ni siquiera el Tribunal Constitucional, puede sustituirle en su labor legislativa mediante la interpretación o reconstrucción de la norma, y porque la imprecisión en cuanto a sus efectos puede generar la vulneración de la seguridad jurídica de sus destinatarios, incurriendo en inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2010). *Técnica legislativa y seguridad jurídica*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2018). 40 años de técnica legislativa, *Revista de las Cortes Generales* nº 104, págs. 179-213.