

Francisco Caamaño

## El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias

[Colección Estudios Constitucionales, 1994-190 pàgs.]

1. Las páginas que siguen tienen por objeto dar cuenta de la reciente publicación de un libro del profesor Francisco Caamaño acerca de los problemas, múltiples y complejos, que el control de constitucionalidad de las normas reglamentarias plantea en un ordenamiento que, como el español, no confunde plenamente -ni mucho menos- justicia constitucional con jurisdicción constitucional. Esos problemas serían, obviamente, incomparablemente menores si tal control, tanto en vía principal como incidental, se hubiera reservado en exclusiva, de conformidad con el modelo austríaco (cfr. art. 139.1 de la Constitución de 1929), al Tribunal Constitucional. Mas, no siendo ello así (y no faltan buenas razones históricas y políticas que avalan el que así no haya sido), la concurrencia plurijurisdiccional, con diversos grados, intensidades y matices, en el juicio de licitud constitucional de las disposiciones infralegales (de toda clase y filiación, además) suscita enormes dificultades de articulación entre los órganos de la jurisdicción ordinaria, llamados a tutelar en su respectiva esfera de actuación como poderes pú-

blicos la supremacía de la Constitución, y el órgano titular de la jurisdicción constitucional.

Esas dificultades han merecido, claro está, una atención doctrinal constante, en un esfuerzo racionalizador al que se incorpora la obra de que doy noticia y que me dispongo a comentar. Obra, en primer lugar, valiente, dada la entidad del tema estudiado, pero a su vez valiosa, pues, lejos de ceñirse en su propósito a ofrecer un estado de la cuestión de las aportaciones científicas y jurisprudenciales (la que en todo caso habría resultado de gran utilidad), participa plenamente en el intenso debate con que deliberadamente se ha topado, al que contribuye con sus propios criterios, que ni siquiera en el capítulo dedicado al origen histórico del control jurisdiccional de normas ha tratado de omitir. Cabe lamentar, no obstante, la carencia de una síntesis conclusiva final, que hiciera balance de los anclajes establecidos y de las zonas oscuras todavía pendientes de iluminar. Intentaré referirme sucintamente a las tesis del autor que, por mi cuenta y riesgo, juzgo más relevantes, o más dignas de ano-

tación, y, con igual brevedad, manifestar mi coincidencia o discrepancia al respecto.

2. Para Caamaño, el control jurisdiccional de las normas es una exigencia de la forma democrática del Estado. Esta exigencia no sólo resulta la consecuencia de un proceso histórico, sino que, al tiempo, se traduce en un nuevo concepto de jurisdicción, al que es inherente la sumisión judicial al principio de jerarquía normativa. La democracia requiere que el juez determine la validez de la norma a aplicar y no meramente su vigencia y alcance. Juzgar no es aplicar las normas al caso concreto, sino aplicar las que sean jurídicamente válidas. La jurisdicción ya no puede entenderse sino como determinación irrevocable del Derecho sobre el Derecho. El juicio de validez es consustancial a la propia configuración normativo-competencial de los poderes del Estado y a la legitimación democrática de los mismos (cfr. págs. 67-72 *et passim*).

Quizás, sin embargo, esta tesis pueda calificarse de reduccionista en varios sentidos. Primero, porque se muestra como demasiado tributaria de la idea de democracia que se desarrolló históricamente en el constitucionalismo anglosajón, y sobre todo americano. Democracia (aun la de estirpe liberal) y control *jurisdiccional* del poder no se presuponen mutua y necesariamente. Mayor interrelación hay, aunque tampoco completa, entre aquel control y el principio del Estado de Derecho, del que, al menos tendencialmente, se deriva la supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional de las normas y

actos de todos los poderes públicos. En cuanto al principio de jerarquía normativa, no sólo no guarda una vinculación necesaria con la forma democrática del Estado, sino que, visto como simple técnica de racionalización del proceso de adopción de las decisiones políticas, puede operar en el seno de ordenamientos del más variado signo, si bien es verdad que la vertebración de la superioridad formal de unas normas sobre otras con la consiguiente *invalidez* de las inferiores opuestas a las superiores- únicamente aparece con posterioridad a la extinción del Antiguo Régimen. De otra parte, ningún principio estructural del ordenamiento jurídico (democracia, Estado de Derecho, Estado Social... ) posee un perfil independiente del que le hayan otorgado las normas constitucionales que lo desarrollan (salvo que ese principio quiera configurarse como un *a priori* constitucional con funciones de legitimación política), normas, pues, a las que principalmente se ha de acudir a la hora de integrar su contenido específico. Otra cosa es que el principio en cuestión tenga unos determinados contornos histórico-culturales, de valor actual no sólo taxonómico, sino hermenéutico.

Pero la tesis de Caamaño descansa, en realidad, en otra sinonimia de mayor calado: la de la identidad absoluta entre Constitución -el concepto de Constitución- y Constitución liberal-democrática. Aunque el autor no teoriza sobre ello, esta asimilación aparece claramente en algunos pasajes de la obra: así, cuando declara que las Leyes Fundamentales del franquismo «nada tienen

que ver» con el concepto de Constitución (págs. 67 y 63) a cuando afirma sin más que «sólo es Constitución aquella norma de origen democrático» (pág. 111). Y aún hay otra sinonimia de igual trascendencia: identidad entre Constitución liberal-democrática y Constitución normativa. Tales identificaciones distan mucho de ser exactas, por más que la primera de ellas, de ilustres antecedentes históricos (cfr. el art. de la Declaración de Derechos de 1789), continúe gozando de la máxima respetabilidad.

3. Las dificultades de articulación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, cumplidamente analizadas en el libro del profesor Caamaño, tratan de solventarse mediante esta propuesta, con la que el autor concluye el Capítulo II de su obra («El enunciado imposible: constitucionalidad/legalidad» es el expresivo título de dicho Capítulo):

“...la “jurisdicción de la ley”, la “jurisdicción de los derechos fundamentales” y la “jurisdicción de conflictos” son competencia irreductible del Tribunal Constitucional por versar sobre materias que integran el derecho constitucional específica. La primera, porque sólo el Tribunal Constitucional puede conocer sobre la constitucionalidad de normas con valor de ley. Las otras, porque constituyen el Kernbereich o núcleo típico de la Constitución. A partir de esta premisa, podemos asentar las siguientes hipótesis de partida:

a) Ante reglamentos ejecutivos, reproductores de los contenidos es-

tablecidos en la ley, al juez no le queda más opción que plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

b) Los conflictos de competencia deben ser del exclusivo conocimiento del Tribunal Constitucional y no un ámbito a compartir con la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) El Tribunal Constitucional podrá entrar a conocer en el ámbito infralegal y realizar un juicio previo de legalidad, siempre que sea necesario para salvaguardar un derecho Fundamental lesionado, utilizando todos los medios a su alcance, incluida la posibilidad de declarar la nulidad *erga omnes* de un reglamento.

*El Derecho constitucional específico* sería, desde la comprensión operativa aquí formulada, un criterio complementario y definidor, con el que dar respuesta a los vacíos teóricos no cubiertos por el principio de legalidad a la hora de explicar la siempre difícil interacción entre jurisdicciones.

Queda por ver si esta propuesta teórica es compatible con nuestro derecho positivo...» (págs. 96-97).

Las cuestiones así planteadas se estudian pormenorizadamente en los dos restantes Capítulos de la obra (Cap. III: «Poder Judicial y control de constitucionalidad de reglamentos» (págs. 101-1441. Cap. IV: «Tribunal Constitucional y control de reglamentos» [págs. 147-1731]).

4. Las conclusiones básicas del autor en el Capítulo III son éstas:

1.<sup>ª</sup>) En orden a la determinación de la validez de los reglamentos ejecutivos y a su eventual inaplicación *ex art.* 6 LOPJ, el juez ha de efectuar un previo juicio de legalidad de los mismos, y, si la norma legal que el reglamento desarrolla o reproduce es, según el criterio judicial, contraria a la Constitución, necesariamente debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que el órgano jurisdiccional no puede decidir sobre la validez de la ley como presupuesto inexcusable del pronunciamiento sobre la validez del reglamento. «Si el juez no realiza este juicio previo de legalidad para plantear, en su caso, la cuestión ante el Tribunal Constitucional, no sólo estaría quebrando el principio de legalidad y la exigencia constitucional de su sumisión a la ley, sino que, además, se producirían resultados ciertamente paradójicos: una norma inconstitucional reproducida en dos formas normativas distintas -Ley y Reglamento- vinculadas entre sí por el principio de jerarquía normativa, podría ser rechazada por el juez en su forma inferior -la reglamentaria- mientras permanecería en su forma superior. Pero resulta que tal operación, por la que el juez inaplica el Reglamento para aplicar la Constitución, conlleva intrínsecamente una tácita inaplicación de la Ley, la que le está constitucionalmente prohibido, a no ser que ésta sea una Ley preconstitucional» (pág. 118).

Esta primera conclusión, a la que Caamaño llega pasa a paso, analizando la doctrina y la jurisprudencia, me pa-

rece plenamente correcta, sin perjuicio de las matizaciones que podrían realizarse a la fundamentación teórica de la misma expuesta por el autor y de la que aquí no es dable ocuparse. Coincido, en efecto, en que la operación de control de constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias llevada a cabo por los Jueces y Tribunales ordinarios es subsidiaria del juicio de legalidad de aquéllas. La validez legal de los reglamentos es, pues, un *prius* lógico de su examen desde la perspectiva constitucional. Sólo cuando el reglamento haya superado el juicio de legalidad podrá enjuiciarse en clave de constitucionalidad, ya que proceder de otro modo equivaldría a la inaplicación judicial de la ley, constitucionalmente prohibida (arts. 117.1 y 163 C.E.). Caben, así, dos posibilidades: primera, que la disposición reglamentaria sea inconstitucional pero fehacientemente legal por limitarse a desarrollar complementariamente la ley en la que se fundamenta: habría entonces que plantear la cuestión de inconstitucionalidad y, estimada ésta, inaplicar el reglamento; segunda, que el reglamento inconstitucional desarrolle una ley preconstitucional, debiéndose optar en tal circunstancia por el planteamiento de la cuestión o, tras constatar la derogación de la ley por la Constitución, inaplicar sin más el reglamento.

2.<sup>ª</sup>) Por lo que atañe a los reglamentos independientes, el juez ha de efectuar un auténtico juicio de constitucionalidad y, merced a ello, su parámetro de control no podrá ser otro que la Constitución misma. «Tema distinto es el que se produce cuando lo que se cues-

tiona no es el contenido del Reglamento independiente sino su propia viabilidad constitucional, juicio que inevitablemente debe preceder al anterior. En tal supuesto, el juzgador debe determinar el alcance de la reserva de ley, lo que implica, inexcusablemente, emitir un nuevo juicio de constitucionalidad, pues, sólo así, es posible averiguar si la materia en cuestión está constitucionalmente reservada a la ley" (pág. 123).

Nuevamente de acuerdo. En relación con los reglamentos independientes, el juzgador realiza dos operaciones de control de constitucionalidad, verificando en primer término la inexistencia de reserva material o formal de ley en el específico sector objeto de normación y luego, en su caso, los restantes aspectos de la legitimidad constitucional de la disposición aplicable. Por consiguiente, los órganos judiciales inaplicarán los reglamentos independientes contrarios a la Constitución sea cual fuere la infracción que en ellos aprecien.

3.ª) Los Tribunales de lo contencioso-administrativo, en tanto que órganos especializados en el control jurídico de la Administración y de sus productos normativos, tienen un «mayor deber» en la defensa de la legalidad y, obviamente, también en la de la constitucionalidad de los reglamentos, para lo que cuentan con competencias de las que carecen los restantes órganos judiciales, ya que pueden declarar la nulidad de tales disposiciones con efectos *erga omnes*. Esta función depuradora de los reglamentos inconstitucionales se aprecia todavía con mayor intensidad en re-

lación con el denominado recurso directo (art. 39.1 LJCA), que permite, como se sabe, la impugnación abstracta de las normas reglamentarias. Superados, tras la entrada en vigor de la Constitución, los serios problemas de legitimación que este cauce procesal presentaba, a su través se permite a los jueces de este orden efectuar un auténtico control abstracto de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias, siempre, eso sí, que no sea posible un previo juicio de legalidad (págs. 126-127).

Otra vez conforme. En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, también el control de constitucionalidad de los reglamentos por cualquiera de las vías impugnatorias legalmente previstas -y que igualmente cabe en la vía especial de la Ley 62/1978, como recuerda Caamaño- ha de ser posterior al examen de legalidad de los mismos. Añadido que, por lo que concierne a los actos administrativos, puede suceder que los reglamentos en que se apoyan sean a su vez inconstitucionales, lo que motivaría la interposición del recurso indirecto del art. 39.2 LJCA. En todo caso, si los reglamentos inconstitucionales fueran, no obstante, legales, la doble subordinación judicial a la Constitución y a la ley obligaría al juzgador -salvo en el evento de una ley preconstitucional- a utilizar el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad; utilización que, en cambio, no resultaría precisa en el supuesto de que el reglamento inconstitucional se considerase como un reglamento lícitamente independiente. Una sentencia estimatoria del T.C. forzaría al Tribu-

nal de lo contencioso-administrativo a declarar la nulidad del reglamento ejecutivo impugnado, directa o indirectamente, por su oposición a la Constitución. Esa misma nulidad podría acordarse por el órgano judicial de modo inmediato tanto si enjuicia un reglamento independiente como si aprecia que el reglamento ejecutivo desenvuelve una ley preconstitucional contraria a la Norma Fundamental.

4.<sup>a</sup>) Se pregunta, en fin, el profesor Caamaño si, en este ámbito del control de constitucionalidad de reglamentos, es viable defender la existencia de algún cauce que permita al T.C. revisar la interpretación que de la Constitución ha realizado el juez ordinario cuando, por no mediar ley, no es posible plantear la cuestión ni se está en presencia de alguno de los derechos protegibles en amparo. En búsqueda de una respuesta, el autor deriva hacia otros problemas suscitados en la jurisprudencia constitucional, alcanzando, con invocación de tal jurisprudencia, una conclusión-puente: la aplicación judicial de un reglamento ilegal puede llegar a vulnerar el art. 24 C.E., puesta que esa resolución judicial no debe considerarse entonces como fundada en Derecho. «Si esto admitimos cuando el control es de legalidad, mayor razón debe existir cuando se trate de una declaración de inconstitucionalidad de una disposición reglamentaria por parte de los miembros del Poder Judicial, puesto que en tal caso lo que está en juego no es ya la correcta aplicación de la ley sino la de un precepto constitucional, cuya interpretación última debe, además, corres-

ponder al Tribunal Constitucional. Esta solución... tiene a su favor el instrumentar el recurso de amparo con el fin de impedir que para ciertos casos, ciertamente pocos -puesto que el ámbito de la potestad reglamentaria independiente es... limitado y reducido-, no se genere una "jurisprudencia constitucional paralela" y no revisable, al menos de forma más o menos mediata, por el Tribunal Constitucional...». «De otro lado, es sabido que al TC no le corresponde garantizar a través del amparo la uniformidad en la aplicación de la ley (...), pero ¿tampoco la uniformidad en la aplicación de la Constitución?» (págs. 136-143).

Comparto la tesis que acabo de extractar excepto en su limitación al supuesto de los reglamentos independientes, pues bien puede ocurrir que una resolución judicial, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, aplique un reglamento ejecutivo legal aunque contrario a la Constitución. Y digo que la comparto porque, en efecto, el derecho fundamental del art. 24.1 C.E. comprende, entre otros, el de obtener una resolución jurídicamente fundada, cosa que obviamente no sería una decisión judicial contraria a una norma constitucional. No se trata, claro está, de ampliar el elenco de los derechos protegibles en amparo por la vía indirecta del art. 24.1 C.E., sino de dotar de plena virtualidad al derecho a la tutela judicial efectiva en los casos en que la resolución judicial infrinja preceptos constitucionales. Como debe resultar evidente, tal derecho fundamental no sólo comprende el de obtener una re-

solución fundada en las normas infra-constitucionales del ordenamiento, sino, ante todo, el de que la decisión jurisdiccional sea conforme con la Constitución: con todas y cada una de las normas de la misma -orgánico-procedimentales y sustantivas, cabe precisar-, pues la Constitución en su conjunto vincula a los Jueces y Tribunales (arts. 9.1 C.E. y 5.1 LOPJ). En suma, la resolución judicial vulneradora de una disposición constitucional conculca, al tiempo, el derecho del art. 24.1 C.E., ya que no puede tenerse por una resolución jurídicamente fundada.

Ahora bien, de aceptarse esta tesis, habría que aceptar igualmente que el control de la resolución judicial por el T.C. no sería ya de mero carácter negativo. En los recursos de amparo basados en la simple vulneración del art. 24.1 C.E. ese carácter se deriva del hecho de que el Tribunal Constitucional no es juez de la legalidad de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales. Por el contrario, de conculcarse el art. 24.1 C.E. por infringirse otro precepto constitucional, la supremacía hermenéutica del Tribunal (arts. 123.1 C.E. y 1.1 LOTC) habría de llevarle a practicar un control *positivo* de la resolución recurrida, delimitando de forma vinculante el contenido y alcance de aquel precepto.

5. En el último Capítulo del libro, el autor comienza por inquirirse acerca de la repercusión de la declaración de inconstitucionalidad de una ley sobre el reglamento ejecutivo de la misma. Luego se adentra en el tema del control de constitucionalidad de reglamentos a tra-

vés de la vía del recurso de amparo, que aborda extensamente, dando razón de la jurisprudencia del T.C. al respecto y valorándola desde la perspectiva de la naturaleza objetiva o subjetiva del indicado proceso constitucional. Más adelante, el profesor Caamaño se ocupa del problema de la duplicidad de jurisdicciones en el enjuiciamiento de reglamentos a partir de su conformidad o no con el orden de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Su conclusión en este ámbito es clara: «cuando la pretensión impugnatoria de una o más disposiciones reglamentarias descansa únicamente en un vicio de incompetencia y el marco normativo para su determinación sea la Constitución o alguna de las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad, sólo el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer de la misma porque sólo él está constitucionalmente legitimado para la defensa del orden competencial establecido por el poder constituyente». No niega Caamaño los inconvenientes de esta solución (privar a los particulares de la posibilidad de impugnar las normas reglamentarias aquejadas de vicios competenciales; dificultad de distinguir, por el juez de lo contencioso-administrativo, la frontera de los diferentes tipos de vicios alegados); solución que, no obstante, fundamenta en la tesis de que los órganos de la jurisdicción ordinaria son únicamente jueces de la constitucionalidad desde el punto de vista del principio de jerarquía normativa, resultando competentes para declarar la invalidez de normas infra-legales contrarias a la Constitución, pero

no para resolver conflictos de naturaleza constitucional (cfr. págs. 173 y ss.).

No cabe aquí, en el reducido espacio propio de una recensión, argumentar *in extenso* en contra de la conclusión del autor en este extremo. Me limitaré, pues, a señalar que, aunque su tesis enlaza con ilustres precedentes doctrinales, ni la doctrina científica mayoritaria, ni la jurisprudencia constitucional ni la legislación vigente permiten compartir la defensa del monopolio que Caamaño defiende (a no ser que se trate de un monopolio de procedimiento y no de impugnabilidad). Naturalmente, el proceso de conflicto ante el T.C. y el contencioso-administrativo son procesos distintos, distinción que origina las lógicas consecuencias en el control de los reglamentos por vicios derivados de la infracción del orden de competencias. Ahora bien, la legítima

conurrencia en este terreno de la jurisdicción constitucional y de la ordinaria-reconocida por la misma LOTC, cuyo art. 61.2 establece la debida regla de prejudicialidad en favor de aquélla-obedece al carácter de jueces constitucionales que, por imperativo de la supremacía de la Ley Fundamental, revisten todos los órganos judiciales.

6. Quiero, por último, concordar con el autor en su constatación de la duplicidad jurisdiccional que se produce en la materia objeto de las impugnaciones *ex art. 161.2 C.E. y Título V de la LOTC*. Duplicidad que, en cambio, yo no lamento y que, como Caamaño concluye acertadamente, forma parte, con todas sus dificultades de articulación, de nuestro modelo de justicia constitucional.

Ramón PUNSET