

nalidad. Lo que está vedado a la Sala es el planteamiento de la cuestión con carácter previo, como hacen los Jueces ordinarios.

No está prevista, sin embargo, la hipótesis análoga, pero nunca idéntica, en el caso de avocación del recurso de amparo por el Pleno, a iniciativa suya o a propuesta de la Sala. En tal coyuntura, y ante el silencio de la Ley, caben al menos dos lecturas. Una, la aplicación analógica del precepto analizado, en la cual falta la identidad de situación porque aquí se identifican, se confunden —en el sentido jurídico del término— el Juez del amparo y el Juez de la constitucionalidad, allá separados. Otra —mi propuesta— que el Pleno se autoplantee la cuestión de la eventual inconstitucionalidad, abra el proceso correspondiente por los pasos y con las audiencias que marca nuestra Ley, decida acerca de ella en la Sentencia y defiera luego el amparo a la Sala. Cabe también, por qué no, una Sentencia única para ambos, en una acumulación de pretensiones y dos Sentencias simultáneas o sucesivas de ambos procesos. En cualquier caso, parece innecesaria y hasta excesiva una llamada al legislador para un problema que el *usus fori* puede resolver adecuadamente.

2. La creación judicial del Derecho ha sido detectada en muchas ocasiones dentro del Derecho sustantivo, como fue el caso del abuso del Derecho o del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. En el ámbito procesal cabe traer a cuento varios ejemplos, por su orden cronológico. El primero se produjo en los procedimientos de extradición, donde la Ley vigente a la sazón configuraba la instancia única. La adhesión de España al Convenio de Roma de 1950 sobre Derechos Humanos hizo exigible la garantía de la doble instancia sin que el legislador de la época, despreocupado o demasiado ocupado, pusiera remedio a esta carencia. Lo hizo en cambio la Audiencia Nacional que se sacó con imaginación de la manga de la toga un inexistente *ex lege* recurso de súplica ante la Sala de lo Penal en Pleno contra los Autos al respecto de sus Secciones. El invento funcionó y fue adoptado por la vigente Ley 4/1985, de 21 de marzo, sobre Extradición Pasiva (art. 15.2).

Una segunda muestra puede encontrarse en la doctrina legal de la vieja Sala Tercera del Tribunal Supremo que en 1986, después de cuatro años de establecido el recurso de casación contra las Sentencias de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en su Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (art. 49), se encontró con un vacío normativo por falta de la regulación no ya prometida, sino exigible. No se había publicado aún la Ley de Funcionamiento, prevista en aquélla, para cuya promulgación se concedía el plazo de seis meses (Disposición final tercera). Una vez promulgada, sin embargo, la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, que encomendaba tales recursos a la Sala Tercera del Tribunal Supremo (art. 49), ésta admitió sin más su viabilidad en el Auto de 15 de diciembre de 1986. Lo mismo pudo haberse hecho con el recurso de casación en lo contencioso-administrativo, y así lo propuse en su día, como reflejan mis Votos particulares a los Autos de 20 y 22 de mayo 1990 de la recreada Sala Tercera del Tribunal Supremo, por refundición en una de las tres hasta entonces existentes para ese orden jurisdiccional. Si tal recurso se hubiera introducido por vía jurisprudencial, mediante un reconocimiento «declarativo» de que estaba ya en la L.O.P.J. desde 1985, con un obvio efecto retroactivo, la situación actual de la jurisdicción, a tan alto nivel, sería diferente.

El tercer ejemplo se produjo también en las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, entonces tres (Tercera, Cuarta y Quinta), en el sucinto

procedimiento de la apelación, consistente esquemáticamente, si no hubiere vista, en unas alegaciones del apelante a las que ha de responder el apelado con otras, sin más trámite (art. 100 L.J.C.A. en su versión primitiva). Pues bien, cuando en estas últimas se introducía un nuevo alegato, no esgrimido hasta ese momento, el *usus fori* creó un nuevo trámite de alegaciones para que el apelante, a su vez, pudiera reargüir lo dicho *ex novo* por la otra parte, manteniendo así la plenitud del principio de contradicción. Aún habría más ejemplos que aducir, tanto en lo contencioso-administrativo (incompetencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo sobre los recursos de revisión de las Sentencias dictadas en segunda instancia por las Salas ordinarias —art. 61 L.O.P.J.— y determinación del órgano, *ad hoc* para ello, solución que recogió luego el legislador) como en los demás sectores jurisdiccionales.

3. Con este proceder, poniendo primero lo que debe ir delante —la declaración de inconstitucionalidad— y después lo que se deriva de tal premisa, el amparo, se evitarían dificultades fácilmente imaginables a la hora del cumplimiento de cualquier Sentencia nuestra al respecto, que implica la anulación de la impugnada y una nueva decisión del Juez ordinario, dejando de aplicar una norma todavía vigente por no haber sido declarada inconstitucional (con la posibilidad añadida de que no llegue a producirse tal evento), ni expulsada en consecuencia del ordenamiento jurídico. Esa incoherencia queda de manifiesto en la antítesis profunda que ofrecen, si bien se mira, los pronunciamientos segundo y tercero del fallo.

Madrid, a veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.—Rafael de Mendizábal Allende.—Firmado y rubricado.

3809 *CORRECCION de errores en el texto de la Sentencia núm. 207/1993, de 28 de junio de 1993, del Tribunal Constitucional, publicada en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado» número 183, de fecha 2 de agosto de 1993.*

Advertidos errores en el texto de la Sentencia núm. 207, de 28 de junio de 1993, del Tribunal Constitucional, publicada en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado» número 183, de 2 de agosto de 1993, se transcriben a continuación las oportunas correcciones:

En la página 6, primera columna, cuarto párrafo, línea 1, donde dice: «En cada uno de los resultados», debe decir: «En cada uno de los resultandos».

En la página 8, primera columna, segundo párrafo, línea 9, donde dice: «3.754/84», debe decir: «3.754/85».

En la página 8, primera columna, sexto párrafo, líneas 8 y 9, donde dice: «núms. 1.168/84, 1.859/85 y 3.754/84», debe decir: «núms. 1.168/84, 1.859/85 y 3.754/85».

3810 *CORRECCION de errores en el texto de la Sentencia núm. 209/1993, de 28 de junio de 1993, del Tribunal Constitucional, publicada en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado» núm. 183, de fecha 2 de agosto de 1993.*

Advertidos errores en el texto de la sentencia núm. 209/1993, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional, publicada en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado»