

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN NEGATIVO: CUESTIONES DISPUTADAS, INÉDITAS, IRRRESUELTAS Y DE *LEGE FERENDA*

Antonio TORRES DEL MORAL*

SUMARIO: I. *Creación y naturaleza. El Tribunal Constitucional español como intérprete supremo de la Constitución.* II. *La guerra de las cortes: una cuestión en vías de solución.* III. *Perfil del Tribunal por su composición y funcionamiento: sensibilidad política versus independencia.* IV. *Funcionamiento en Pleno y en salas. Las divergencias entre éstas y el voto de calidad presidencial.* V. *Actos con fuerza de ley susceptibles de control constitucional: una quaestio inedita.* VI. *Bloque y canon de constitucionalidad: nuevas quaestiones ineditae.* VII. *Las sentencias en los procesos de constitucionalidad y sus efectos.* VIII. *La autocuestión de inconstitucionalidad: una vía inicialmente imprevista y un problema tardíamente resuelto.* IX. *Constitucionalidad de los tratados internacionales.* X. *Recepción del derecho europeo por el Tribunal Constitucional: una asignatura pendiente.* XI. *Conflictos de competencias y entre órganos constitucionales: lagunas y cuestiones irresueltas.* XII. *Recurso de amparo: ¿un problema insoluble?* XIII. *Control de constitucionalidad de los proyectos y proposiciones de reforma constitucional y de reforma estatutaria: una cuestión de lege ferenda.* XIV. *Bibliografía.*

I. CREACIÓN Y NATURALEZA. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL COMO INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN

El único antecedente español de jurisdicción constitucional es el Tribunal de Garantías Constitucionales que instauró la Constitución de 1931 y

* Catedrático de Derecho constitucional, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

que tuvo una azarosa vida, como todo en aquel régimen. Hubo también dos intentos fallidos: uno fue el del Proyecto de Constitución Federal de 1873, que confería el control de constitucionalidad de las leyes al Tribunal Supremo; otro, el del Anteproyecto constitucional primorriverista de 1929, que preveía su atribución al Consejo del Reino, órgano novedoso que tal texto pretendía instaurar. Este segundo modelo fue recogido por el régimen franquista, que atribuía la resolución de los *recursos de contrafuero*, que así se llamaban, al jefe del Estado a propuesta del Consejo del Reino, presidido, a estos efectos, por el presidente del Tribunal Supremo.

El título IX de la Constitución vigente, que regula el Tribunal Constitucional, fue aprobado casi por unanimidad y sin dilatado debate. Había acentuado consenso, acaso como reacción frente al régimen anterior, acerca de la necesidad de culminar el ordenamiento constitucional con un órgano garante de los derechos fundamentales. Como he escrito en otro lugar, el constituyente español tuvo siempre como referencias los modelos constitucionales europeos y norteamericano, así como ciertos antimodelos, entre los que el más presente y vitando fue el régimen de Franco Bahamonde, aconstitucional y represivo. De manera que, en su deseo de diferenciarse del mismo, no dudó en multiplicar y acentuar las garantías de los derechos, la más importante de las cuales le parecía ser entonces, y ha sido en la práctica, un tribunal constitucional con competencia en la materia y diferenciado de un Poder Judicial del que algunas fuerzas políticas recelaban por su proveniencia del régimen franquista. Pero también pesó, como no podía ser menos, la idea de que la instauración de un órgano de control de la supremacía del texto constitucional era la opción más apropiada para un Estado compuesto, como la Constitución habilitaba en su artículo 2o. y regulaba embrionariamente en el título VIII, al modo como el mencionado control se hizo presente en la Federación estadounidense a principios del siglo XIX y como dicha jurisdicción había sido adoptada tras la Segunda Guerra Mundial por el Estado regional italiano y por la República Federal de Alemania.

La Ley Orgánica de este Tribunal fue aprobada por el procedimiento de urgencia un año después de promulgada la Constitución (Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre) y unos meses más tarde, ya en 1980, fue constituido el Tribunal y comenzaron sus actuaciones, aceleración que hubiera sido impensable sin un completo consenso en torno a esta cuestión.

Por todo lo anterior, se entiende también que el Tribunal Constitucional sea el último órgano regulado por la norma suprema, con lo que el constituyente quiso resaltar su carácter de órgano especial garante del orden instaurado por ella.

Hasta aquí el consenso en su instauración y en su puesta en marcha. Pero tan evidente servicio a la convivencia política española no puede disimular que, aunque tenuemente, se haya reproducido en España la polémica que sobre la jurisdicción constitucional se desató casi desde su alumbramiento, reeditándose los argumentos acerca de su escasa legitimidad para controlar la obra legislativa de un Parlamento elegido por sufragio universal y sobre la eventualidad de que la politización de la justicia se sobrepusiera a la judicialización de la política. Pero hay que reconocer que, dado el señalado consenso, dicha polémica inicial fue más bien liviana.

El Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional por sus competencias (singularmente, la resolución del recurso de amparo), por su procedimiento de actuación (en pleno, en salas y en secciones) y por su forma de adopción de decisiones (providencias, autos y sentencias), a lo que se añade su independencia de otros órganos constitucionales. No empecé a esta calificación el que no esté encuadrado entre los órganos del Poder Judicial. El Tribunal, se ha dicho gráficamente, no es un árbitro llamado a dirimir contiendas según su leal saber y entender, sino un órgano constitucional de naturaleza jurisdiccional que tiene en el derecho su instrumento y su límite.

Ahora bien, frente a lo sostenido por algunos autores, como García de Enterría, tal naturaleza no contradice la politicidad de sus competencias. Como escribió con tino García Pelayo, el Tribunal Constitucional participa en la función de dirección política y ejerce una acción reguladora del sistema político. Y es cierto que aquella inicial y tenue controversia no ha dejado de reiterarse cada vez que el Tribunal ha tenido que resolver un asunto políticamente candente, lo que es muestra de lo poco claras que están las ideas en nuestro país acerca de los binomios *justicia-poder* y *derecho-política*. Ello persuade de la conveniencia de abordar el presente análisis con cautela.

El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución. Su Ley Orgánica así lo afirma en su artículo 1.1, en el que añade, un tanto equívocamente, que, en cuanto tal, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido únicamente a la Constitución y a dicha Ley Orgánica. Ser el supremo intérprete de la Constitución significa que su inter-

pretación no está sometida a revisión más que por sí mismo, como hace con notable reiteración. Significa, pues, que el Tribunal Constitucional no está sometido a mejor parecer de ningún poder estatal (y, formalmente al menos, tampoco supraestatal) y que todos, en cambio, le están vinculados.

No obstante, su suprema interpretación no puede consistir en cerrar el paso a las distintas opciones políticas que quepan en el marco de la Constitución ni tampoco a las críticas doctrinales a su producción, que con tanta frecuencia merece.

En realidad, en el sistema español, el Tribunal Constitucional no es el único juez de la constitucionalidad de las normas ni de los actos de los poderes públicos. Todo juez o tribunal lo es en su esfera, puesto que debe aplicar la Constitución, aplicar las demás normas interpretándolas conforme a aquélla y dejar de aplicarlas o elevar una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, según los casos, cuando no se da la conformidad de una norma de rango legal con la Constitución, siempre que de aquella dependa el sentido del fallo en el caso que dicho órgano judicial esté resolviendo (artículo 163 constitucional). Incluso, dada la limitación material de las competencias del Tribunal Constitucional y pese a lo dicho por la mencionada Ley Orgánica, cabría decir que la interpretación que hace el Tribunal Supremo en el ejercicio ordinario de su actividad es también suprema, salvo en materia de derechos fundamentales. Con todo, una vez que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado sobre un precepto de la norma suprema, esta interpretación se impone al Tribunal Supremo en su actuación futura, así como a todos los demás operadores jurídicos y políticos del Estado (en el sentido amplio y más preciso de este término, que incluye naturalmente a los operadores locales y autonómicos).

En fin, ser el supremo intérprete de la Constitución significa, además, como han escrito F. Rubio Llorente y M. Aragón, que el carácter vinculante de su interpretación se extiende a la que hace de otras normas distintas, tanto de las que integran el bloque de la constitucionalidad cuanto de las demás normas legales objeto de su control. Así sucede cuando el Tribunal dicta una sentencia interpretativa.

II. LA GUERRA DE LAS CORTES: UNA CUESTIÓN EN VÍAS DE SOLUCIÓN

En el epígrafe anterior se ha hecho alusión a que algunas fuerzas políticas recelaban del Poder Judicial existente y actuante al término de la dicta-

dura franquista. Hubo, en efecto, por parte de algunos partidos protagonistas en el proceso constituyente, una soterrada resistencia, a veces traducida en un serio rechazo, a que dicho Poder Judicial ejerciera las funciones de la justicia constitucional precisamente por su escasa conciencia constitucionalista, como ha anotado, entre otros, P. Pérez Tremps. Temor que, añadido por mi parte, no era infundado y se vio ampliamente confirmado con la escasa receptividad que la Judicatura española dispensó a la Constitución, durante los primeros años de su vigencia, como norma jurídica directamente aplicable en los litigios sometidos a su conocimiento. Y diré más: tal actitud era más grave en los jueces *seniors* que en los *juniors*, seguramente por el mayor peso y la mayor duración temporal de su previa formación jurídica, que era aconstitucional, si no contraria a todo ideario constitucionalista.

Costó mucho ciertamente que el Tribunal Supremo incorporara la Constitución a sus *rationes decidendi* y dejara de citarla tan sólo como novedad y a mayor abundamiento, como he ilustrado en otra obra. Y fue el propio Tribunal Constitucional el que, a fuerza de anular sentencias del Supremo, lo educó constitucionalmente. No puede sorprender que desde el inicio del trabajo del Tribunal Constitucional se fraguara una “guerra de las cortes”, que tan abundantes como poco edificantes escaramuzas nos ha deparado y a la que la reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) ha tratado de poner límite, espere-mos que de modo suficiente, con varias correcciones del texto inicial.¹

En primer lugar, la ley blindo ahora más la posición del Tribunal Constitucional:

- a) El nuevo artículo 4o. dispone en su apartado primero que en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o de competencia al Tribunal, siendo éste el único que puede delimitar su ámbito de jurisdicción y adoptar las medidas necesarias para preservarla, incluyendo la anulación de cuantos actos o resoluciones la menoscaben. Es, pues, el propio Tribunal Constitucional el que aprecia de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.
- b) En la misma línea, el apartado segundo del artículo citado prohíbe el enjuiciamiento de sus resoluciones por cualquier órgano jurisdiccional del Estado.

¹ Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

- c) Más aún, la doctrina del Tribunal Constitucional se ve reforzada por segunda vez. Ya lo había sido en la redacción inicial de esta Ley, pues, de decir el artículo 161.1.a constitucional que las declaraciones de inconstitucionalidad de una norma con rango legal afectarán a la jurisprudencia (se entiende que de los órganos judiciales), se pasó a decir que tal jurisprudencia (judicial) habrá de entenderse *corregida* por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (artículo 40.4, LOTC). Desde hace unos días, la nueva redacción de este último precepto establece que esta doctrina del Tribunal, que podríamos calificar ciertamente como *superior*, es la derivada de las sentencias y autos que resuelven “(todos) los procesos constitucionales”.
- d) Y todavía se remacha este refuerzo con la adición de un párrafo segundo al artículo 92, según el cual el Tribunal Constitucional puede anular las resoluciones que, con ocasión de la ejecución de las dadas por él, las contravengan.

Pero, en segundo término, la reforma ha procurado dar satisfacción al Poder Judicial con dos medidas a las que habré de referirme más adelante. De un lado, la incorporación de un incidente de nulidad de actuaciones judiciales, que, lejos de significar una desconfianza hacia éstos, es una oportunidad más de que tutelen los derechos fundamentales previa al recurso de amparo. De otro, la nueva regulación de este recurso (artículos 41 y ss.), que facilita la inadmisión por parte del Tribunal Constitucional y, por tanto, como contrapartida, viene a reforzar, junto a la anterior medida, el protagonismo de los órganos judiciales en la tutela de los derechos, ya que, a partir de ahora, dirán frecuentemente la última palabra al respecto (artículos 49 a 53).

III. PERFIL DEL TRIBUNAL POR SU COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO: SENSIBILIDAD POLÍTICA *VERSUS* INDEPENDENCIA

El constituyente buscó configurar un órgano *a)* que, al gusto kelseniano, respondiera en términos generales a las corrientes de opinión existentes en el país; *b)* pero que, al mismo tiempo, preservara su independencia; *c)* que combinara su estabilidad con su renovación temporal; *d)* no funcionarizado ni corporativista en razón de sus miembros; *e)* así como que éstos tampoco fueran personas de acentuada significación política.

Para conseguirlo urdió unos requisitos y procedimientos, a saber:

1. El requisito de que los magistrados sean juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.
2. Su designación por cuatro órganos políticos diferentes, dos parlamentarios y dos de gobierno, pero designando los primeros el doble que los segundos: cuatro el Congreso de los Diputados y el Senado, y dos el gobierno y el Consejo General del Poder Judicial. En total, doce, número par, que quizá no haya sido la opción más conveniente. Conforme a la nueva redacción del artículo 16.1 de la Ley Orgánica, los magistrados propuestos por el Senado lo serán de entre los candidatos presentados por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, con lo que se procura ahora dar al Tribunal un perfil algo más acorde con el carácter autonómico del Estado.
3. La exigencia de una mayoría de tres quintos en las designaciones parlamentarias.
4. Un mandato de nueve años, con el que se busca independizarlos de los órganos que los designan, que tienen un mandato mucho más corto.
5. Su renovación parcial cada tres años, con lo que se pretende conjugar la estabilidad con la evitación de cambios bruscos en su composición que pudieran derivar en una sucesión de etapas jurisprudenciales contrapuestas o demasiado diferentes.

La misma línea de independencia persiguen los demás elementos de dicho estatuto jurídico, coincidente, en unos aspectos, con el de los parlamentarios, y, en otros, con el de los jueces: incompatibilidades, inamovilidad, inviolabilidad por las opiniones expresadas en el ejercicio de su cargo y fuero especial en causas criminales (la Sala Penal del Tribunal Supremo).

Hay que reconocer que todas estas bienintencionadas cautelas del constituyente no han impedido que una fuerza política que ostente mayoría absoluta en las cámaras y esté, por tanto, en el ejercicio del gobierno, tenga muchas bazas para conformar una mayoría en el Tribunal. De ahí que se estableciera el mandato de nueve años (mandato superior incluso a dos legislaturas) y su renovación cada tres por terceras partes. El resultado, empero, no es del todo satisfactorio, porque la renovación periódica parcial permite que el gobierno y la fuerza política que lo apoya vayan conformando una composición del Tribunal que le sea mayoritariamente próxi-

ma, sobre todo si, como hasta ahora ha sucedido (salvo en el inicio del régimen), repite su mayoría parlamentaria al menos en dos legislaturas.

El pronóstico se ha venido cumpliendo siempre: cuando la renovación corresponde a los cuatro magistrados designados por una cámara, tres lo son a propuesta de la fuerza política mayoritaria y uno a propuesta de la oposición, resultado a veces matizado por el nombramiento consensuado de un magistrado, bien por su “equidistancia” o su no significación política, bien porque “se concede” que sea propuesto por una fuerza política nacionalista; y cuando toca el turno al gobierno y al Consejo General del Poder Judicial, el resultado suele ser de tres a uno. Evidentemente, no es ese camino, más o menos kelseniano, el mejor imaginable para conseguir un tribunal que, respondiendo efectivamente a las corrientes de opinión, en plural, de la ciudadanía española, sea al mismo tiempo políticamente independiente. La opinión pública y publicada se ha acostumbrado ya a identificar a los magistrados por el signo político del partido que propuso su nombramiento y, por tanto, a pronosticar el resultado de las votaciones, bien que en ocasiones dicho pronóstico se haya visto desmentido.

Esto ha determinado una cierta deriva política del Tribunal, con lo que su prestigio y *auctoritas* ha sufrido algún altibajo, coincidiendo con sentencias políticamente delicadas, en las que el Tribunal parece que ha sido receptivo de las posiciones gubernamentales o ha asumido una función política más allá de lo que le permiten la Constitución y su Ley Orgánica, función ni siquiera homologable a sentencias interpretativas.

Por lo demás, tampoco han faltado periodos en los que la orientación política de la ciudadanía, representada por las cámaras y el gobierno, no se ha podido ver reflejada en la composición del Tribunal durante tres años, hasta que correspondiera la renovación, con lo que la sensibilidad política anteriormente mayoritaria ha prolongado (después de ser vencida en las urnas) su influencia sobre el Tribunal y sobre el muy codiciado producto de su trabajo.

IV. FUNCIONAMIENTO EN PLENO Y EN SALAS. LAS DIVERGENCIAS ENTRE ÉSTAS Y EL VOTO DE CALIDAD PRESIDENCIAL

El Tribunal goza de autonomía reglamentaria, lo mismo que las cámaras legislativas, con dos diferencias reseñables: que está reconocida en su Ley Orgánica, la cual establece heterónomamente su organización y fun-

cionamiento, en tanto la de las cámaras está plasmada en la Constitución y son ellas las que proveen a su organización y funcionamiento en su propio reglamento autónomamente establecido.

La Ley Orgánica del Tribunal ha dispuesto la constitución de dos salas, compuestas cada una por seis magistrados, y el funcionamiento del Tribunal, según los casos, en Pleno, en dichas salas o en las secciones que se constituyan (dos de tres miembros en cada sala).

Hasta ahora era necesario el conocimiento del Pleno, de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, además de en los conflictos constitucionales. Los recursos de amparo eran sustanciados, salvo excepción, ante las salas. Y las secciones realizaban el despacho ordinario y decidían sobre la admisibilidad de los recursos; desde 1988, la inadmisión de los recursos de amparo (no los de inconstitucionalidad) puede decidirse por providencia de un solo magistrado. La reforma recientemente aprobada ha desconcentrado un tanto el trabajo del Tribunal: las salas pueden conocer los recursos de inconstitucionalidad que sean de mera aplicación de doctrina y de las cuestiones de inconstitucionalidad que no se reserve el Pleno, y las secciones pueden resolver, en ciertos casos, los recursos de amparo, como después veremos.

La organización interna del Tribunal y de su trabajo, descrita anteriormente, presenta el inconveniente de las posibles —y de vez en cuando reales— diferencias de criterio entre las dos salas o entre las secciones (por no hablar de las que puedan presentarse entre los doce magistrados cuando dictan providencias de inadmisión). Por eso, algún autor, como J. Arozamena, ha sostenido que no sería desacertado establecer una fórmula de coordinación entre ellas, elevando sus diferencias a un órgano superior (las secciones, a su sala; las salas, al pleno), para que éste resuelva decidiendo el criterio a seguir.

El presidente goza de voto de calidad para dirimir los empates en las votaciones, tanto del Pleno como de la sala que preside (la primera), prerrogativa de no desdeñable importancia, como la práctica ha demostrado, por ser par el número de miembros del tribunal y de las salas. El voto de calidad del presidente en el Pleno ha desatado en alguna ocasión la polémica en torno a su mayor o menor receptividad de las opiniones de la fuerza política que propuso su nombramiento. Pero no parece haber una solución mejor, puesto que el Pleno no tiene órgano superior que dirima el empate. El vicepresidente sustituye al presidente cuando sea preciso y, como presidente de la sala segunda, goza también de voto de calidad, lo

mismo que el presidente del Tribunal en su función de presidente de la sala primera. ¿No sería mejor, siguiendo el criterio antes reflejado de J. Arozamena, que los empates en las salas se resolvieran por el Pleno? He aquí una pregunta para la reflexión.

V. ACTOS CON FUERZA DE LEY SUSCEPTIBLES DE CONTROL CONSTITUCIONAL: UNA *QUAESTIO INEDITA*

La relación de normas impugnables que hace el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal no es sino un desarrollo de lo preceptuado por el artículo 161.1.a de la Constitución. En su virtud, las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad son:

a) Las leyes, tanto de cortes como autonómicas, así ordinarias como orgánicas; y, por tanto, también los estatutos de autonomía.

b) Las disposiciones normativas de los poderes centrales y autonómicos con fuerza, rango o valor de ley, concepto en el que debemos incluir los decretos-leyes y los decretos legislativos.

c) Los tratados internacionales.

d) Los reglamentos parlamentarios, sean de las cortes (todavía inexistente) o de cualquiera de sus cámaras, sean autonómicos; también, según el Tribunal Constitucional, el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, norma que, aunque de clara naturaleza reglamentaria, tiene valor y fuerza de ley.

Supuesto lo anterior, doctrinalmente se sostiene que los actos del poder central o de los poderes autonómicos con fuerza de ley deben figurar en esta relación; categoría en la que hay que incluir:

- La autorización parlamentaria de tratados que no se haga por ley orgánica (artículo 94.1 de la Constitución).
- La convalidación de los decretos-leyes por el Congreso de los Diputados (artículo 86.2 de la Constitución Española, CE).
- La autorización del Congreso de los Diputados al gobierno para que declare el estado de excepción (artículo 116.3, CE).
- La declaración del estado de sitio por la misma Cámara (artículo 116.4, CE).
- La autorización, también por el Congreso, de la prórroga de los estados de alarma y excepción (artículo 116.2 y 3, CE).

- La aprobación por el Senado de la adopción de medidas coercitivas o de intervención del gobierno respecto de las comunidades autónomas (artículo 155, CE).
- Los actos de las cortes generales, en sesión conjunta de las dos cámaras, relativos a la Corona, que son: las provisiones, en su caso, de la sucesión, de la regencia y de la tutela del rey menor, y el reconocimiento de la inhabilitación del rey para ejercer la Jefatura del Estado.

Esta relación de actos es, como digo, elaboración de la doctrina, que, sin embargo, no es pacífica respecto de todos ellos. A mi juicio, todos los enunciados deben estar en ella por tener fuerza de ley, pero hemos de hacer algunas precisiones al respecto.

1a. Es que hasta el momento no se ha producido ninguno de los actos señalados con los números 3 a 5, ni parece que se vayan a producir dada la tendencia de las democracias actuales de incluir todo el “derecho de excepción” en los códigos penales y procesales comunes. El estado de alarma, aludido en el mismo número 5 es prácticamente innecesario: las situaciones que podrían invitar a su declaración pueden ser atendidas con las facultades gubernamentales ordinarias.

2a. En cuanto a las medidas coercitivas sobre comunidades autónomas (número 6), tampoco se han adoptado ni se adivina como probable que vayan a adoptarse, prefiriéndose siempre la negociación y la presión; pero no son descartables por completo.

3a. Y los actos de las cortes generales descritos en el número 7 acaso pudieran ser precisos una o dos veces por siglo.

4a. De manera que solamente los actos referidos en los dos primeros números (la autorización parlamentaria de tratados que no se haga por ley orgánica y la convalidación de los decretos-leyes por el Congreso de los Diputados) son ordinarios y más o menos habituales.

5a. La impugnación de algunos de estos actos, muy elocuentemente los indicados en el apartado anterior, no puede hacerse más que por motivos formales, puesto que no tienen contenido material propio; los motivos materiales necesitarían la impugnación del tratado o del decreto-ley como tales. No puede decirse lo mismo de la declaración del estado de sitio por el Congreso y son discutibles los demás casos.

En fin, a la vista de todo lo anterior, convendremos que también en esta ocasión, más que ante una *quaestio disputata*, estamos ante una *quaestio inedita*.

Por el contrario, sí ha habido pronunciamientos sobre las disposiciones interpretativas e integradoras de los reglamentos parlamentarios que dictan sus presidentes, categoría que, como veremos de inmediato, ya no cabe incluir en la anterior relación. Se trata de una previsión que busca la flexibilidad y acomodación de los reglamentos a las necesidades de funcionamiento de la cámara cuando se percibe una laguna o un pasaje oscuro en ellos. La doctrina ha sostenido que dichas disposiciones se incorporaban a los reglamentos adquiriendo su misma naturaleza, fuerza, valor y rango. A mi juicio, estas facultades presidenciales deben tener límites ciertos para no acabar siendo puertas abiertas al arbitrio y a la inseguridad jurídica, motivo por el que siempre mostré mi desacuerdo con tal doctrina.²

En este asunto, el Tribunal comenzó en Scilla y ha acabado en Caribdis. En efecto, en una primera fase aceptó que tales actos y resoluciones emanadas por la presidencia de la Cámara se incorporaban al reglamento vigente, adquiriendo, por tanto, rango de ley, lo que los hacía inimpugnables por la vía del recurso de amparo y sólo atacables por inconstitucionalidad.³ Reparemos en que un órgano unipersonal dictaba normas a las que se les reconocía fuerza de ley, con lo que la especialidad de procedimiento y la rigidez propias del reglamento parlamentario quedaban obviadas por tan preocupante vía.

En un segundo momento, aunque reafirmó los anteriores caracteres, entendió que esas normas no podían modificar ni contradecir el reglamento parlamentario, lo que significó un recorte de dichos *interna corporis acta*.⁴ Recorte que se acentuó poco después al concluir el Tribunal que las resoluciones presidenciales no podían equipararse totalmente a los reglamentos vigentes.⁵ Sin embargo, seguía ocluyendo la vía del recurso de amparo, a no ser que un acto de aplicación de tal norma vulnerara un derecho fundamental de un miembro de la Cámara; de no ser así, sólo era impugnabile mediante recurso de inconstitucionalidad.⁶

² Cfr. Torres del Moral, *Principios de derecho constitucional español*, 4a. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1998, pp. 214 y 215; 5a. ed., 2004, vol. I, pp. 241 y 242.

³ Autos del Tribunal Constitucional (AATC) 183/1984, del 21 de marzo, y 244/1986, del 12 de marzo.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 118/1988, del 20 de junio.

⁵ STC 119/1990, del 21 de junio.

⁶ SSTC 118/1988, citada, y 214/1990, del 20 de diciembre; anteriores pronunciamientos: AATC 12/1986, del 15 de enero; 244/1986, citado, y 292/1987, del 11 de marzo.

En fin, el giro total no se produjo hasta 1995, cuando el Tribunal Constitucional, profundizando en la vía anterior, terminó admitiendo: *a*) que las normas supletorias del reglamento parlamentario no se incorporan al mismo; *b*) que, en cuanto tales normas (no ya los actos de aplicación), son susceptibles de recurso de amparo si innovan o contradicen el reglamento vulnerando el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas (artículo 23.2 de la Constitución); *c*) que “queda reservado el recurso de inconstitucionalidad para la impugnación de los reglamentos parlamentarios propiamente dichos”.⁷

¿Cuál era o es la interpretación suprema de la Constitución: la primera, la segunda o la tercera? Confiemos en que haya terminado imponiéndose definitivamente la razón jurídica unida al principio democrático.

VI. BLOQUE Y CANON DE CONSTITUCIONALIDAD: NUEVAS *QUAESTIONES INEDITAE*

El artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal precisa que la conformidad o disconformidad con la Constitución de las normas susceptibles de control se apreciará considerando, además de los preceptos constitucionales, las leyes que delimitan las competencias del Estado (es más ajustado decir *poder central*) y de las comunidades autónomas, o que regulan o armonizan el ejercicio de las competencias de estas últimas, así como las que disciplinan el procedimiento de producción de normas con rango de ley. Todo este conjunto normativo constituye el bloque de la constitucionalidad. Por su parte, se conoce como canon o parámetro de constitucionalidad de un precepto legal las normas que el Tribunal utiliza en cada caso para “juzgar” el precepto.

Así, pues, las normas que integran el bloque de la constitucionalidad son, además del propio texto fundamental, las siguientes:

- a) Los estatutos de autonomía, las leyes marco, las de armonización y las de delegación o de transferencia del ejercicio de competencias del poder central a las comunidades autónomas (artículo 150 constitucional). Como hasta la fecha no se han producido leyes marco ni leyes de armonización (se hizo una vez, pero el Tribunal Constitucional la despojó de su carácter armonizador), estamos de nuevo

⁷ STC 44/1995, del 13 de febrero.

ante *quaestiones ineditae*. No ocurre así con las leyes de delegación y de transferencia.

- b) Las leyes que contengan delegaciones legislativas, tanto las de bases para que el gobierno produzca un texto articulado como las ordinarias que delegan en el gobierno la refundición de varios textos legales en uno solo (artículos 82-8, CE).
- c) Los reglamentos parlamentarios, tanto de las Cámaras centrales como de las autonómicas, a pesar del silencio que guarda al respecto la Ley Orgánica del Tribunal. Así debe ser entendido y así ha sido interpretado por el Tribunal, si bien no todos los preceptos reglamentarios forman parte de este elenco, sino sólo los que tienen incidencia en el procedimiento legislativo, lo que puede obligar en alguna ocasión a una delicada calificación de los mismos.⁸
- d) El artículo 28.2 de la Ley Orgánica hace una confusa referencia a la relación entre la ley orgánica y la ordinaria, conforme al cual la primera puede nutrir el canon de la constitucionalidad de la segunda, tanto por el procedimiento seguido en su aprobación como por la materia regulada. Problemas éstos, el del rango de las leyes orgánicas en el sistema constitucional de fuentes y el de sus relaciones con la ley ordinaria, que han suscitado ríos de tinta. Aunque la opinión mayoritaria de la doctrina y la del propio Tribunal Constitucional han terminado decantándose por la igualdad de rango y su distinción única por el principio de competencia (tesis que considero poco ajustada, siendo preferible distinguirlas por el principio de especialidad de procedimiento), se pueden presentar problemas de solución difícil, toda vez que hay leyes orgánicas meramente formales cuyo contenido material puede ser diferente del que le es propio a dicho tipo de fuente. En estos supuestos no cabe una nítida aplicación de la doctrina de las *materias conexas* desplegada por el Tribunal porque en realidad no hay tal conexión de materias, sino sólo cobertura formal, mediante una ley orgánica, de una materia propia de ley ordinaria.

Pero, en realidad, como dicen F. Balaguer y A. García Martínez, el canon de constitucionalidad lo construye en cada caso el Tribunal Constitucional con su selección de las normas citadas y con la interpretación

⁸ STC 36/1990, del 1o. de marzo; *cfr.* ATC 23/1986.

que hace de ellas. En el bien entendido de que las normas utilizadas por el Tribunal en cada caso como canon de constitucionalidad son las vigentes en el momento en que ejerce el control, no las que lo estuvieran en el momento de aprobación de la norma “juzgada”.⁹ Pues, lógicamente, el Tribunal no puede declarar inconstitucional una norma si no lo es en ese momento. Cuestión diferente es que la aplicación habida de esa norma en momentos anteriores pueda legitimar a los perjudicados para ejercer las acciones correspondientes a sus intereses e incluso acudir, en su caso, al recurso de amparo.

VII. LAS SENTENCIAS EN LOS PROCESOS DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS EFECTOS

1. *Queda lejos Kelsen*

Las sentencias en los procesos de constitucionalidad pueden ser desestimatorias, estimatorias o interpretativas. Las primeras confirman la compatibilidad con la Constitución de la norma impugnada o cuestionada. Las estimatorias aprecian un vicio de inconstitucionalidad. A las interpretativas, formalmente desestimatorias, me refiero más adelante.

Es común a las sentencias del Tribunal Constitucional tener valor de cosa juzgada, vincular a todos los poderes públicos y producir efectos generales frente a todos y efectos para las partes. Son irrecurribles y se publican en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares discrepantes que haya habido, como se hace en el Tribunal Supremo de Estados Unidos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; también se ha extendido esta práctica a los tribunales españoles de la jurisdicción ordinaria y a otras instituciones.

El Tribunal niega la constitucionalidad de las leyes meramente interpretativas de la Constitución, pero, en cambio, él sí puede dictar sentencias interpretativas. Como hemos anticipado, éstas son formalmente desestimatorias de la inconstitucionalidad de la ley, pero, en parte, tienen un contenido materialmente estimatorio porque declaran inconstitucionales ciertas interpretaciones de la misma, o todas excepto una. En tal cometido, dice F. Rubio Llorente, el Tribunal Constitucional es algo más

⁹ SSTC 48 y 213/1988, del 22 de marzo y 11 de noviembre, y 28/1997, del 13 de febrero, entre otras.

que el legislador negativo kelseniano, pues su interpretación se incorpora a la ley, desapareciendo la libertad interpretativa del juez ordinario y de los demás poderes públicos.

El propio Tribunal justifica la emanación de estas sentencias, existente también en otros países, como un medio de salvar la norma legal hasta donde sea posible y evitar lagunas innecesarias en el ordenamiento.¹⁰ Contemplado en esta perspectiva, el control de constitucionalidad, como dice J. Jiménez Campo, busca un equilibrio entre la garantía de la Constitución frente al legislador y la garantía de la propia ley, que debe seguir siendo tal en tanto no recaiga sobre ella un pronunciamiento expreso negativo.

Más aún, como dice F. Rubio Llorente, en estos casos, no estamos ante una actividad nomofiláctica, sino propiamente nomotética, ante una fuente del derecho del mismo rango que la ley, puesto que ésta es, desde entonces en adelante, su texto publicado en el Boletín Oficial leído a la luz de la sentencia constitucional, pues entendido de otro modo resulta contrario a la norma suprema. Tarea nomotética que todavía puede hacerse más visible si una sentencia interpretativa excluye una o varias “lecturas” de la Constitución, ocasión en la que el Tribunal estaría realizando una labor cuasiconstituyente.

2. *Carácter declarativo de las sentencias. Matizaciones, excepciones, rectificación*

En cuanto a los efectos de las sentencias, la regulación que hace la Constitución es muy imprecisa. Por eso, el Tribunal prefiere apoyarse en su propia Ley Orgánica, la cual, pese a todo, tampoco despeja con claridad algunas incógnitas.

En principio, cabría considerar que el vicio de inconstitucionalidad se produce en origen y es insubsanable, limitándose la sentencia a declararlo. Estimación que se ve corroborada por la Constitución y la Ley Orgánica cuando dicen que el Tribunal, al declarar la inconstitucionalidad de una ley, declarará también su nulidad. Es decir, la sentencia tendría carácter declarativo, no constitutivo de esa inconstitucionalidad ni de esa nulidad. Y sus efectos, por tanto y en principio, deberían ser *ex tunc*.

¹⁰ STC 5/1981, del 13 de febrero; *cf.* SSTC 77/1985, del 27 de junio, y 341/1993, del 18 de noviembre, entre otras muchas.

Ahora bien, como dice J. A. Santamaría, si el vicio no se declara, es como si no existiera (entiéndase: como si no existiera en el mundo del derecho, que no puede alimentarse de suposiciones). Por eso, J. Almagro y P. Saavedra, eclécticamente, hablan del carácter declarativo-constitutivo de las sentencias, tesis que no sé si aclara algo el problema.

El Tribunal se inclinó en un primer momento por la primera de las posiciones hablando de que la ley declarada inconstitucional adolecía de una ineficacia originaria,¹¹ por lo que el carácter de la sentencia estimatoria sería declarativo, y sus efectos, *ex tunc*. No obstante, de un lado, surgieron inmediatamente excepciones no previstas en la defectuosa regulación de la materia; y, de otro, el Tribunal ha matizado su postura.

A. Matizaciones

Si bien en un principio el Tribunal afirmó que los preceptos declarados inconstitucionales no pueden ser aplicados desde el momento en que la sentencia es publicada en el Boletín Oficial del Estado, ha terminado sosteniendo, frente a la tesis de la ineficacia originaria, que es él mismo quien tiene que apreciar en cada supuesto los efectos de la nulidad en relación con el pasado;¹² y en algún caso ha negado efectos retroactivos a la declaración de nulidad para no producir un vacío normativo en el ordenamiento.

De manera que, ante la inexistencia de una regla concreta sobre esta faceta de su trabajo, el Tribunal Constitucional ha asumido la función de ponderar, caso por caso, el alcance retroactivo de la declaración de nulidad o, en su caso, negar tal retroactividad. En la muy variada casuística de la jurisprudencia del Tribunal al respecto, podemos encontrarnos con que éste ha recompuesto un precepto, previamente desguzado, con los restos que de él quedaban, en lugar de dejar que lo hiciera el legislador;¹³ o que, después de estimar la inconstitucionalidad de una ley y de anularla, ha dirigido una exhortación al legislador para que remediara el vacío que se producía en el ordenamiento;¹⁴ o, en fin, que ha recomendado cánones interpretativos sin producir una sentencia interpretativa.¹⁵

¹¹ STC 14/1981, del 29 de abril.

¹² STC 45/1989, del 20 de febrero.

¹³ STC 27/1985, del 26 de febrero.

¹⁴ *Cfr.*, entre otras, STC 22/1997, del 11 de febrero.

¹⁵ STC 64/1983, de 21 de julio.

El Tribunal, como vemos, no se limita a juzgar la constitucionalidad de las leyes, sino que asume una función ora nomotética, ora de cuidado del ordenamiento jurídico en general e incluso de la funcionalidad de las instituciones, lo que ilustra elocuentemente su lejanía del modelo kelseniano de legislador negativo.

Resulta igualmente destacable que el Tribunal también se separe de dicho modelo cuando admite la posibilidad de que una ley o norma de su rango incurra en inconstitucionalidad por omisión, lo que ocurre, dice, “cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella”.¹⁶

En ocasiones, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad resuelve un problema que, como es obvio, interesa al ordenamiento jurídico, pero también da respuesta al interés concreto del litigante *a quo*. Así sucede en las cuestiones de inconstitucionalidad, bien promovidas durante la sustanciación de un pleito ante la jurisdicción ordinaria, bien autopromovidas por el propio Tribunal Constitucional con ocasión de un recurso de amparo. La concesión del amparo y la estimación de la inconstitucionalidad de la ley (después me referiré a la relación temporal entre estos dos institutos) “beneficia”, valga la expresión, al demandante del amparo; y, si se trata de un pleito ordinario, el juez *a quo* debe resolverlo consecuentemente, también, en “beneficio” de la parte interesada y sólo de ella, de modo que las demás personas que se encuentren en situación igual o similar deberán, si quieren correr la misma suerte, instarla *uti singulis* por los cauces jurídicos pertinentes.

En algunas circunstancias de este tipo, el supremo intérprete de la Constitución ha esgrimido razones de conveniencia u oportunidad institucional (¿cabe decir razones políticas?), a las que nunca es del todo insensible. Así, por ejemplo, si se trataba de la inconstitucional regulación de un impuesto y, por tanto, de su injusto devengo por parte de la administración, el Tribunal ha negado a todos los contribuyentes afectados el derecho a la devolución masiva del mismo si no lo instaron formalmente en su momento y el plazo de hacerlo ha prescrito, todo ello a fin de impedir una arriesgada sangría de la Hacienda pública. La corrección técnico-jurídica de esta posición queda un tanto empalmedada por la sensación de insuficiencia e insatisfacción social que produce.

¹⁶ STC 397/1994, del 28 de noviembre, en la que cita, por todas, las SSTC 24/1982, del 13 de mayo, 74/1987, del 25 de mayo, y 45/1989, del 20 de febrero.

B. *Excepciones*

Son dos las principales excepciones a la tesis inicial observadas desde muy temprano:

- a) Una ley aprobada como orgánica, pero que versa sobre materia no reservada a este procedimiento legislativo, no debe ser expulsada del ordenamiento, sino sólo privada del carácter orgánico. Lo mismo puede decirse de una ley aprobada como de armonización sin serlo. El principio de conservación de los actos jurídicos (y políticos) requiere aquí obviamente separar la inconstitucionalidad de la nulidad. El ejemplo paradigmático y más conocido es el de la, en un principio llamada, Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) y sirve para ilustrar las dos variantes expuestas: el Tribunal¹⁷ anuló varios de sus preceptos y le negó sus caracteres armonizador y orgánico, pero dejó subsistentes los demás preceptos, con lo que su denominación quedó finalmente en Ley del Proceso Autonómico.
- b) Una ley de cortes generales que invade la competencia legislativa de una o de varias comunidades autónomas, pero no de todas, debe ser declarada inconstitucional exclusivamente en cuanto afecta a esas comunidades, pero nada más; simplemente se le priva de aplicabilidad en las comunidades autónomas competencialmente “invasadas”. El mismo principio antes enunciado de conservación de los actos jurídicos (y políticos) postula su permanencia en el ordenamiento y así ha sido estimado por el Tribunal¹⁸ por cuanto sigue siendo válida y aplicable en las demás comunidades autónomas.

C. *Rectificación*

Pero más significativo aún de la no sujeción del Tribunal a su propia y primera tesis es el siguiente párrafo de una sentencia no demasiado tardía: “Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la ley, que deja a este Tribunal la tarea de

¹⁷ STC 76/1983, del 5 de agosto.

¹⁸ STC 80/1985, del 5 de julio.

apreciar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del Ordenamiento”.¹⁹

Por una parte, el último inciso se refiere a que no debe asimilarse el concepto de nulidad en el ámbito del derecho constitucional con el usual en derecho administrativo. Por otra, el Tribunal, ante la inexistencia de una regla concreta, asume la competencia de ponderar, caso por caso, el alcance retroactivo de la nulidad e incluso negarlo. Y, todavía más, niega la necesaria vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad.

Lo que, bien mirado, resulta ser más una rectificación de la tesis inicial que una simple matización. Y, andando el tiempo, han ido aumentando las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad y disminuyendo las clásicas y más apegadas al modelo kelseniano de tribunal constitucional como legislador negativo.

VIII. LA AUTOCUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: UNA VÍA INICIALMENTE IMPREVISTA Y UN PROBLEMA TARDÍAMENTE RESUELTO

El Tribunal puede plantearse de oficio una cuestión de inconstitucionalidad, según dispone el artículo 55.2 de su Ley Orgánica, en el supuesto de un recurso de amparo contra el acto de aplicación de una ley. Aunque es el propio Tribunal quien la autopropone, las partes en el amparo pueden alegar la inconstitucionalidad de la ley, lo que equivale, dice el Tribunal, a una pretensión directa, aunque limitada, de inconstitucionalidad sostenida por los particulares, algo que no estaba previsto en el diseño del Tribunal que hizo el constituyente.²⁰

La Ley Orgánica daba por supuesto que el recurso de amparo interpuesto contra el acto de aplicación de la ley y en cuyo desenvolvimiento se plantea la autocuestión de inconstitucionalidad, había sido estimado. Por eso, el nuevo proceso no se tramitaba como una cuestión incidental en el amparo o previa al fallo del mismo, sino que, como decía el Tribunal, sus objetos son inconfundibles.²¹

Precepto ciertamente criticable pese a tan rotundas palabras del Tribunal, puesto que, si el amparo se otorgaba porque la ley era lesiva de un

¹⁹ STC 45/1989, del 20 de febrero.

²⁰ SSTC 34 y 41/1981, del 10 de noviembre y 18 de diciembre; 184/1986, del 25 de noviembre.

²¹ SSTC 65/1983, del 21 de julio, y 113/1987, del 3 de julio.

derecho fundamental, el Pleno del Tribunal debía declarar su inconstitucionalidad. Cabría decir, entonces, que el Pleno quedaba condicionado por la resolución de la sala. Ahora bien, como no era la sala la que, según la regulación legal hasta hace unos días vigente, resolvía los juicios de inconstitucionalidad, sino el Pleno, no había constancia oficial o formal de la misma mientras éste no se pronunciaba sobre ello; y si resolvía lo contrario (es decir, si desestimaba la cuestión autopropuesta), la corrección del amparo concedido quedaba inconvenientemente en entredicho.

Una regulación más acertada, como propuso en su momento J. Oliver, habría sido la sustanciación de la duda de inconstitucionalidad como cuestión previa a la sentencia, en el recurso de amparo, quedando suspendida hasta el pronunciamiento del Pleno sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada; o, como apuntó L. López Guerra en similar sentido, aunque con sustanciación diferente, la avocación de la resolución del recurso de amparo por el Pleno; o, en fin, como sugirió M. Aragón, la acumulación de los dos procesos para resolverlos con una sola sentencia estimatoria de doble contenido: del amparo, con anulación del acto lesivo, y de la inconstitucionalidad de la ley. Con cualquiera de estas fórmulas, ni el Pleno se habría visto mediatizado por una sala, ni se habría corrido el riesgo de sentencias discrepantes, con la correspondiente desautorización de la sala por el Pleno, como ha ocurrido en alguna ocasión.

Tan era así y tan disparatada resultaba la solución que ha venido adoptando el Tribunal durante veintisiete años que la muy reciente reforma de su Ley Orgánica ha modificado la disciplina de la autocuestión conforme a lo propuesto por el primero de los autores mencionados; esto es: cuando el recurso de amparo deba ser estimado porque, a juicio de la sala o, en su caso, de la sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia (artículo 55.2); es decir, lo mismo que está obligado a hacer el órgano judicial cuando plantea una cuestión de constitucionalidad. He aquí, por tanto, una cuestión resuelta, tardíamente resuelta.

IX. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En el ordenamiento español, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, integran el orde-

namiento interno, según el artículo 96.1 de la Constitución. Este precepto añade que sus disposiciones sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. ¿Cómo se los va a invalidar entonces por sentencia del Tribunal Constitucional? Sin embargo, son susceptibles de control de constitucionalidad, bien preventivo (artículo 95 constitucional), bien sucesivo (artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal).

Esta objeción es salvable si entendemos, con A. Remiro Brotons, que lo dicho por tal precepto constitucional reza sólo para los tratados válidamente celebrados, lo que no se puede decir de los inconstitucionales. Los tratados que contengan disposiciones contrarias a la Constitución habrían necesitado, para ser válidos, de una previa reforma constitucional que anticipara la conformidad entre ambos textos, según dispone el artículo 95 de nuestra norma suprema. Y, en todo caso, lo único que está al alcance del Tribunal es declararlos inconstitucionales, en todo o en parte, impidiendo así bien su ratificación, bien, si ésta ya ha tenido lugar, su aplicación por los operadores jurídicos internos; y obligando al mismo tiempo a las instituciones que han participado en su gestación y perfeccionamiento a hacer frente a la emergencia de dicho problema, como señalo a continuación.

Como vemos, la complejidad de la situación es tal que siempre será preferible agotar las posibilidades de salvar las discrepancias entre el tratado y la Constitución por vía interpretativa. El mismo Tribunal, cuando ha tenido que pronunciarse sobre el llamado Tratado Constitucional Europeo ha allanado el terreno mediante interpretaciones; que éstas no siempre me parezcan convincentes no invalida el argumento esgrimido. El caso es que el ordenamiento español ha optado, a mi juicio plausiblemente, por el referido control constitucional de los tratados —con la eventualidad de una declaración de inconstitucionalidad de los mismos— y a ello hemos de atenernos.

En efecto, si el tratado ha sido controlado preventivamente, la declaración desfavorable respecto de la constitucionalidad del texto acordado abre cuatro posibilidades, según A. Remiro Brotons: *a)* se vuelve a negociar el texto; *b)* se le hacen reservas, si en ello conviene la otra parte; *c)* se reforma la Constitución antes de prestar el consentimiento estatal al tratado (esto fue lo sucedido con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht), o *d)* se renuncia a su conclusión.

El control sucesivo puede intentarse dentro de los tres meses posteriores a la publicación del tratado. Si la sentencia confirma la inconstitucionalidad de alguna de sus disposiciones se produce una situación de derecho internacional ciertamente delicada. De una parte, el Estado ha de hacer frente a sus responsabilidades internacionales de dos modos: directamente, respecto de los otros Estados partes del tratado, e indirectamente, respecto de los ciudadanos de esos países que hubieran ultimado negocios jurídicos con los españoles (ciudadanos o Estado) con la cobertura jurídica del tratado en cuestión. También es responsable, en los mismos términos, ante las personas físicas o jurídicas españolas. De otra, los poderes públicos deben proceder a la renegociación, denuncia o suspensión del tratado por los procedimientos establecidos en éste o en las normas generales de derecho internacional (el denominado derecho internacional de los tratados), o bien, como hemos indicado, a la modificación de la Constitución para que el tratado tenga cabida en nuestro ordenamiento.

La Constitución, en el control preventivo de los tratados, no habla de recurso, sino de requerimiento del gobierno o de una de las dos cámaras al Tribunal Constitucional, y de declaración de éste, no de sentencia, si bien la Ley Orgánica habla, erróneamente a mi entender, de fallo. Según el propio Tribunal, tal declaración no es un dictamen, sino una resolución. De manera que tenemos tres términos para denominar un mismo producto del Tribunal: declaración, fallo y resolución. Aunque la primera y la última pueden avenirse, no parece necesario mantener las dos, y la preferencia, naturalmente, ha de serle dada al término que utiliza nuestra norma suprema. En cualquier caso, esta imprecisión terminológica es una cuestión menor.

Nada más ha habido dos de estas declaraciones, ambas en relación con la Comunidad (hoy Unión) Europea, una, previa a la ratificación del Tratado de Maastricht,²² y otra antes de la del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa;²³ la primera concluía que era necesario modificar la Constitución para poder incorporar el tratado al ordenamiento jurídico español, y la segunda lo contrario respecto del mal llamado Tratado Constitucional Europeo.

²² Declaración del Tribunal Constitucional (DTC) 1/1992, del 1o. de julio.

²³ Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, del 13 de diciembre.

X. RECEPCIÓN DEL DERECHO EUROPEO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA ASIGNATURA PENDIENTE

1. *Introducción*

Una de las cuestiones más disputadas, cuya deriva futura aún no es dable anticipar, es la del tratamiento que el Tribunal Constitucional da al derecho comunitario, al que, como he propuesto hace años, sería mejor llamar derecho europeo o derecho de la Unión, terminología que ya ha adoptado el Tribunal Constitucional. Durante seis años, el Tribunal ha sostenido que los problemas surgidos entre el ordenamiento europeo y el derecho de producción interna son infraconstitucionales. Con ocasión de la ratificación española del Tratado de Maastricht, produjo la Declaración 1/1992, ya citada, que evidenciaba su resistencia a cuestionarse este asunto y que satisfizo a muy pocos. Durante los años siguientes introdujo en su jurisprudencia algunos matices importantes acá y allá, sin desdecirse claramente de sus tesis principales. Y finalmente, en la Declaración 1/2004, del 13 de diciembre, previa a la prestación del consentimiento estatal al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, ha modificado en buena medida su posición anterior. Ahora bien, como el Tribunal nunca, o casi nunca, reconoce cambios en su jurisprudencia, enhebra citas de resoluciones anteriores, principalmente de la Declaración de 1992, con reflexiones nuevas y en más de un pasaje confunde al lector más avisado.

He aquí no sólo una cuestión disputada, sino una verdadera asignatura pendiente. En realidad, como dice C. Vidal, está por llegar el momento en que el supremo intérprete de nuestra Constitución reconozca a la Unión Europea como un nuevo modelo de comunidad política, como una organización supranacional o supraestatal y no meramente internacional. En la Declaración 1/2004 se acerca a esta posición, pero acaso demasiado recelosamente.

Desde el primer momento, el Tribunal Constitucional decidió considerar que el derecho europeo no integra el bloque de la constitucionalidad en España y que, por eso, como hemos adelantado, la eventual vulneración del mismo por una norma española con rango de ley no puede ser cuestionada ni recurrida por inconstitucional; estaríamos, dice, ante un conflicto entre normas infraconstitucionales,²⁴ aseveración que le ganó la

²⁴ SSTC 28 y 64/1991, del 14 de febrero y 23 de marzo; 180/1993, del 31 de mayo, y 45/1996, del 25 de marzo.

crítica de algunos autores, como P. Pérez Tremps y A. Mangas, entre otros, e incluso el voto particular de un magistrado, que creyó más puesto en razón hablar de normas no constitucionales.

En segundo término y como consecuencia de lo anterior, el derecho que produce la Unión Europea tampoco puede ser utilizado como canon de constitucionalidad respecto de normas con rango de ley de producción interna.²⁵ En un caso así, concluye, lo procedente no es acudir a la vía constitucional española, puesto que el Tribunal Constitucional no se reconoce a sí mismo como órgano de garantía del derecho comunitario,²⁶ sino hacer un reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea,²⁷ reenvío que debe de realizar, en su caso, el juez ordinario.

Mi planteamiento de este problema de la integración del derecho europeo en el ordenamiento jurídico español es algo más complejo, pues, efectivamente, pueden producirse varios supuestos según que la norma comunitaria sea exquisitamente constitucional o no, que la norma de producción interna que colisiona con ella le sea anterior o posterior y que esta misma norma interna sea de rango legal o infralegal.

2. *Primera hipótesis: la norma europea no tiene tacha de inconstitucionalidad*

De nuevo pueden presentárenos varias situaciones, según que la norma europea sea posterior o anterior a la de producción interna.

En puridad, por aplicación del principio de competencia, hay que deducir que, si la norma de derecho europeo sin mácula de inconstitucionalidad es posterior a la norma “nacional” de rango infralegal, la deroga, la modifica o desplaza su aplicación en lo necesario para tener ella plena eficacia; y, si es anterior, la situación jurídica es la de que los poderes públicos españoles no han debido producir una norma que la contradiga y deberán abstenerse de hacerlo en lo sucesivo. El Tribunal Constitucional tiene establecido que el problema no es de su jurisdicción, sino de la ordinaria, a la cual incumbe saber (*iura novit curia*) cuál es la norma jurídica aplicable en el asunto del que conoce y debe, por consiguiente, re-

²⁵ STC 180/1993, citada.

²⁶ SSTC 372/1993, del 13 de diciembre, y 137/1995, del 25 de septiembre.

²⁷ SSTC 180 y 372/1993, citadas; 265/1994, del 3 de octubre, y 201/1996, del 9 de diciembre.

solver conforme a la norma europea; o bien, en caso de duda, hacer el correspondiente reenvío prejudicial al Tribunal de Luxemburgo.

Así, pues, el juez que aplicara la norma “interna” con preferencia a la europea (competente y plenamente constitucional) en el litigio que le está sometido no resuelve conforme a derecho, que es lo que demanda el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución). Lo que abre la vía para un recurso de amparo, vía que el Tribunal Constitucional ya ha admitido.²⁸ También admite, en este mismo sentido, la invocación del derecho comunitario en un recurso de amparo cuando la violación de un derecho fundamental acaece en materias competencialmente asumidas por la Unión Europea,²⁹ así como en materia de derechos de los extranjeros en España, por la remisión que hace el artículo 13.2 de la Constitución a los tratados.³⁰ En todo ello se aprecia una cierta recepción del derecho de la Unión por parte del Tribunal.

Ahora bien, el escenario cambia algo si la norma de producción interna es una ley o tiene su valor, fuerza o rango. Pues, en tal supuesto, el juez interno no puede inaplicarla porque está sometido a ella, según establece inequívocamente el artículo 117.1 de la Constitución, viéndose obligado a hacer un reenvío al Tribunal de la Unión. Pero si éste la juzgara “anticomunitaria” se produce un bloqueo en la resolución del caso *a quo* y en otros similares en tanto dicha norma no sea convenientemente derogada o anulada.

Según creo, a la hora de deshacer este nudo, se le abren al Tribunal Constitucional español dos posibles vías de actuación, dependiendo de la forma en que le lleguen los asuntos:

- 1) Si el justiciable recurre en amparo arguyendo que el órgano judicial ordinario no ha aplicado la ley (de producción interna) a la que está sometido, el Tribunal debe admitirlo, en principio, porque, tal como exige su Ley Orgánica, en la redacción actual ya reformada, dicho recurso tiene contenido constitucional e incluso trascendencia suficiente como para que el Tribunal se pronuncie sobre él, y desestimarlo posteriormente por estimar que el derecho aplicado por el juez *a quo* (el derecho europeo) es precisamente el vigente sobre la materia y excluyente del de producción interna. No hace falta de-

²⁸ STC 34/1994, del 11 de marzo.

²⁹ STC 34/1996, del 11 de marzo.

³⁰ STC 130/1995, del 11 de septiembre.

clarar la inconstitucionalidad de esta norma, sino que, sencillamente, hay que considerarla derogada en todo lo que se oponga a la norma europea y vigente acaso en todo lo demás.

- 2) Si el juez ordinario, en vez de resolver como se ha indicado en el párrafo anterior, eleva al Tribunal una cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley de producción interna supuestamente aplicable al litigio que ha de resolver, el Tribunal Constitucional debe admitirla y proceder a declarar la inconstitucionalidad de dicha norma. O, en su caso, inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad, pero aclarando en el correspondiente auto de inadmisión que hay que juzgar derogada la norma de producción interna como contraria al orden competencial establecido por los tratados con la cobertura del artículo 93 de la Constitución Española.

Digámoslo de otra manera, con palabras del propio Tribunal y a modo de conclusión: “la Constitución ha aceptado ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del derecho de la Unión en el ámbito que a ese derecho le es propio”.³¹ Por tanto, es obligado contar con la mediación del artículo 93 de la Constitución, que es el precepto de apertura de España a la Unión Europea y al derecho que ésta produce, así como —añado por ser igualmente pertinente— con la del artículo 96.1, que declara que forman parte del ordenamiento interno los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España.

Esto supuesto, los tratados constitutivos de la Unión, que, a estos efectos, hacen las veces de normas de producción jurídica por cuanto han asumido unas determinadas competencias (materias, objetivos...) que habilitan a las instituciones europeas a regular jurídicamente los correspondientes ámbitos materiales, no pueden ser completamente soslayados del bloque de la constitucionalidad ni del canon de constitucionalidad que en cada caso hay que componer para “juzgar” la ley interna pretendidamente aplicable en un litigio, si el derecho europeo resulta ser el “comunitariamente” y, por lo dicho hasta aquí, también el constitucionalmente aplicable al mismo.

Así, pues, no parece ajustada a derecho la posición del Tribunal Constitucional de rechazar estos conflictos con su simplista calificación de infraconstitucionales. La clave no reside en el rango del derecho europeo, desde luego infraconstitucional, sino en si, pese a ello, forma parte del

³¹ DTC 1/2004, citada.

bloque de la constitucionalidad española, como sucede con normas de producción interna igualmente infraconstitucionales, desde los estatutos de autonomía hasta la legislación básica.

Tampoco cabe en el derecho la autoexclusión como órgano de garantía del derecho europeo, porque, enfocado el asunto en perspectiva nacional, “el Tribunal Constitucional sí es el garante de la correcta observación del artículo 93 de la Constitución por parte del legislador interno”, sobre el cual pesa la elocuente limitación constitucional de las competencias asumidas por la Unión.

3. *Segunda hipótesis: la norma europea es inconstitucional*

Resulta difícilmente discutible que una norma europea inconstitucional por extralimitación competencial vulnera el artículo 93 de nuestro texto fundamental, el cual no faculta para la asunción inconstitucional de competencia ni habilita el desplazamiento indebido de la Constitución ni es una vía espuria de reforma constitucional ni de subrepticia desconstitucionalización de la Constitución. Al mismo tiempo, puede que tal norma europea sea también contraria al o a los preceptos constitucionales, si los hubiere, que regulan la parcela de la realidad social de que se trate.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional no se ha enfrentado aún con ningún precepto europeo impugnado por inconstitucionalidad y, dado lo reacio que es a pronunciarse en este ámbito, puede suponerse que, llegado el caso, preferiría hacer una *interpretación conforme* (a la Constitución) antes que declarar la inconstitucionalidad de un precepto europeo. Sería ésta, por tanto, otra *quaestio inedita* si no fuera porque el Tribunal parece haber tomado ya posición sobre ella.

En efecto, en la Declaración 1/2004 afirma:

En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban... a través de los procedimientos constitucionalmente pertinentes.

Si prescindimos de la escasa calidad literaria del texto y de expresiones desiderativas, como la de “caso difícilmente concebible”, que no debería figurar en una declaración de este tipo por ser nulamente jurídica y mostrar a las claras la incomodidad del Tribunal a la hora de tratar estos problemas, se abre paso con cierta claridad la actual posición del Tribunal:

En primer lugar, una norma europea que vulnera la Constitución Española es también contraria a la Constitución europea. Aclaremos: el Tribunal se expresa así porque estaba pronunciándose sobre el fenecido tratado constitucional europeo y éste (artículos I-6 y concordantes) era bien expresivo del origen y de los límites de las competencias de la Unión. Por tanto, son las propias instituciones europeas las que en primera instancia deben depurar su ordenamiento de tal precepto. Con lo que probablemente el problema quede resuelto.

En caso contrario, el Tribunal se reconoce competente para hacer tal depuración normativa en cuanto garante de la supremacía de la Constitución Española.

Todavía, en un claro exceso argumental, añade a continuación del texto transcrito un párrafo, de redacción igualmente torpe, alusivo a la última garantía de la soberanía nacional española y de la supremacía de la Constitución:

... ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el artículo I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su artículo I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía [del derecho europeo] proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros.

Es cierto lo que dice el Tribunal, y yo mismo he insistido, en esa eventual separación soberana de la Unión como prueba irrefutable de que la primacía del ordenamiento europeo no significa supremacía, sino sólo aplicación preferente o capacidad de desplazamiento del derecho de producción interna, todo ello por aplicación del principio de competencia. Pero no era ése el problema que estaba tratando el Tribunal ni el que el gobierno le había sometido.

En definitiva, lo menos que se puede decir como conclusión de este epígrafe es que la recepción del derecho comunitario por el Tribunal Constitucional español es una asignatura todavía pendiente, o, en el mejor de los casos, una cuestión de solución manifiestamente mejorable.

XI. CONFLICTOS DE COMPETENCIAS Y ENTRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES: LAGUNAS Y CUESTIONES IRRESUELTAS

El Tribunal Constitucional tiene atribuida por el artículo 161.1.c de la Constitución la facultad de dirimir los conflictos de competencias entre el poder central y las comunidades autónomas y los de éstas entre sí, en tanto que el artículo 2.1.d de su Ley Orgánica le confiere el conocimiento de los conflictos entre órganos constitucionales del Estado.

Como las normas atributivas a las comunidades autónomas bien de la titularidad de competencias, bien de su ejercicio delegado o transferido por el poder central, integran el bloque de la constitucionalidad, todo conflicto de competencias termina siendo un proceso sobre la constitucionalidad de la norma conflictiva. Por eso se ha atribuido su conocimiento al intérprete supremo de la Constitución y no a los tribunales ordinarios. El propio Tribunal Constitucional titubeó al principio a la hora de señalar la línea fronteriza entre este tipo de conflictos y el recurso de inconstitucionalidad promovido por los mismos actores,³² pero posteriormente los ha diferenciado.³³

Ahora bien, no se descarta que la competencia controvertida esté atribuida por ley o norma de su rango o fuerza, en cuyo caso el conflicto es propiamente un juicio sobre la constitucionalidad de la misma. Y, por otra parte, el Tribunal suele acumular los conflictos de competencia y los recursos de inconstitucionalidad que versan sobre un mismo problema. De manera que, aunque conceptualmente diferenciables, andan a veces entreverados en la práctica del Tribunal.

Los conflictos pueden ser positivos o negativos. En general, hay conflicto positivo cuando aparece más de un pretendido titular de la competencia, pero puede haberlo aunque el órgano proponente del mismo no sea el que recaba la competencia para sí, sino para depurar el orden competencial constitucional y estatutariamente establecido. Estamos, consiguientemente, ante un cauce reparador, no preventivo.

La casi totalidad de los conflictos son positivos. Es así porque lo difícil en la vida ordinaria del Estado autonómico español es que una comunidad autónoma rechace una competencia, lo que únicamente se explica

³² SSTC 25 y 32/1981, del 14 y 28 de julio.

³³ *Cfr.* STC 50/90, del 29 de marzo.

si considera que no se han facilitado recursos económicos suficientes para asumirla y ejercerla. Los pocos que ha habido han sido resueltos por Tribunal en el sentido de que no había lugar a ellos, es decir, que el promotor del conflicto sí tenía la competencia rechazada.³⁴

De otro lado, el Tribunal niega su competencia para conocer de los conflictos que se susciten entre los órganos centrales del Estado y cualesquiera otras entidades locales, incluidos los denominados Territorios Históricos del País Vasco;³⁵ la jurisdicción competente, en estos casos, es la ordinaria.

El índice de conflictividad competencial en España es muy elevado, más que en Alemania y en Italia, salvo en las legislaturas V y VI (1993-1996 y 1996-2000, respectivamente) en las cuales hubo acuerdos de colaboración entre los gobiernos centrales (del Partido Socialista Obrero Español y Partido Popular) y las fuerzas políticas nacionalistas (Partido Nacionalista Vasco y Convergencia y Unión, principalmente, aunque también con Coalición Canaria). Esto significa, entre otras cosas, que en las demás legislaturas se ha llevado ante el Tribunal Constitucional una buena dosis de la controversia política, endosándole problemas políticos que los partidos no pudieron, no supieron o no quisieron solucionar en la sede propia, la parlamentaria, o antes aún, en el deseable diálogo en el seno del pluralismo político español. Esto mismo ha ocurrido en otros ámbitos que escapan al objeto del presente trabajo.

Por lo que se refiere a los conflictos entre órganos constitucionales del Estado, los órganos legitimados para promoverlos, según la relación que hace la LOTC, son el Congreso de los Diputados, el Senado, el gobierno y el Consejo General del Poder Judicial. Se percibe que el tercer poder del Estado queda tratado de forma desigual, puesto que su Consejo General no es Poder Judicial, sino el órgano de gobierno de éste, sin que tenga carácter representativo de los jueces y magistrados. Por eso dice el Tribunal Constitucional que este Consejo sólo puede promover conflictos referentes a sus propias competencias, no a las de los jueces y tribunales.³⁶ Todavía, el Poder Judicial puede dirimir sus diferencias con la administración, según regula su ley orgánica, creándose al efecto una comisión mixta de magistrados y consejeros de Estado. Pero queda inerte

³⁴ SSTC 156/1990, del 18 de octubre, 37/1992, del 23 de marzo, y 20/1993, del 20 de octubre.

³⁵ STC 11/1984, del 2 de febrero.

³⁶ STC 45/1986, de 17 de abril.

ante una injerencia, nada imaginable, verbigracia, de las comisiones de investigación de las cámaras legislativas. He aquí una clara laguna de nuestro ordenamiento jurídico.

De otro lado, como observa García Roca, tampoco se menciona a las cortes generales como órgano conjunto con competencias propias, que las tiene. Es otra laguna, que debería colmarse en el aún pendiente reglamento de las cortes generales. Mientras no sea así, resulta discutible, como dice P. Tenorio, que la ley pueda ser objeto de un conflicto planteado por algún órgano, como el Consejo General del Poder Judicial, que no está legitimado en el proceso de inconstitucionalidad. A mi parecer, aunque se produjera el citado cambio “legislativo”, parece difícil que surja un conflicto de este tipo porque, una vez que el legislador nacional legisla respetando el bloque competencial de las comunidades autónomas, no es imaginable que vulnere las de órganos constitucionales centrales, sino sencillamente que las innova, salvo impedimento constitucional, en cuyo caso no hay más “conflicto” posible que el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad. Creo que sería contrario a nuestra norma suprema arbitrar por esta vía un control subrepticio de constitucionalidad de la ley.

Siempre será preferible, por más ortodoxo, tanto en el caso del órgano aludido como el de los demás mencionados por la LOTC, plantear el conflicto contra uno de los actos de una de las cámaras en el curso del procedimiento legislativo. Piénsese, por vía de ejemplo, en la aprobación de una ley sobre una materia en la que está vigente y pendiente de ejecución por el gobierno una delegación legislativa; lo normal sería que el gobierno planteara el conflicto constitucional al Congreso de los Diputados en el momento de admisión de la proposición de ley. El supuesto, por lo demás, es harto improbable por la mayoría de que goza el gobierno en el Congreso y porque, de haber una mayoría hostil al gobierno en este asunto suficiente para aprobar tal ley, también lo sería para revocar la delegación legislativa sin conflicto alguno. En fin, un conflicto, con ocasión de una ley ya promulgada, promovido por el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial carece de sentido.

Añádase que, aunque la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, de 1982, incluye a dicho órgano como legitimado para promover estos conflictos, es difícil concebir que los tenga con las cámaras, porque este Tribunal es un órgano delegado de las cortes, aunque sí podría tenerlos con los demás órganos de los que estamos tratando. El Tribunal Constitucio-

nal, haciendo una interpretación literal-restrictiva, y quizá razonable, intentó zanjar la cuestión en el sentido de que los únicos órganos legitimados son los cuatro mencionados en su propia Ley Orgánica,³⁷ con lo que corrigió, sin descalificarla como inconstitucional, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, como acaso debería haber hecho. Así las cosas, la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, de 1988, establece que éste, en la hipótesis de un eventual conflicto con esos otros órganos, proponga a las Cortes su planteamiento (por una de las cámaras, porque las cortes generales, como tales, no pueden hacerlo). Ahora bien, esto tampoco parece posible porque la LOTC prescribe que los órganos legitimados planteen los conflictos únicamente sobre competencias propias. En definitiva, estamos ante una cuestión indudablemente mal resuelta.

P. Tenorio se plantea el problema de si conviene, o no, aceptar como activamente legitimados, de un lado, a órganos judiciales, especialmente al Tribunal Supremo, y, de otro, no sólo a los plenos de los órganos que ya lo son, sino a partes y a órganos internos de ellos, como, por ejemplo, las comisiones parlamentarias, los grupos parlamentarios, o un contingente de diputados o de senadores, incluso a los partidos políticos y a las comisiones promotoras de referendos, lo que, como anota el autor citado, permitiría la protección de las minorías parlamentarias y de la oposición en sentido amplio. He aquí una cuestión a considerar.

Por último, es una clara laguna que no se regulen los conflictos negativos, tan posibles como los positivos en este ámbito; piénsese, *verbigracia*, en la negativa del Ministro de Justicia a refrendar un nombramiento propuesto por el Consejo General del Poder Judicial. Hasta ahora, no ha llegado al Tribunal ningún conflicto negativo entre órganos constitucionales y, como antes dijimos, sobre los conflictos negativos de competencias, no parece que vayan a promoverse muchos en el futuro.

Con la aceptación de algunas de las ideas vertidas en este epígrafe, no serían tan escasos como hasta ahora los conflictos entre órganos constitucionales, pues solamente se han promovido cuatro, los tres primeros resueltos en una sola sentencia³⁸ con resultado desestimatorio, y el último, de signo contrario.³⁹

³⁷ Misma sentencia.

³⁸ STC 45/1986, citada.

³⁹ STC 234/2000, del 3 de octubre.

XII. RECURSO DE AMPARO: ¿UN PROBLEMA INSOLUBLE?

El Tribunal Constitucional está a punto de morir de éxito. Es tal la esperanza que despertó en su día en la ciudadanía, paralela a la desconfianza en la jurisdicción ordinaria, que el número de recursos de amparo no ha dejado de aumentar año tras año llegando a colapsar su trabajo. Hay recursos de amparo que se resuelven a los tres o cuatro años y hay recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que tardan hasta ocho años en obtener una respuesta del Tribunal.

La búsqueda de una solución a este problema es la que ha motivado mayormente la reforma de su ley orgánica, aunque, de paso, se han introducido algunos otros cambios que quieren contribuir igualmente a agilizar el trabajo del Tribunal, como es la habilitación a las salas para el conocimiento y resolución de los recursos de inconstitucionalidad, cuando así se lo atribuya o defiera el Pleno, el cual les ha de señalar la doctrina constitucional aplicable, y de las cuestiones de inconstitucionalidad, salvo de aquellas que el Pleno reserve para sí (artículo 10.1.b y c).

Centrándonos, pues, en el objeto de este epígrafe, se ha pretendido no tanto minorar el número de recursos de amparo que llegan al Tribunal cuanto agilizar su tramitación y resolución. Para ello, la reforma ha incidido en dos ámbitos: *a)* la incorporación a la jurisdicción ordinaria del incidente de nulidad de actuaciones judiciales por eventual violación en éstas de alguno de los derechos protegidos por el recurso de amparo; *b)* la desconcentración del trabajo estrictamente jurisdiccional (la tramitación y resolución del recurso) en las secciones del Tribunal.

1. *Incidente de nulidad*

La disposición final primera de la ley de reforma modifica el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para abrir una nueva vía, aunque la califica de excepcional, en la tutela judicial de los derechos. Esta modificación permite a quienes hayan sido parte en las actuaciones judiciales, o hubieran debido serlo, promover un incidente pidiendo que se declare la nulidad de dichas actuaciones fundándose en la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución (esto es, los susceptibles de recurso de amparo), siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso y que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordi-

nario. Dicho en otros términos, estos casos tienen todavía una posible reconsideración judicial, con lo que, de obtener satisfacción con ella, no llegarán al Tribunal Constitucional en forma de recursos de amparo.

A mi juicio, empero, no parece que esta medida vaya a significar una merma considerable de recursos ante el Tribunal Constitucional porque nada impide al justiciable, una vez resuelto en su contra el mencionado incidente, como es lo más probable, recurrir ante él. Pero más adelante volveré sobre otra plausible funcionalidad de la misma.

2. Cambio en la regulación del recurso de amparo

Seguramente la nueva regulación del propio recurso de amparo también contribuirá a paliar las dificultades del Tribunal. La modificación legal afecta al trámite de admisión y al órgano de resolución, a lo que hay que añadir una decisión interna del Tribunal referente a la fórmula de inadmisión.

A. Trámite de admisión

Se ha cambiado el criterio con el que antes se enfocaba este trámite: de ser la admisibilidad del recurso la perspectiva en la que se instalaba la anterior redacción de la Ley, habiéndose de justificar su inadmisión, se pasa ahora a la diametralmente opuesta, es decir, a considerar que hay que justificar la admisión, la cual únicamente procederá en aquellos recursos muy ajustados a la nueva normativa, añadiéndose a los requisitos que había establecidos el de que el escrito de demanda justifique la especial trascendencia constitucional del recurso (artículo 49).

De otra parte, sea cual fuere el requisito incumplido, las secretarías de Justicia (órgano interno y no jurisdiccional del Tribunal) darán un plazo de subsanación, transcurrido el cual sin que ésta haya tenido lugar, se inadmite el recurso (artículo 49). Ello no altera la actuación de las secretarías de Justicia, que habrán de seguir haciendo un control meramente formal del cumplimiento de todos los requisitos, incluido el antes mencionado, respecto de cual se limitarán a comprobar, sin entrar en el fondo, que el escrito de demanda lo aborda y argumenta.

Pero, pasado el filtro formal de la Secretaría de Justicia, la sección del Tribunal a la que corresponda decidir sobre la admisión del recurso sí ha-

brá de pronunciarse sobre este importante punto. Pues, efectivamente, el artículo 50.1 de la Ley Orgánica reformada reitera la necesidad de que el contenido del recurso justifique una decisión del Tribunal sobre el fondo por su trascendencia constitucional, extremo éste que requiere atender a su importancia para la interpretación, aplicación o eficacia de la Constitución, así como para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Como puede apreciarse, mucho tendrán que afinar los abogados para persuadir a las secciones del Tribunal de la trascendencia de los recursos que interponen. Tanto más cuanto se requiere la unanimidad de la sección para decidir la admisión, bastando la mayoría adversa para inadmitirlo; y si la mayoría fuere favorable, deberá decidir la sala (artículo 50.2).

Pero si la inicial idea rectora de esta reforma restrictiva era la de que el Tribunal deje de ser una máquina de inadmisión de recursos de amparo, tal objetivo no se alcanzará con la única ayuda de las medidas comentadas, puesto que, con una regulación o con otra, el Tribunal (la sección) tendría que hacer un estudio de los recursos y decidir sobre su admisión. Pues bien, es aquí donde cobra importancia el incidente de nulidad de actuaciones judiciales antes referido. Esta pieza procesal, si bien no impedirá apenas que lleguen recursos al Tribunal, sí facilitará el trabajo de éste, puesto que la demanda de amparo deberá incorporar la decisión judicial impugnada y ésta necesariamente ha de versar, como hemos adelantado, sobre la eventual vulneración de un derecho fundamental en la actuación judicial, como si de un recurso de amparo judicial se tratara; con lo que los recursos llegarán al Tribunal con un solvente estudio previo, aunque no condicionante.

B. Resolución del recurso

En fin, la reforma cierra su círculo disponiendo (artículo 52.2) que los recursos de amparo podrán ser resueltos por las secciones cuando así lo decidan las salas si les es aplicable doctrina ya consolidada, como es habitual.

C. Decisión interna del Tribunal sobre la fórmula de inadmisión

Pero, como, pese a todo, las medidas legalmente arbitradas no parece que den fin a los problemas de funcionamiento del Tribunal, éste ha

adoptado la decisión interna de modificar también su forma de actuación en los amparos, cambio que con toda seguridad será más eficaz para el logro del objetivo buscado que todos los anteriores. Se trata de que las providencias de inadmisión no necesitarán incorporar una argumentación detallada, con citas de jurisprudencia relativas a todos y cada uno de los motivos de inadmisión, sino que será suficiente la mención de tales motivos. Es decir: de aquí en adelante, dichas providencias “serán motivadas, pero no argumentadas”. Bastará con que expresen los requisitos formales incumplidos en la demanda, o, de cumplirlos, que el recurso no tiene contenido constitucional, o, finalmente, si lo tiene, que éste contenido no es de trascendencia suficiente como para que el Tribunal se pronuncie sobre él.

Como se ve, a la postre, es esta reforma de funcionamiento interno la que puede conseguir que el Tribunal haga justicia rápida (o, al menos, no tan lenta), para evitar que, como sucede en muchas ocasiones, sus estimaciones de amparo carezcan de eficacia para el justiciable, porque la vulneración del derecho haya devenido irremediable con el paso del tiempo. Pero de inmediato surge la pregunta de si no habría sido posible adoptar esta simple decisión interna en algún momento de los veintisiete años transcurridos desde que el Tribunal inició sus trabajos o cuando, ya desde muy temprano, comenzó a evidenciarse su colapso con el método de trabajo anterior.

XIII. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROYECTOS Y PROPOSICIONES DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y DE REFORMA ESTATUTARIA: UNA CUESTIÓN DE *LEGE FERENDA*

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su primera redacción de 1979 introdujo un recurso previo de inconstitucionalidad contra los estatutos de autonomía y otras leyes orgánicas. La utilización que hizo del mismo la oposición durante los tres primeros años de la segunda legislatura fue torticera, formalizando con él maniobras obstruccionistas para mantener la controversia política durante el dilatado tiempo que el Tribunal tardaba en resolver y, sobre todo, para retrasar por ese mismo tiempo la entrada en vigor de las leyes orgánicas recurridas. El resultado de la experiencia fue tan negativo que una reforma de la referida Ley Orgánica, en 1985, lo suprimió, con general aunque no unánime aplauso de la doctrina.

Quedó únicamente el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, como ya hemos comentado.

En cuanto a la impugnabilidad de las reformas constitucionales, debemos en primer lugar separar dos vertientes del problema no siempre bien diferenciados por la doctrina. Una primera es el de si tales textos normativos son susceptibles de control constitucional. Si se responde afirmativamente y dependiendo del fundamento jurídico con que se haya hecho, la segunda consiste en determinar el momento o momentos en que puede hacerse.

Un sector de la doctrina se muestra proclive a admitir la impugnabilidad de dichas reformas por catalogarlas como leyes de reforma. Mi parecer siempre fue algo menos simple: no son leyes de reforma, no son impugnables actualmente por falta de procedimiento para ello y debe arbitrarse su control mediante el cambio normativo pertinente. Lo expongo sintéticamente:

a) Antes de ser aprobada una reforma constitucional, el texto es un “proyecto o proposición de reforma constitucional”. Ésa es, además, la denominación que se le ha dado en la única ocasión habida hasta la fecha, en 1992. Y, una vez aprobada, es Constitución.

b) Mientras es mero proyecto o proposición, no es impugnable por inconstitucional porque no hay un procedimiento de control previo para tales textos.

c) Como, cuando la reforma es aprobada y promulgada, queda incorporada a la Constitución, la integra, el Tribunal no puede pronunciarse sobre el nuevo texto, sino sólo acatarlo.

d) Ahora bien, resulta obvia la posibilidad de una vulneración formal de la Constitución en el curso de su modificación. Un ejemplo diáfano nos lo brinda una eventual tramitación por el procedimiento reformador del artículo 167 de una modificación total de nuestra norma suprema o de otra que afecte a los pasajes especialmente protegidos mediante su reserva al procedimiento de reforma, mucho más exigente en sus requisitos, del artículo 168, ambos de la propia Constitución.

Este ejemplo no es caprichoso ni meramente académico, como se ha evidenciado en la sorprendente polémica surgida en nuestro país con ocasión del anuncio gubernamental, en 2004, de su intención reformadora si alcanzara el consenso necesario y conveniente, la cual incidiría, entre otros puntos, en el sistema sucesorio en la Jefatura del Estado (artículo

57.1 de la Constitución). Sesudos juristas han sostenido con toda seriedad, unos, que, como la incorporación del procedimiento agravado de reforma (artículo 168) fue un error político del constituyente, lo mejor es olvidarnos de él; otros, que no debe utilizarse tal procedimiento por ser arriesgado someter a referendo nacional cualquier asunto relativo de la monarquía, no sea que ésta salga malparada; y otros, finalmente, que la reforma podría sustanciarse mediante una declaración solemne de las cortes generales reunidas en sesión conjunta de ambas cámaras.

No creo que sea necesario comentar la vaciedad jurídica de tales pretensiones, que proponen corregir un error político supuesto con otro cierto, o que aconsejan evitar un eventual revés de la monarquía con un flagrante incumplimiento de la Constitución, que muy probablemente dejará heridas de muerte a ambas, a la Constitución y a la monarquía. Pero sí es oportuno tomar nota de todo lo narrado por si no fueran sólo ocurrencias de juristas ociosos.

e) Estamos, pues, ante una importante laguna constitucional y legal, que debería remediarse cuanto antes mediante el establecimiento de un control previo de los proyectos y proposiciones de reforma constitucional, similar al que existe sobre los tratados internacionales. En este sentido, como las fuerzas políticas de nuestro país son, por lo general, tan reacias a introducir cambios en la norma suprema, parece más viable colmar la referida laguna mediante la adición en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de esta nueva competencia, consistente en el control de la regularidad formal de los proyectos y proposiciones de reforma constitucional cuando el texto esté ultimado en las cortes y antes de su promulgación. El legislador está facultado para ello por el artículo 161.1.d del texto fundamental.⁴⁰

Recientemente y movida por la excepcional importancia política que está teniendo la iniciada y aún inacabada reforma de los estatutos de autonomía, la doctrina se está inclinando a favor de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad de las mismas. P. Cruz Villalón⁴¹ y J. Ta-

⁴⁰ Es lo que vengo postulando desde 1988, cuando publiqué la segunda edición de *Principios de derecho constitucional*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1988, vol II, pp. 450-453; 3a. ed., 1992, vol. I, pp. 200-204; 4a. ed., 1998, pp. 139-141; 5a. ed., 2004, vol. I, pp. 148-151 y 157-158.

⁴¹ Cruz Villalón, P. "El control previo, a los veinte años de su supresión", *Fundamentos*, Oviedo, núm. 4, 2006.

jadura⁴² así lo han hecho, pero la nómina es más amplia y más lo será en los próximos meses. El planteamiento no es del todo simétrico respecto del control previo de las reformas constitucionales, pero mi parecer, conjugados todos los factores, políticos y jurídicos, es igualmente favorable a la referida ampliación de las competencias del Tribunal Constitucional.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, J. y SAAVEDRA GALLO, P., *Justicia constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1980.
- ALONSO GARCÍA, R., “Constitución Española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 73, 2005.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991-1992.
- , “Tribunal Constitucional, Poder Legislativo y Poder Constituyente”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núms. 27 y 28, 1988.
- CRUZ VILLALÓN, P., “El control previo a los veinte años de su supresión”, *Fundamentos*, Oviedo, 2006.
- , “El tratado según la Constitución”, ponencia presentada en el III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Barcelona, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A., *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, Madrid, 1992.
- GARCÍA PELAYO, M., “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981.
- GARCÍA ROCA, J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1987.
- LÓPEZ GUERRA, L. (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, 2002.
- MATIA PORTILLA, F. J., “Dos Constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (comentario a

⁴² Tajadura Tejada, J., “Reformas estatutarias y control previo de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 132, 2006.

- la DTC 1/2004, del 13 de diciembre)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 75, 2005.
- NAVAS CASTILLO, A., *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*, Madrid, Colex, 2000.
- OLIVER ARAUJO, J., *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, 1986.
- PÉREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985.
- , “Reforma del título IX de la Constitución? El Tribunal Constitucional. Organización y funcionamiento, *Revista de Derecho Político*, núm. 37, monográfico sobre “La reforma constitucional”, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1992.
- REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior del Estado*, Madrid, Tecnos, 1984.
- , *Derecho internacional público*, vol. II: *Derecho de los tratados*, Madrid, 1987.
- Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 16, monográfico sobre “La Justicia Constitucional”, 1983.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, A., “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución Española? Comentario a la DTC 1/2004, del 13 de diciembre”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, 2005.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “No existe contradicción entre la Constitución Española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, 2005.
- ROUSSEAU, D., “La justicia constitucional en Europa”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 141, 2002.
- RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, 1993.
- y ARAGÓN, M., “La jurisdicción constitucional”, en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980.
- y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998.
- SAAVEDRA GALLO, P., *La duda de inconstitucionalidad*, Córdoba, El Almendro, 1986.
- TAJADURA TEJADA, J., “Reformas estatutarias y control previo de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 135, 2006.

- TENORIO SÁNCHEZ, P. J., “El Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 37.
- , “La garantía de la función de control”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 30, 1989.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de derecho constitucional español*, 5a. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2004.
- , “Veintitrés años de Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núms. 57 y 58, monográfico sobre “Balance de la Constitución española en su XXV aniversario”, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2003.
- , “Relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo. Principios que las rigen”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 65, 2006.
- VIDAL PRADO, C., *El impacto del derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Madrid, Colex, 2004.
- , “La compatibilidad del Tratado Constitucional Europeo con la Constitución Española”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 55, 2006.
- VARIOS AUTORES, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1997.