

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 \*

Por MANUEL ARAGON

## I

### OBSERVACIONES PRELIMINARES

#### 1. *Sobre la denominación utilizada*

Los medios a través de los cuales se pretende asegurar el cumplimiento de la Constitución han recibido distintas denominaciones, cuya creencia de identidad proviene, más que de un tratamiento diferenciado del mismo objeto, de la propia indeterminación de éste. De ahí que parezca necesario, pues, delimitar qué clase de custodia de la Constitución se corresponde con el llamado «control de constitucionalidad».

Como en toda función de aseguramiento, habría que partir de los dos presupuestos básicos que la conforman: la situación de peligro y las medidas a tomar para conjurarlo. Por lo que al primero se refiere, la función de control

---

(\*) A este tema, aunque referido al proyecto de Constitución, ya habíamos dedicado un trabajo, presentado como ponencia a las IV Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional celebradas en Valencia del 3 al 7 de octubre de 1978. Nos satisface poder decir que algunos de los más serios defectos del proyecto, en la regulación del control de constitucionalidad, que allí se señalaban han sido subsanados en el texto definitivo de la Constitución.

no se ejercita para hacer frente a los ataques a la Constitución procedentes de actos realizados desde fuera del poder, sino desde dentro del poder mismo; tampoco respecto de actos ilícitos, sino de actos a los que, en principio y hasta que no se produzca la decisión del órgano que tiene encomendada la función de control, hay que reputar lícitos por haber sido adoptados con arreglo al procedimiento legal al efecto establecido y por no contravenir, desde el punto de vista material, la legalidad ordinaria. En cuanto al segundo presupuesto, el control no se ejercita a través de las medidas de excepción o de urgencia que determinados órganos del Estado puedan legítimamente tomar para la salvaguardia de la Constitución en casos de que ésta corra evidentes riesgos, sino de un procedimiento ordinario cuya práctica no supone, en modo alguno, la suspensión o el menoscabo del normal funcionamiento de la Constitución.

Por ello no parecen adecuadas ciertas expresiones, como la de «defensa de la Constitución» (utilizada por Schmitt), que englobaría cualquier reacción, normal o excepcional, contra un ataque lícito o ilícito; o la de «garantía de la Constitución» (empleada en nuestra Constitución de 1931), que podría confundir la protección que la Constitución otorga a ciertos principios con las medidas a tomar cuando éstos u otros de los contenidos en el texto fundamental son violados. Tampoco resultarían exactas las de «justicia constitucional» (usada ya por Kelsen en 1928 y auspiciada en nuestros días por Fix Zamudio) o «jurisdicción constitucional» (la «Verfassungsgerichtsbarkeit» de la doctrina alemana o el «proceso costituzionale» o «giurisdizione costituzionale» de la doctrina italiana), habida cuenta de que el control no siempre es realizado, en los distintos Estados donde se encuentra establecido, por órganos judiciales y a través de un procedimiento jurisdiccional. Por último, no cabe limitar ese control al de «constitucionalidad de las leyes», ya que éstas, pese a su importancia, sólo son unos de los variados actos del poder que pueden quedar sometidos a control.

En sentido lato, el control de constitucionalidad es el procedimiento a través del cual determinados órganos del Estado comprueban si ciertos actos lícitos de los poderes públicos están conformes con la Constitución, decidiendo su anulación o inaplicación en caso contrario.

En sentido estricto, el control de constitucionalidad no es más que la consecuencia jurídica de una cualidad también jurídica de la Constitución: su carácter de norma supralegal. Carácter que resultaría inoperante si no existiese un procedimiento para garantizarlo. Con esa medida, pues no se trata tanto de asegurar el cumplimiento de la Constitución (objetivo de naturaleza social y política, antes que jurídica) cuanto de velar porque el rango normativo de aquélla no se conculque, condición no suficiente, desde luego, pero sí necesaria para la efectiva vigencia del régimen constitucional.

## 2. *Sobre el objeto del trabajo*

De acuerdo con la explicación que antecede, estas páginas tienen como objeto el análisis de las medidas previstas en nuestra Constitución para controlar la constitucionalidad de los actos del poder (arts. 53.2, 95.2, 153 a), 159 a 165). En consecuencia, ni el trabajo se limita a comentar el control de constitucionalidad de las leyes ni, por lo mismo, se circunscribe sólo al estudio del Tribunal Constitucional, ya que, por un lado, el control se extiende a otras disposiciones de las autoridades públicas que carecen de rango legal e incluso normativo, y por otro, ese control será ejercitado, además de por el Tribunal Constitucional, por los Tribunales ordinarios, como en el supuesto del juicio de amparo (1). Ya que la finalidad de esas medidas es la misma (asegurar la vigencia de la Constitución, en cuanto norma jurídica, frente a su posible transgresión por los poderes constituidos) parece conveniente también que su tratamiento sea global, lo que, a la vez, permite el enfoque sistemático del control de constitucionalidad.

Quedan fuera, pues, del objeto de este trabajo el análisis de otras medidas de «defensa» (y no de «control») de la Constitución, tales como la protección penal de la misma, la encomienda a las Fuerzas Armadas de su custodia, los estados de excepción o la adopción por el Gobierno de medidas extraordinarias de intervención en las comunidades autónomas.

## II

### EL SISTEMA DE CONTROL ADOPTADO

#### 1. *Tipo de control*

Aunque los procedimientos de control varían en los distintos países, puede, sin embargo, establecerse alguna clasificación, siendo la más frecuente la que agrupa las formas de control de constitucionalidad en dos tipos: sistemas de control político y sistemas de control judicial, según que el órgano que lo desempeñe pertenezca a una u otra categoría. No obstante, habría que señalar que el control político en sentido objetivo, esto es, en atención a su propia na-

---

(1) Denominación que nos parece la adecuada, como después explicaremos, para el procedimiento previsto en el artículo 53.2.

turalidad y no a la del órgano que lo realiza, es incompatible con el significado propio del control, ya que sólo a través de un razonamiento jurídico (y no por motivos de oportunidad política) puede comprobarse cuando un determinado acto del poder contraviene o no lo establecido en la Constitución. En ese sentido, el verdadero control de constitucionalidad es siempre un control jurídico y, en la práctica, el grado de perfección de los sistemas existentes es directamente proporcional a la idoneidad técnica que para el conocimiento del Derecho quepa atribuir al órgano encargado de ejercitarlo. De ahí que se considere al control judicial como el más óptimo sistema de control de constitucionalidad (2).

En nuestra Constitución se ha adoptado un sistema de control judicial (3) al que, en principio, cabría calificar como de jurisdicción concentrada, ya que se crea un tribunal especial para ejercitarlo (el Tribunal Constitucional). No obstante, esa afirmación habría que matizarla, pues lo que se trata de implantar es más bien una especie híbrida en la que se reúnen caracteres propios de cada uno de los dos modelos de control judicial existentes en Derecho comparado (el de jurisdicción concentrada y el de jurisdicción difusa) en cuanto que además del Tribunal Constitucional también desempeñarán el control, según el art. 53.2, los tribunales ordinarios, cuestión que suscita diversos problemas de calificación sobre los que más adelante volveremos.

Por lo que se refiere únicamente al control de constitucionalidad de las leyes, el modelo previsto es el de jurisdicción concentrada y especial, solución netamente europea (4) al control judicial de las leyes, iniciada por Checoslovaquia y Austria en 1920, seguida después por nuestra segunda República (5) y

---

(2) Observación ya formulada por KELSEN, especialmente en *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en «Revue de Droit Public», 1928, págs. 224-241. También por TRIEPEL en su ponencia *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, presentada a la sesión de Viena de 1928 de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político (en «Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehrer», núm. 5, 1929, págs. 2-117). Criterio hoy general en la doctrina, véase, entre otros, H. FIX-ZAMUDIO: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, UNAM, México, 1968, págs. 151-156.

(3) Por ello, en este caso sí que podría emplearse la expresión «justicia constitucional».

(4) La única excepción la constituyen Suecia, Noruega y Dinamarca, aunque en estos casos, que no se ha optado por la jurisdicción especial, tampoco se ha introducido exactamente el sistema norteamericano. Quizá habría que añadir a Suiza, aunque es dudoso que allí pueda hablarse de un verdadero control de constitucionalidad.

(5) Se trata realmente de nuestro único precedente de control de constitucionalidad, pues, por un lado, el Tribunal Supremo no ha accedido nunca a ejercer tal

vigente hoy en Italia, Austria, la República Federal Alemana, Yugoslavia, Chipre y Turquía. Modelo también más adecuado a nuestro sistema jurídico, dadas las dificultades que la implantación de la jurisdicción difusa entrañaría en países de régimen normativo donde no existe vinculación judicial al precedente (6) y las serias incompatibilidades (7) entre el modelo norteamericano de revisión judicial y los principios político-constitucionales del liberalismo europeo.

## 2. *Organos de control*

La Constitución encomienda el ejercicio del control, como antes se ha dicho, al Tribunal Constitucional (art. 161) y también a los tribunales ordinarios (art. 53.2). Sobre el primero volveremos más adelante, deteniéndonos ahora en el examen de ciertas cuestiones que plantean los segundos.

Como quiera que en el texto del art. 53.2 sólo se habla de «Tribunales ordinarios», la ley de desarrollo tendrá que aclarar exactamente a cuáles de éstos se atribuye competencia para conocer del procedimiento de tutela de derechos y libertades previsto en el citado artículo. Sería conveniente, a nuestro juicio, que ello se encomendase a los jueces de primera instancia (con inmediato recurso, precisamente el de amparo, ante el Tribunal Constitucional) teniendo en cuenta que su localización geográfica haría más eficaz el auxilio urgente que la tutela requiere. En ese sentido hubiera sido preferible que el art. 53.2 empleara, en lugar del término «tribunales», el de «jueces o tribunales». De todos modos, no creemos que la palabra «tribunales» presente un serio obstáculo para su concreción por ley orgánica en el sentido antes indicado, ya que tal denominación suele ser común, en las normas sobre administración de justicia, para designar tanto a los órganos unipersonales como a los colegiados.

---

función, salvo en el desafortunado caso de la sentencia de 1-4-1977 [véase sobre todo ello mi trabajo *La sentencia del Tribunal Supremo sobre la legalización del PCE (Un caso de control judicial de constitucionalidad de las leyes)*, en «Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 14, julio-septiembre de 1977, págs. 507-523]; por otro, el recurso de contrafuero establecido por la Ley Orgánica del Estado de 10-1-1967 carecía de las condiciones mínimas que pudieran configurarlo como un procedimiento de control de constitucionalidad.

(6) Véase M. CAPELLETTI: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Giuffrè Editore, Milán, 1968, págs. 61-68. También, G. TRUJILLO: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, edit. Universidad de La Laguna, 1970, págs. 59-60.

(7) Ya señaladas por KELSEN, *op. cit.*, págs. 224-227.

Por lo demás, y merece con muy buenas razones señalarse, es sin duda un acierto situar en la jurisdicción ordinaria el procedimiento de tutela, solución más ventajosa (para la administración de justicia y para los particulares) que la de establecer unos tribunales especiales (como los de «urgencia» previstos en nuestra Constitución de 1931).

### 3. *El juicio de amparo y su cuestionable calificación como especie del control de constitucionalidad*

Aunque el art. 53.2 es menos explícito a este respecto que el 105 de nuestra Constitución de 1931, no cabe duda de que el procedimiento preferente y sumario para la tutela de determinados derechos y libertades que en el citado artículo 53.2 se prevé no es más que la primera instancia del amparo, o más exactamente, el juicio de amparo, configurándose el llamado [por los arts. 53.2 y 161.1 b)] «recurso de amparo» ante el Tribunal Constitucional como un recurso extraordinario de amparo en segunda y última instancia (8). Este sistema, desde luego, es más efectivo para la tutela de los derechos fundamentales que el establecido en la República Federal Alemana a través de un «recurso constitucional» («Verfassungsbeschwerde») que sólo cabe interponer ante el propio Tribunal Constitucional, con los problemas de acumulación y exceso de trabajo (aunque existan «comisiones de admisión»), lejanía de los hechos y quiebra de la urgencia que ello entraña. De todos modos, la ley de desarrollo habrá de adoptar las debidas precauciones para que el procedimiento ante la jurisdicción ordinaria sólo pueda ser empleado en casos de grave violación necesitados de urgente remedio, o cuando, sin darse esas circunstancias, no sea posible el control de legalidad de los actos que ocasionan la lesión.

Dicho esto, y aunque la Constitución no lo recoge (lo que hubiera sido conveniente) hay que entender que el juicio de amparo procede contra actos de las autoridades públicas y no de los particulares (9). Ahora bien, lo que no

---

(8) Como es obvio, su calificación como recurso «extraordinario» no está en función de que se trate de una segunda instancia, sino de que en tal recurso se dan algunas características que le alejan de los recursos ordinarios, entre otras la concesión sólo a una de las partes de la facultad de interponerlo o la ruptura de la inmediación jerárquica de los órganos judiciales.

(9) Aunque en algunos Códigos iberoamericanos reciban el nombre de «amparo» los interdictos posesorios (arts. 778-781 del Código de El Salvador de 1881, artículos 662-674 del de Honduras de 1906, artículos 253 y 254 del de Guatemala de 1963-64 o artículo 606 del de Venezuela de 1916) es sabido que la institución

se requiere en el amparo es que esos actos sean lícitos (formal y materialmente), con lo que, al controlarse cualquier tipo de actos de la autoridad, ya sean lícitos o ilícitos, la institución del amparo rebasa los límites estrictos del control de constitucionalidad, al menos técnicamente, para entrar en el campo de la defensa de la Constitución, sin que tampoco exactamente sea éste el suyo, pues el amparo, más que una institución de defensa de la Constitución (10) lo es de defensa de los derechos de los particulares constitucionalmente consagrados. De ahí la singularidad del amparo y los problemas que entraña su ubicación en el control de constitucionalidad. Cuestión esta última de indudable trascendencia teórica (o quizás, más correctamente, metodológica), pero de escaso interés práctico a los efectos de este trabajo.

### III

#### EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (11)

##### 1. *En cuanto a la composición del Tribunal a la selección de sus miembros*

Algunas reservas suscita la cuestión, tal como está planteada en el texto constitucional. En primer lugar, según el art. 159.1, el Tribunal se compondrá de doce miembros y parece que hubiera sido más conveniente establecer un número impar al objeto de facilitar la resolución en los casos de empate (12).

del «amparo» constitucional sólo cabe contra los actos del poder, y así lo entiende sin excepciones la doctrina.

(10) Aunque en sentido lato toda medida encaminada a imponer el cumplimiento de la Constitución sea una medida tutelar o defensora de ésta.

(11) Aunque el texto de la Constitución ha sufrido algunas modificaciones en este tema específico, como desde entonces hasta ahora sigue siendo en general válido el comentario al Tribunal Constitucional realizada por J. TOMÁS VILLARROYA y publicado por el Centro de Estudios Constitucionales en marzo de 1978 (págs. 201-215 del volumen *Estudios sobre el proyecto de Constitución*). Carecería, pues, de sentido repetir lo que ya se ha dicho en ese buen trabajo, por lo que nos remitimos a él en lo que al Tribunal Constitucional se refiere, ocupándonos aquí de estudiar algunas cuestiones que se han introducido posteriormente en el texto de la Constitución o que, aun estando incoadas en el trabajo del profesor Tomás Villarroya, nos ha parecido oportuno desarrollar más o examinarlas desde otra perspectiva.

(12) Teniendo en cuenta que el Gobierno, además de los dos miembros que propone, tomará parte también (a través de su partido o partidos) en la elección

En segundo lugar, al no fijarse una proporcionalidad entre los distintos profesionales de la justicia, la universidad, la Administración y el foro, podría ocurrir que, en cualquier momento, el Tribunal estuviese formado íntegramente por magistrados o fiscales, o por profesores, o por otros funcionarios distintos, o por abogados, desnaturalizándose con ello el principio que anima la composición del Tribunal, esto es, el de la complementariedad de tales profesiones que la peculiar naturaleza de la función que se le encomienda parece requerir. De todos modos, esta hipótesis es de dudosa verificación y quizá los inconvenientes que se derivarían de una rígida proporcionalidad (sobre todo a la hora de la elección) en la composición del Tribunal serían superiores a las ventajas que la proporcionalidad reporta.

Es un acierto, por último, que para la elección de los miembros del Tribunal cuya propuesta corresponde a las Cámaras se precise la mayoría de tres quintos, en cuanto que ello evitará, probablemente, la excesiva politización partidista de la elección o, al menos, la marcada polarización del Tribunal en una dirección política determinada.

## 2. *En cuanto a la competencia*

### a) *En general*

Poco hay que decir sobre la forma en que ha quedado prevista [artículo 161.1 a)] la existencia del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con rango legal. A ese respecto, la supresión final de la frase «Del Estado y de las comunidades autónomas» que el precepto tenía en el texto aprobado por el Congreso parece acertada, pues las leyes de las comunidades no dejan de ser leyes y, además, su revisión por el Tribunal Constitucional está ratificada por el art. 153 a). En cambio, sobre las demás competencias señaladas en el art. 161 se suscitan diversos reparos, algunos de cierta entidad, que obligan a tratar esas cuestiones separadamente.

De todos modos, y con carácter general, resulta criticable el párrafo d) del

---

de los ocho que proponen ambas Cámaras, parece que la contribución del Consejo General del Poder Judicial a la formación del Tribunal (con dos miembros) es algo escasa y desde luego desproporcionada. Para mejorar esa contribución y para dotar al mismo tiempo al Tribunal de un número impar de miembros (huyendo, además, de la creación de un órgano excesivamente numeroso), quizá hubiera sido más acertado atribuir tres miembros al Congreso, tres al Senado, dos al Gobierno y tres al Consejo General del Poder Judicial.



apartado 1 del citado artículo 161, ya que parece grave la ilimitada delegación que establece a favor de las leyes orgánicas para fijar cuantas «demás» competencias del Tribunal crean oportunas. Si las llamadas «normas en blanco» son siempre criticables, si aun lo es más la desconstitucionalización en bloque de una materia, doblemente grave resulta todo ello si esa materia se corresponde, precisamente, con la justicia constitucional, tan necesitada de rigor formal, con olvido de que las medidas concretas para tutelar jurídicamente la Constitución sólo deben contenerse en la Constitución misma. De ahí que sea censurable, pues, que el texto constitucional no señale, expresamente, todas las competencias del Tribunal, máxime cuando no existen motivos técnicos que lo imposibiliten. Su remisión a ley orgánica ocasiona, en primer lugar, una situación de proceso constituyente permanente (lo que, por supuesto, no es deseable); en segundo lugar, una degradación del proceso constituyente mismo en cuanto que serán las Cortes funcionando como asambleas ordinarias y no como asambleas constituyentes las que pueden introducir nuevas competencias del Tribunal Constitucional, y en tercer lugar, una distorsión del poder constituyente constituido, ya que por mayoría absoluta (y no a través del procedimiento de reforma constitucional, más cualificado y más seguro) pueden modificarse tales competencias. Todo ello ofrece el peligro de mermar el prestigio del Tribunal Constitucional, sometido a los posibles vaivenes de eventuales mayorías en el legislativo. La importantísima (y por supuesto crucial) misión que el Tribunal tiene encomendada y su decisiva influencia en el desarrollo de nuestro régimen constitucional debiera haberle hecho acreedor de que sus atribuciones procedieran de la Constitución misma y no de normas de inferior rango.

En cambio, ha sido muy afortunada la desaparición del antiguo párrafo que el proyecto incluía en este artículo, por el cual se pretendía atribuir al Tribunal la resolución de los «conflictos jurisdiccionales y de competencias», terminología en la que aún perduraba la confusión introducida por la ley de 17 de julio de 1948 (13) y mantenida por la ley de 14 de julio de 1972. De ahí que sea de alabar el que tales términos no se hayan utilizado definitivamente por el texto constitucional, pues los conflictos jurisdiccionales, en sentido estricto, no tienen razón de ser al establecerse (como expresa el art. 117.5) la unidad jurisdiccional. La única excepción a esa unidad es la conservación de la jurisdicción militar y no hay obstáculo para que los infrecuentes casos de conflicto que ésta planteara (habida cuenta de su limitación al exclusivo ám-

---

(13) Véase J. GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1968, tomo I, páginas 114 y sigs.

bito castrense) sean resueltos por el Tribunal Supremo, que es, según el artículo 123, el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes...». Por otro lado, los conflictos de competencias entre órganos jurisdiccionales se resuelven en el seno de la propia jurisdicción ordinaria, sin que tenga que actuar para nada, en tales casos, el Tribunal Constitucional. Eliminada correctamente esta criticable facultad que pretendía el proyecto recoger, quizás debiera haberse previsto, sin embargo, la competencia del Tribunal para resolver no los «conflictos jurisdiccionales y de competencias», sino los «conflictos de atribuciones entre poderes del Estado» (14), término mucho más claro doctrinalmente. Estos conflictos de «atribuciones» son infrecuentes, pero posibles, y su resolución debería estar encomendada, desde luego, al Tribunal Constitucional.

#### b) *La objeción de conciencia y el recurso de amparo*

De acuerdo con lo previsto en el art. 53.2, el derecho a la objeción de conciencia estará protegido por el «recurso de amparo» ante el Tribunal Constitucional, pero no por el procedimiento de tutela ante los tribunales ordinarios que hemos designado como «juicio de amparo» (al no estar el art. 30, que reconoce el derecho a la objeción, en la sección 1.ª, sino en la sección 2.ª del capítulo 2.º). Hasta aquí la cuestión está clara, sin perjuicio de señalar la menor protección que, por ello, tendrá la objeción de conciencia respecto de los demás derechos y libertades «amparados».

El tema, sin embargo, se complicaba en el proyecto constitucional, donde existía un párrafo en el apartado 1 del art. 161 (entonces 160) que exigía, como requisito indispensable para la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, la previa desestimación de la «reclamación ante los otros tribunales». De la exégesis de aquel párrafo se desprendía que «la reclamación ante los otros tribunales» no podía ser otra que la correspondiente al procedimiento de tutela previsto en el art. 53.2, pues, aparte de que ésa era la interpretación más correcta con su tenor literal («la reclamación», en el texto de aquel párrafo, estaba relacionada con «la violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2»), no cabía otra conclusión razonable, a menos que se pretendiera construir el recurso de amparo como vía contra las resoluciones dictadas, una vez agotadas todas las instancias, por cualquier tribunal (incluso el Tribunal Supremo o, en el preciso ejemplo de la objeción de con-

---

(14) Un detallado y correcto planteamiento del tema es el realizado por F. RUBIO LLORENTE: *La Corte Constitucional italiana*, en «Cuadernos del I. E. P.», Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, págs. 34-39.

ciencia, el Tribunal Supremo de Justicia Militar), lo que sería un absurdo (15). No había duda, pues, de que el recurso de amparo procedía cuando la reclamación había sido desestimada por el tribunal ordinario que entenderá (según lo previsto en el art. 53.2) de la tutela de determinados derechos y libertades. Pero como la objeción de conciencia no está tutelada por esa reclamación, entonces había que concluir que tampoco, pese a lo establecido en la última frase del art. 53.2, lo estaba por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Afortunadamente, aquel viejo párrafo desapareció, eliminándose el requisito constitucional del agotamiento previo de otra instancia para la interposición del recurso de amparo, ya que, al menos como estaba redactado el párrafo, aquella otra instancia o reclamación no podía ser otra que la del artículo 53.2 y ello dejaba a la objeción de conciencia sin tutela constitucional. No obstante, y puesto que el recurso de amparo, en cuanto tal recurso, debe articularse como una segunda instancia, aunque así no se diga expresamente en la Constitución, tendrá que preverse legalmente una reclamación especial para los casos de la objeción de conciencia, cuyo ejercicio, en buena lógica, deberá ser previo a la interposición del recurso de amparo.

c) *Problemas que plantea el control de constitucionalidad de los tratados internacionales*

Aunque en el proyecto aprobado por el Senado había desaparecido la desafortunada frase del art. 90 del texto del Congreso, según la cual las disposiciones de los «tratados internacionales válidamente celebrados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional», este precepto ha vuelto a aparecer, en el art. 96.1 del texto definitivo de la Constitución, lo que supone, en principio, además de una criticable constitucionalización del Derecho internacional convencional (16), una contradicción tanto

---

(15) Tanto desde el punto de vista de la organización judicial como de la urgencia que es consustancial al proceso de amparo.

(16) Reflejo de una concepción monista del Derecho internacional que, aunque defendida por ilustres autores (entre ellos KELSEN), no se adecúa con la realidad de las relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno, mejor enfocadas por las teorías pluralistas. La frase es aún más grave en cuanto que ni siquiera se detiene en la constitucionalización del Derecho internacional consuetudinario (como el art. 25 de la Ley Fundamental de Bonn, el 5.º de la Constitución de la República Democrática Alemana o el 10 de la Constitución italiana), sino que significa la introducción en el texto de la Constitución de lo previsto en los artículos 42 a 45 de la Convención Internacional de Viena de 1969.

con el art. 161.1 a) que atribuye al Tribunal Constitucional la competencia para controlar los tratados que adopten forma de ley, como con el 164.1 que declara los efectos «erga omnes» de sus sentencias, como, incluso, con el 66.2 que otorga a las Cortes Generales la potestad legislativa (y por lo mismo derogatoria). A primera vista, la conclusión última que cabría obtener del artículo 96.1 es que la soberanía nacional queda limitada externamente (por las reglas del Derecho internacional general) e internamente (por las decisiones del poder constituido que celebre un tratado), o lo que es igual, que no hay soberanía. La conclusión inmediata que también a primera vista podría desprenderse es que tal precepto niega al Tribunal Constitucional, en cuanto al ejercicio del control de constitucionalidad material (17), la facultad que otro precepto de la Constitución le confiere. Sin embargo, y sin que por ello deje de ser criticable, a nuestro juicio, la frase del art. 96.1, hay que buscarle una interpretación que disuelva estas aparentes contradicciones, interpretación que podría ser la siguiente: tal frase del art. 96.1 tiene efectos sólo en el Derecho internacional y no en el Derecho interno, por lo que del mismo modo que al poder constituido que autorizó el tratado le queda la posibilidad de su denuncia (art. 96.2), al poder constituido que vela por la constitucionalidad de las leyes le queda la posibilidad de su anulación (art. 161.1 a), siempre que tal tratado revista forma legal, anulación que es una decisión de nuestro sistema de Derecho interno distinta de la derogación, modificación o suspensión, que pertenecen al sistema del Derecho internacional. Que los tratados sean una fuente atípica no quiere decir por ello que no estén sometidos, como todas las normas, a la jerarquía de fuentes.

Otro importante problema que puede plantearse (18) quizás sea la duda de si el control ha de ser previo o puede ser *a posteriori*.

A favor del control preventivo podrían aducirse, por un lado, las graves consecuencias que para el Estado acarrearía la suspensión o anulación de un tratado declarado inconstitucional, habida cuenta de que ello entrañaría el hacer frente a una responsabilidad internacional (19), y por otro, la redacción

---

(17) Pues el control de la constitucionalidad formal lo conservaría en cuanto que siempre podría revisar la «validez» de la celebración.

(18) Al margen de cuestiones menores, casi todas terminológicas (por ejemplo, el mal uso de la palabra «conclusión» en el art. 94.2).

(19) El artículo 27 de la Convención de Viena dispone que «una parte no podrá invocar una norma de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Y en el mismo sentido existe amplia jurisprudencia internacional, tanto del T. P. J. I. (casos, entre otros, de «las zonas francas», 1932, serie A/B, núm. 46, pág. 167, o de los «súbditos polacos de Dantzig», 1931, serie A/B,

del art. 95 que, al exigir, en su párrafo primero, para la celebración de un tratado contrario a la Constitución la previa reforma constitucional, parece indicar que el requerimiento que a tales efectos pueden hacer al Tribunal Constitucional el Gobierno o cualquiera de las Cámaras (párrafo segundo del precepto) ha de ser anterior a la celebración.

A favor de la posibilidad del control represivo existen razones aún más sólidas que las anteriores, unas que se desprenden del tenor literal del artículo 161.1, *a*), que habla de «leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley» y, en puridad de principios, los tratados para los que se precise autorización de las Cortes Generales (art. 94) han de adoptar forma de ley y otras más profundas, que hacen referencia, como antes hemos señalado, al absurdo que sería contar con unas normas del ordenamiento jurídico interno (en eso se convierten los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados) contrarias a la Constitución pese a ser de rango inferior a ella, sin que el Tribunal Constitucional, que tiene como misión precisamente la de velar para que la Constitución no se conculque, pueda declararlas inconstitucionales.

A nuestro juicio, el control de constitucionalidad de los tratados, tal como se establece en la Constitución, puede operar tanto de modo preventivo como represivo. Respecto de los tratados que precisan autorización de las Cortes, ese control previo puede instarse (y la vía abierta para ello es la del art. 95) por el Gobierno (desde el momento que conoce el texto del tratado en Consejo de Ministros) o por las Cortes (desde que el Gobierno se los remite para autorización). También (según el art. 95) cabría el control preventivo (que instaría en ese caso el Gobierno, único que conoce el tratado antes de su celebración) de los demás tratados que no precisan autorización de las Cortes (20). Por otro lado, no existen dudas, a nuestro juicio, de que cabe el control «represivo» o *a posteriori* de constitucionalidad (formal y material) de todos los tratados internacionales que precisen autorización de las Cortes con las consecuencias de que, declarada la inconstitucionalidad de un tratado,

---

número 44, pág. 24) como del T. I. J. (casos, entre otros, recogidos en C. P. J. I., serie A, núm. 9, pág. 27; serie B, núm. 17, pág. 32, «Recueil» 1949, pág. 180 y «Recueil» 1953, págs. 121 y 125). Véase también sobre el tema SORENSEN: *Principes du Droit International Public*, en «Recueil des Cours de L'Academie de Droit International de La Haye», 1960, III, núm. 101, pág. 110; M. AKERHUST: *A Modern Introduction to International Law*, George Allen and Unwin Ltd., Londres, 1971, 2.ª ed., pág. 75; M. DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho internacional público*, Edit. Tecnos, Madrid, 1975, tomo I, págs. 103-104.

(20) Caso no desdeñable hipotéticamente, aunque harto improbable, ya que resulta difícil imaginar un tratado inconstitucional que por su materia no esté incluido en el artículo 94.

el Gobierno ha de optar o por sufrir las responsabilidades internacionales (21) o por promover la reforma constitucional.

Esta posibilidad de utilizar un procedimiento alternativo para el control de constitucionalidad de los tratados debería concretarse, por supuesto, en la ley orgánica.

d) *La resolución de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los de éstas entre sí*

No se comprende por qué llegó a desaparecer en cierta fase del proceso constituyente el precepto del proyecto elaborado por la ponencia y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978 que atribuía al Tribunal Constitucional la competencia para resolver estos conflictos. La ausencia era grave, por cuanto que tal competencia es una de las más características de la jurisdicción constitucional y resulta necesaria, además, en un Estado con autonomías territoriales. Al fin y al cabo, esa necesidad ha sido una de las principales causas que explican precisamente el nacimiento de la institución del control de constitucionalidad, cuya implantación se produjo, sobre todo, en los Estados compuestos, ya sean federales o regionales (Estados Unidos, Austria, República Federal Alemana, Italia o nuestra II República, entre otros).

Podría argumentarse que en virtud del artículo 161.1, d) quedaba abierto el camino para su introducción por ley orgánica, pero era muy censurable que una de las más importantes competencias del Tribunal tuviese que abrirse paso a través de esa vía y no de la propia Constitución (con el riesgo, además, de una mayor facilidad para su derogación en cualquier momento que si forma parte del código constitucional). Censura aún más fundada si se tenía en cuenta que el proyecto, en cambio, no había olvidado la facultad del Gobierno para impugnar ante el Tribunal Constitucional (art. 161.2) «las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas».

La explicación política de una ausencia de tal calibre quizá residía en el tratamiento poco serio, huidizo y excesivamente coyuntural que nuestros constituyentes estaban dando al importante tema de las autonomías. Respecto a su explicación jurídica, lo menos que podía decirse es que no existía o que

---

(21) Sería bastante discutible sostener que la responsabilidad es menor o inexistente en caso de inconstitucionalidad formal, dado el texto del art. 46 de la Convención de Viena de 1969 y la jurisprudencia internacional al respecto.

entraba de lleno en el campo de la incoherencia. Las consecuencias de una y otra explicación parecían verdaderamente graves.

Por todo ello hay que alabar el buen sentido final de los constituyentes, volviendo a introducir en el texto de la Constitución la competencia ya prevista al principio en el texto de la ponencia. En el precepto definitivo desaparece, afortunadamente, el adjetivo «jurídicos» que en el texto de la ponencia acompañaba a los conflictos, calificación que parecía poco correcta, dada, por un lado, la dificultad para distinguir lo político de lo jurídico, y por otro, lo discutible de la distinción en un Estado de Derecho, animado, como tal, por el principio contrario, que es el de la juridificación de la política. Incluso la propia jurisprudencia constitucional norteamericana (que utilizó en el pasado con cierta frecuencia la distinción) encuentra cada vez menos casos de *political question* en qué fundamentar su inhibición. Por esas razones, y muchas más, la configuración de un ámbito «político» exento de revisión judicial hubiera sido tan criticable en el control de constitucionalidad como lo ha sido en el de legalidad. Además, con la puesta en práctica de una medida así, en cuya génesis (aparte de la Ley Fundamental de Bonn) estaría probablemente el recuerdo de los problemas originados por la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la ley catalana de cultivos, no se lograría la despolitización del Tribunal, sino, por el contrario, su inexorable politización, al tener que ser, al final, el propio Tribunal el que decidiera si una cuestión es jurídica (y es competente) o política (y no lo es). El endoso al Tribunal Constitucional de cuestiones políticas (que casi siempre serán inevitablemente también jurídicas) necesitadas más que de un fallo jurisdiccional de una solución de oportunidad, no se consigue evitar por esa vía sino agotando, antes de su planteamiento judicial, todos los cauces de negociación y composición, para lo que, desde luego, existen sobrados mecanismos compatibles con la atribución al Tribunal Constitucional de competencia para resolver los conflictos (sin calificativos) entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los de éstas entre sí.

e) *El control de constitucionalidad de los Estatutos de las Comunidades Autónomas y la resolución de los conflictos entre los Estatutos y las leyes de las Comunidades*

En principio, hay que decir que ambas cuestiones se encuentran resueltas en el proyecto de Constitución, pues los Estatutos (al promulgarse como leyes) están sometidos al control de constitucionalidad (22) ejercitado por el

---

(22) El hecho de que se trate de leyes orgánicas no es obstáculo para su control.

Tribunal Constitucional (art. 160.1, *a*) y lo mismo ocurre con las leyes propias de las Comunidades Autónomas (éstas tanto por lo dispuesto en el artículo 160.1, *a*, como por lo establecido en el 153, *a*), cuya «constitucionalidad» consistiría en su adaptación no sólo a la Constitución, sino también a los Estatutos.

Sin embargo, quizá cabría plantearse la conveniencia de otorgar un trato distinto a la colisión entre los Estatutos y la Constitución del que existe respecto a los conflictos entre la Constitución y las demás leyes, sobre todo teniendo en cuenta el procedimiento «especial» de elaboración que tienen los Estatutos y la carga política (en muchos casos fuertemente emocional) que los acompaña. No redundaría probablemente en beneficio del Tribunal Constitucional su casi inevitable enfrentamiento con la Comunidad Autónoma al declarar la inconstitucionalidad de un Estatuto ya en vigor. Por ello, y aun cuando el control de constitucionalidad debe ser represivo y no preventivo, hay razones de cierto peso para defender en este caso la excepción (23) y admitir, en la ley orgánica que desarrolle el funcionamiento del Tribunal, la posibilidad de un control de constitucionalidad de los Estatutos de carácter preventivo, esto es, antes de su aprobación o de su reforma (24).

f) *La revisión constitucional de la jurisprudencia*

Aunque la cuestión no se había previsto en el proyecto de Constitución elaborado por la ponencia, el texto aprobado en el Pleno del Congreso introdujo el control de constitucionalidad de la jurisprudencia confiándolo al Tribunal Constitucional, competencia que subsistía en el texto aprobado por el Pleno del Senado. Aunque después en el texto definitivo de la Constitución desapareció (por obra de la Comisión Mixta Congreso-Senado) esa competencia, desaparición a nuestro juicio oportuna, creemos, no obstante, que la cuestión es de tal importancia que aquel intento frustrado merece ser tratado con cierto detenimiento. La trascendencia del tema es sin duda evidente, no sólo porque se carezca de ejemplos en el Derecho comparado (y ello ya es de por sí suficientemente significativo), pues el hecho no tendría por qué

---

(23) Como también se admite en el texto de la Constitución para los tratados, aunque en ese caso la posibilidad de control previo sólo sea alternativa.

(24) Coincidimos en este punto con la opinión de J. TOMÁS VILLARROYA, en su comentario al Tribunal Constitucional publicado por el Centro de Estudios Constitucionales, *op. cit.*, pág. 214, pero no porque pensemos que la cuestión no está resuelta en la Constitución (que a nuestro juicio lo está), sino porque estimamos que es preferible otra solución distinta de la del control represivo o, al menos, complementaria.



vincular ni por qué cerrar el paso al enriquecimiento de la teoría y de la práctica jurídicas, sino porque tal novedad resultaba, cuanto menos, harto criticable.

Los argumentos que probablemente habían inclinado a nuestros constituyentes a introducir tal figura parecían, a primera vista, coherentes: siendo el poder judicial un poder constituido (y por lo mismo sometido a la Constitución) sus decisiones debieran ser controladas por el Tribunal Constitucional como también lo son las decisiones (leyes) del poder legislativo, máxime cuando esa sería, además, la única vía para controlar la adecuación de las otras fuentes del ordenamiento jurídico (costumbre y principios generales) a la Constitución, habida cuenta de que esas fuentes operan a través de la jurisprudencia. En consecuencia, pues, y como quiera que el propio Código civil dispone, en el apartado 6.º de su artículo 1.º, que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico», se introducía en el proyecto de Constitución una cláusula mediante la cual el Tribunal Constitucional podría controlar la constitucionalidad de la jurisprudencia «en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico» (antiguo art. 160.1, a). En resumen, parecía como si a nuestros constituyentes, con un razonamiento basado casi en el puro sentido común, se les hubiera ocurrido algo sobre lo que no habían caído en cuenta los constituyentes extranjeros: la revisión constitucional de la jurisprudencia.

Pero resultaba que, si se profundiza en el tema, ni el sentido común es siempre el sentido jurídico (de ahí la célebre frase del juez Coke cuando en su polémica con Jacobo I decía que el conocimiento jurídico no se basa en la razón natural, sino en una *artificial reason*) ni a los constituyentes y tratadistas foráneos se les había escapado el tema, sino que conscientemente lo habían excluido (25) por existir sólidos argumentos jurídicos (e incluso también de sentido común) que abonan el rechazo de tal control. Intentaremos, siquiera someramente, explicar las razones que hubieran convertido, a nuestro juicio, el control de la jurisprudencia en una institución entorpecedora, disfuncional e innecesaria.

Aparte de los casi insalvables escollos técnicos con que la implantación de tal recurso había tropezado, en cuanto que exigiría configurar un procedimiento extraordinario (26), muy limitado, y en el que se le negara la legi-

(25) KELSEN, *op. cit.*, pág. 233.

(26) Quizás parecido al recurso extraordinario de revisión en interés de la ley previsto en la jurisdicción contencioso-administrativa, pero donde los inconvenientes se hubieran multiplicado, dada la dificultad de traspasar los mecanismos de ese recurso al de inconstitucionalidad.

timación activa a la parte vencida en la sentencia del Tribunal Supremo (pues de lo contrario se convertiría al Tribunal Constitucional en lo que ni es ni puede ser: un Tribunal de última instancia), se hace muy difícil, además, precisar los casos en que sería factible revisar la jurisprudencia. Y esto último lo decimos porque, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.6 del Código civil (27), cabe afirmar que la casi totalidad de la jurisprudencia es complementaria del ordenamiento jurídico (28). La consecuencia entonces sería que el Tribunal Constitucional, al controlar la aplicación e interpretación de la ley (pues en esos casos la jurisprudencia también es «complementaria», según lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código civil), se estaría convirtiendo en una especie de Tribunal de Casación, con funciones más próximas a las de la antigua institución francesa de la *Cassation* (29) que a la que hoy se la conoce con ese nombre. Ello supondría, además de un retroceso jurídico de casi doscientos años, una distorsión indudable del control de constitucionalidad. Pese al tenor literal del antiguo precepto 160.1, a) habría que entender, pues, que sólo cabría revisar la jurisprudencia que aplique o interprete la costumbre o los principios generales, si es que se desea eludir la incongruencia de una interpretación de la interpretación y aplicación de la ley (como antes hemos señalado). Pero tal solución, aparte de desviarse de lo ordenado en el propio precepto, no eliminaría los problemas, sino que los agudizaría, pues se entraría de lleno en la vieja querrela de la teoría general del Derecho (30) sobre el carácter cerrado, abierto o completo del

---

(27) «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.» Obsérvese que sólo se requiere la «reiteración» para que la jurisprudencia «complemente» el ordenamiento, esto es, para que sea lo que ha venido llamándose (con nombre no enteramente acertado hasta la reforma del Código civil de 31-5-1974, pero menos aún a partir de entonces) «doctrina legal».

(28) Tesis no sólo de nuestro Código, sino admitida por muchos autores, entre ellos O. BACHOF, quien afirmaba que «hoy sabemos ya que en toda interpretación judicial de una norma ha existido siempre, al mismo tiempo, un desarrollo de dicha norma que cada valoración judicial ha implicado siempre un elemento de decisión auténtica y original sobre el ordenamiento jurídico» (*Jueces y Constitución*, Edit. Taurus, Madrid, 1963, pág. 12).

(29) Confiada al Tribunal Parlamentario establecido por el Decreto revolucionario de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790 (véase P. CALAMANDREI: *La cassazione civile*, Torino, Bocca, 1920, vol. I, págs. 448 y sigs.

(30) Véanse las obras ya clásicas de HECK: *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912, 2.ª ed., 1932; ESSER: *Grundsatz und Norm*, 1956; WIEACKER: *Gesetz und Richierkunst*, 1958; KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 1960 (Wien); BETTI: *Interpretazione*

ordenamiento jurídico, sobre la existencia o no de lagunas en ese ordenamiento, sobre el carácter conformador o integrador, directamente desprendido o no del propio ordenamiento (y en ese caso, principalmente, de la Constitución) que cabe atribuir a los principios generales del Derecho, sobre la distinta fuerza de la costumbre según sea *extra* o *secundum legem*, etc. Eso por un lado, pues por otro sería extraordinariamente difícil distinguir los casos en que la costumbre o los principios generales se aplican inmediatamente para fundamentar el fallo en la sentencia, de aquellos en los que sólo se utilizan como fundamento de una determinada interpretación de la norma. Todas esas cuestiones, en definitiva, convertirían tanto la interposición del recurso como la resolución del Tribunal Constitucional en una posibilidad preñada de inconvenientes, embarazosa y problemática.

Desde otro punto de vista, y dejando al margen los anteriores problemas, la revisión de la jurisprudencia hubiera entrañado un evidente riesgo para la seguridad jurídica y la independencia y neutralidad judicial. Debajo de tal figura podría esconderse incluso un cierto recelo hacia los jueces bastante cercano al mostrado por el conservadurismo de Forsthoff (31) respecto del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn. Creemos que los jueces (que han jurado cumplir y hacer cumplir la Constitución poseen suficientes medios para integrar los principios generales del Derecho en el marco de la Constitución, o para eludir o interpretar correctamente una costumbre que pudiesen juzgar inconstitucional (caso éste de muy escasa frecuencia). Por todas esas razones hay que calificar muy positivamente la desaparición en el texto definitivo de la Constitución de la competencia del Tribunal Constitucional para revisar la jurisprudencia. Con ello, el Tribunal Supremo sigue siendo supremo, el Tribunal Constitucional evita enfrentarse con un tema de difícil solución y el Derecho constitucional español gana en claridad y en corrección jurídica.

El poder judicial no es un poder limitador de otros poderes, sino únicamente controlador de la aplicación e interpretación del Derecho (32) y en

---

*della legge e degli atti giuridici*, 1949. En España, además de los profesores DE CASTRO y GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros, al tema ha dedicado un buen trabajo el profesor J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA: *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Edit. Tecnos, Madrid, 1976.

(31) *Die öffentliche Verwaltung*, 1959.

(32) Véase M. ARAGÓN: *La reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución y su incidencia en las relaciones Parlamento-Gobierno*, en el libro colectivo *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Edit. Labor, Barcelona, 1978, especialmente págs. 298 y 299.

él hay que confiar para que el Estado de Derecho sea un verdadero Estado de justicia (33). Al fin y al cabo, como decía Kelsen (34), «el solo hecho de que un acto jurídico esté adoptado por un tribunal ya es una garantía suficiente de su regularidad». Frase perfectamente aplicable a nuestro sistema jurídico con la única matización de que esos actos judiciales se refieran únicamente a las sentencias, puesto que una vez establecido constitucionalmente el amparo cabe, por supuesto, recurso ante el Tribunal Constitucional contra una resolución (siempre que no sea una sentencia) de un juez o tribunal que conculque cualquiera de los derechos y libertades constitucionalmente tutelados.

### 3. *En cuanto a la legitimación*

#### a) *En general*

Las reglas generales contenidas al respecto en los artículos 161.2 y 162.1, a) parecen correctas, no así las de los artículos 162.1, b) y 162.2. El último remite a la ley orgánica la fijación de otros posibles casos de legitimación, delegación que si bien resulta obligada en cuanto que existe en el artículo 161.1, d) otra paralela sobre la competencia, no deja de ser tan criticable como ella, de acuerdo con las razones que expusimos anteriormente. El artículo 162.1, b), al atribuir la legitimación para interponer el recurso de amparo parece que ha tenido más en cuenta los supuestos del juicio de amparo del artículo 53.2 que los del recurso, caso este último en que la legitimación debería haber quedado reducida a las partes del procedimiento previo.

Más cuestionable aún es la redacción del artículo 163, que por su entidad tratamos separadamente a continuación.

#### b) *La vía indirecta o de excepción para instar el control*

En el artículo 163 se faculta a cualquier «órgano judicial» para elevar consulta al Tribunal Constitucional cuando considere en un proceso que «una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución». Hay que calificar de muy oportuna la desaparición de la palabra «invocada» (existente en el texto aprobado por el Congreso y que persistía en el dictamen de la Comisión del Senado) y su sustitución por la frase «aplicable al caso», teniendo en

(33) Usando la frase con la que René Marcic titula su conocido libro de 1957.

(34) *La garantie jurisdictionnelle...*, cit., pág. 233.

cuenta el principio *iura novit curia* que informa nuestro sistema de Derecho procesal. Lo mismo hay que decir de la sustitución del término «tribunal» (en el proyecto) por el de «órgano judicial» (en el texto definitivo de la Constitución), ya que resulta, sin duda, conveniente que los jueces posean tal facultad, sin que de ningún modo quede limitada a los tribunales en sentido estricto (y menos, por supuesto, a los tribunales de apelación o casación, como desafortunadamente se decía en el texto informado por la ponencia y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 17-4-1978), limitación que acarrearía la lamentable consecuencia, por un lado, de imponer recursos y dilatar pleitos, y por otro, de obligar a un juez, que ha jurado cumplir y hacer cumplir la Constitución, a quebrantar su juramento, es decir, a tener que aplicar una ley aun cuando la considere inconstitucional. De ahí la elogiabile precisión del artículo 163 al aclarar definitivamente la cuestión, pues de lo contrario se hubiera dado lugar a posibles interpretaciones contrapuestas con el consiguiente deterioro del control de constitucionalidad en vía indirecta.

Es de lamentar, sin embargo, que, aunque también haya desaparecido, en buena hora, la frase «de oficio», no se conceda expresamente legitimación activa a cualquiera de las partes (incluido el Ministerio Fiscal) en un juicio para promover, por vía indirecta o de excepción (como en nuestra II República o en la Italia actual) el control de constitucionalidad de las leyes. Si existen razones de peso, tanto por motivos de seguridad jurídica como de economía procesal, para negar a todos los ciudadanos el ejercicio de la acción directa (acción popular) de inconstitucionalidad de las leyes, no existen, en cambio, ninguna de esas razones (ni cualesquiera otras) para impedirles el ejercicio de la acción indirecta, ni se entiende por qué, si la Constitución ampara por igual a todos, sólo se conceda expresamente a todos el derecho a buscar el amparo de la Constitución si la amenaza proviene de un acto de la autoridad, pero no si procede de una ley, cuando tan grave amenaza puede ser la una como la otra. Tampoco se comprende por qué, si queda a la libre voluntad del juez (*y ello es necesario*) el aceptar o no la excepción planteada, no se transforma en derecho lo que inevitablemente será un hecho: que las partes aleguen como fundamento de sus pretensiones la supuesta inconstitucionalidad de la ley aplicable. Por tales razones, estimamos que debe establecerse en la ley orgánica, con toda claridad, la posibilidad de utilizar la vía indirecta para combatir la inconstitucionalidad de una ley, solución que encuentra perfecta cobertura en el texto del artículo 163 y que resulta incluso necesaria para el correcto desarrollo de ese artículo.

Por último, no deja de suscitar cierta perplejidad la prohibición, por el mismo artículo 163, de los efectos suspensivos de la consulta que el juez o tribunal puede elevar al Tribunal Constitucional. Tanto en el sistema im-

plantado por nuestra Constitución de 1931 como en el italiano actual, la vía indirecta comporta necesariamente la suspensión de las actuaciones judiciales hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la supuesta inconstitucionalidad. Y ello es lógico, dado el carácter prejudicial de la cuestión, pues si de la validez de la ley depende el fallo y se duda sobre esa validez, mal puede fallarse mientras la duda no se disipe. Puestos a buscar una interpretación a la frase del artículo 163 que no conduzca al absurdo (al que, desde luego, se encamina su puro tenor literal) quizá quepa pensar (y ello podría recogerse en la ley orgánica) que la no suspensión ordenada por el artículo 163 se refiere a todo el curso de los autos, pero no al pronunciamiento de la sentencia, acto que tendrá que quedar paralizado hasta la resolución por el Tribunal Constitucional de la consulta. Solución ésta muy poco ortodoxa procesalmente, habida cuenta del carácter terminante de la frase del artículo 163, pero inevitable si se quiere salvar la institución prevista en el propio artículo (35).

#### 4. *Efectos de las sentencias*

En el texto del artículo 164 se han producido, sobre la cuestión, dos alteraciones, a nuestro juicio acertadas, respecto del primitivo proyecto elaborado por la ponencia. Una, es la desaparición del tema relativo a la conservación de los derechos adquiridos, materia espinosa y necesitada de cierta concreción en detalle, cuya regulación es, por ello, más propia de la ley orgánica. La otra, es la introducción del deber de publicar los votos particulares, solución idónea para la mejor formación de la doctrina del Tribunal Constitucional y muy valiosa para los estudiosos del Derecho, en especial del Derecho constitucional. Por lo demás, los efectos *erga omnes* de las sentencias y la conservación de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad son precisiones del texto en principio normales y necesarias (sobre todo la primera, ya que la segunda es obvia) si se pretende configurar un auténtico control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, la conservación de la cualidad de «cosa juzgada» de las sentencias dictadas en aplicación de una ley declarada inconstitucional [art. 161.1, a)] quizás planteé ciertos problemas, especialmente en asuntos penales.

---

(35) Sobre la crítica a la prohibición por el art. 163 de los efectos suspensivos, así como a otros enunciados de dudosa corrección en los artículos constitucionales relativos al control de constitucionalidad, puede verse el trabajo de F. RUBIO y M. ARAGÓN: *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, en este mismo número de la Revista.

## IV

## CONCLUSIONES

*Primera.*—De acuerdo con lo expuesto hasta aquí cabría decir que, como juicio general, el control de constitucionalidad establecido en nuestra Constitución puede calificarse de correcto, ya que afortunadamente se ha elegido el sistema de control judicial, y dentro de éste, el modelo de jurisdicción concentrada y especial, más adecuado a nuestro régimen jurídico que el de jurisdicción difusa. Al mismo tiempo, la tutela de los derechos fundamentales aparece bastante bien asegurada a través del juicio de amparo confiado a la jurisdicción ordinaria y del recurso ante el Tribunal Constitucional, solución preferible a la alemana e incluso a la de nuestra II República. Todo ello no significa que el tratamiento constitucional de esta materia carezca de defectos, algunos ya señalados a lo largo de este trabajo (36), pero esos defectos no son de tal calibre como para que requieran una reforma constitucional inmediata, eventualidad que deseamos remota, pues los inconvenientes que reportaría a la normalización de nuestro régimen constitucional serían probablemente superiores a las ventajas (mejor redacción de algunos artículos) que a través de ella podrían obtenerse. Además, algunos de los defectos señalados pueden subsanarse mediante leyes orgánicas, por lo que, con vistas a la próxima elaboración de las mismas, quizá fuera conveniente:

1. En la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, *concretar*:

a) La posibilidad del doble control (preventivo y represivo) de los tratados internacionales.

b) La posibilidad igualmente de un control preventivo de los Estatutos de las Comunidades Autónomas.

c) El establecimiento de una auténtica vía indirecta en el control de constitucionalidad de las leyes, concediéndose legitimación activa en tal vía a cualquiera de las partes en un proceso y asegurándose que el pronunciamiento de la sentencia por el órgano judicial ordinario quedará paralizado hasta que la consulta sobre inconstitucionalidad se haya resuelto.

d) La concesión de competencia al Tribunal para resolver conflictos de atribuciones entre poderes del Estado.

---

(36) También en ídem.

2. En la ley orgánica (37) que desarrolle el procedimiento de tutela previsto en el artículo 53.2, *procurar*:

a) Que se confíe éste a los jueces de primera instancia, con inmediato recurso ante el Tribunal Constitucional.

b) Que se dote a esos jueces de amplias facultades suspensivas para que puedan, de inmediato, hacer efectiva la tutela.

*Segunda*.—Dado el importante y delicado papel que el Tribunal Constitucional está llamado a desempeñar en nuestro futuro, toda precaución será poca en orden a conseguir su más correcta y esmerada regulación en la ley orgánica. No obstante, esas precauciones, necesarias, no son suficientes por sí mismas para asegurar el acertado cumplimiento de la misión que a tal órgano se le confía. La funcionalidad del Tribunal Constitucional se logrará sólo en la medida en que consiga crear una doctrina jurídicamente irreprochable. Por ello, aunque la Constitución lo prevé en teoría, será necesario que en la práctica sus miembros sean, ciertamente, «juristas de reconocida competencia» y, al menos determinado número de ellos, expertos en Derecho constitucional.

El Tribunal Constitucional, frente a lo sostenido por Schmitt, no es un tribunal político y debe huir de cualquier actuación que pudiera dar pie a considerarlo como tal, pues lo que tiene que aplicar es un cuerpo de derecho (el ordenamiento constitucional) cuyo contenido político no impide, en modo alguno, su tratamiento exclusivamente jurídico, como tampoco es obstáculo el carácter político de ciertos actos que deba controlar para que ese control sea un control jurídico y no político. A este respecto no está de más recordar las acertadas palabras de Wengler (38) cuando afirmaba que el carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico. Al fin y al cabo hoy sabemos que está en el Derecho (y por lo mismo en los

---

(37) Aunque en el texto del art. 53.2 no se dice expresamente, parece indudable que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales (más concretamente, el «juicio de amparo») que dicho artículo prevé habrá de regularse por ley orgánica, dado lo que estipula el art. 81.1, pues la garantía de los derechos no puede desgajarse, en modo alguno, de su desarrollo, o en otras palabras, en el desarrollo de un derecho fundamental (y de cualquier derecho) está incluida, inescindiblemente, su garantía. Esta razón, y además las que se derivan de las imperfecciones de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, debe obligar al legislador a derogar esa Ley y a sustituirla por una ley orgánica.

(38) *Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht*, 1956, pág. 40.



jueces) la mejor tutela del Estado constitucional y, en consecuencia, que en la juridificación de esa tutela reside la mejor garantía para que ese Estado constitucional tenga efectiva vigencia (39).

---

(39) Ya señaló Kelsen (*La garantie...*, cit., pág. 250) que «una Constitución en la que no se contenga la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico»; así como que «la justicia constitucional tiene una importancia de primer orden en los regímenes democráticos, donde las instituciones de control son una condición de su existencia».