

CAPITULO CUARTO

La justicia constitucional en España y Portugal.

I.	<i>El Tribunal de Garantías Constitucionales en la Carta republicana española de 1931</i>	87
II.	<i>El recurso de amparo de las garantías constitucionales</i>	90
III.	<i>El recurso de inconstitucionalidad</i>	96
IV.	<i>El recurso de contrafuero</i>	98
V.	<i>El Tribunal Constitucional español de la Ley Suprema de 1978</i>	100
VI.	<i>El restablecimiento del recurso de amparo</i>	101
VII.	<i>El recurso de inconstitucionalidad</i>	106
VIII.	<i>La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional expedida en 1979</i>	107
IX.	<i>La función de control constitucional del Consejo de la Revolución portuguesa</i>	110
X.	<i>La Comisión Constitucional en la Carta Portuguesa de 1976</i>	112

CAPITULO CUARTO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA Y PORTUGAL

SUMARIO: I. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la Carta Republicana española de 1931.* II. *El recurso de amparo de las garantías constitucionales.* III. *El recurso de inconstitucionalidad.* IV. *El recurso de contrafuero.* V. *El Tribunal Constitucional español de la Ley Suprema de 1978.* VI. *El restablecimiento del recurso de amparo.* VII. *El recurso de inconstitucionalidad.* VIII. *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional expedida en 1979.* IX. *La función de control constitucional del Consejo de la Revolución portuguesa.* X. *La Comisión Constitucional en la Carta Portuguesa de 1976.*

I. El Tribunal de Garantías Constitucionales en la Carta Republicana española de 1931.

177. En la Constitución republicana española de 9 de diciembre de 1931, debido a la influencia que alcanzaron en la primera posguerra tanto la revisión judicial angloamericana como el sistema de justicia constitucional introducido por la Constitución austriaca de 1920, mencionada con anterioridad, se estableció un sistema mixto a través de dos instrumentos esenciales, es decir, el *recurso de amparo* y el *recurso de inconstitucionalidad de las leyes*.

178. El conocimiento de primera o de última instancia de estos medios de tutela de los derechos fundamentales y en general de las disposiciones constitucionales, se atribuyó al llamado *Tribunal de Garantías Constitucionales*, cuya organización y funcionamiento como cuerpo especializado para resolver controversias constitucionales, se inspiran en forma indudable y predominante en las ideas del ilustre fundador de la escuela de Viena y de la teoría pura del derecho, pues

su influencia se ha reconocido de manera específica.¹⁵³

179. Pero por otra parte, la competencia de dicho Tribunal de Garantías Constitucionales para resolver sobre el recurso de amparo y los efectos particulares del recurso de inconstitucionalidad, en el supuesto de incompatibilidad de las disposiciones legislativas impugnadas con los textos o principios de la Carta Suprema, nos indica una influencia, así sea menor, del sistema de justicia constitucional que se ha calificado como “americano”.¹⁵⁴

180. En el artículo 121 de la mencionada Carta Fundamental republicana de 1931, se establecieron las bases del citado Tribunal de Garantías Constitucionales, como un organismo de carácter autónomo y especializado, separado de los tribunales que conformaban el poder judicial ordinario, en cuya cabeza se encontraba la Corte de Casación.

181. Según el artículo 122 constitucional, el citado tribunal de justicia constitucional se integraba con un Presidente designado por las Cortes, fuera o no diputado; el Presidente del Cuerpo Consultivo de la República; el Presidente del Tribunal de Cuentas; un representante por cada una de las Regiones españolas; dos miembros nombrados electivamente por todos los Colegios de Abogados de la República y por cuatro profesores de la Facultad de Derecho, elegidos entre todas las de España.¹⁵⁵

182. El propio Tribunal de Garantías Constitucionales poseía numerosas atribuciones, las que pueden clasificarse en cuatro sectores diversos, de acuerdo con el clásico estudio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.¹⁵⁶

¹⁵³Cfr., la cuidadosa reseña elaborada por el tratadista español Cascajo Castro, José Luis, sobre el coloquio organizado por el Instituto Español de Estudios Jurídicos, en la ciudad de Roma el 30 de marzo de 1937, precisamente sobre el tema “Kelsen y la Constitución Española de 1931”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero- febrero de 1978, pp. 243-255.

¹⁵⁴Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, en el volumen *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 503-505; Pérez Serrano, Nicolás, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931): Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, 1932, pp. 324 y ss.

¹⁵⁵Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. ult. cit.*, pp. 532-533.

¹⁵⁶*Op. ult. cit.*, pp. 504-513.

183. Como tribunal *constitucional* para conocer de los recursos contra la inconstitucionalidad de las leyes y de amparo de garantías constitucionales.

184. Desde este aspecto también puede mencionarse la atribución establecida por el artículo 100 de la Ley Fundamental, que facultaba al citado tribunal para resolver las consultas que dirigieran los tribunales de justicia sobre la constitucionalidad de las disposiciones aplicables en los procesos sometidos al conocimiento de los tribunales ordinarios.¹⁵⁷

185. Como tribunal de *conflictos*, ya que decidía sobre los de competencia legislativa y los que surgieran entre el Estado y las regiones autónomas y de los de éstas entre sí.

186. Como un tribunal de *jurisdicción electoral* para el examen y comprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes elegían al Presidente de la República.

187. Como tribunal para *perseguir altas responsabilidades*, es decir, la criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo, de los Ministros y del Presidente y de los Magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República.

188. Nos interesan particularmente en relación con el tema que venimos desarrollando sobre la protección de los derechos humanos, las facultades del tribunal español como órgano supremo de justicia constitucional, en lo que se refiere al conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad y de amparo.

189. Los preceptos relativos de la Constitución -es decir los artículos 105 y 121-124- fueron reglamentados por la llamada Ley del Tribunal de Garantías, expedida por las Cortes Constituyentes el 30 de junio de 1933, con reformas de 10 de julio y 9 de septiembre del mismo año.¹⁵⁸

¹⁵⁷Cfr. Roces, Wenceslao y Legaz, Luis, *Notas de legislación española y traducción del libro de Fischbach, Oskar George, Decreto político y constitucional comparado*, 2a. ed., Madrid, 1934, pp. 180-181.

¹⁵⁸Cfr. Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pp. 367-382.

II. El recurso de amparo de las garantías constitucionales

190. Se ocupa del calificado como “*recurso de amparo*” de garantías constitucionales, el título IV, de la citada Ley orgánica (artículos 44-53), cuyo artículo 44 regula la procedencia del recurso por violación de los derechos individuales establecidos en la Constitución y que se enumeran específicamente.¹⁵⁹

191. Aun cuando pudiera parecer a primera vista que la institución española del amparo entronca con los procesos forales de Aragón; sin embargo, la doctrina española manifiesta, por el autorizado conducto de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo que: “se inspira hasta en el nombre en el régimen constitucional mexicano, a través del cual recogemos nuestra tradición jurídica”.¹⁶⁰

192. Resulta evidente que esta influencia mexicana se canalizó a través de las enseñanzas del jurista mexicano Rodolfo Reyes, el cual residió muchos años en España como desterrado político, divulgando nuestra institución en numerosos artículos y libros a la que por otra parte ya había despertado el interés de los publicistas hispanos.¹⁶¹

193. Nos confirma esta idea Javier Malagón Barceló, otro destacado tratadista español de acuerdo con el cual:

España ha sido influida por ciertas instituciones de las naciones hispánicas del Nuevo Mundo, y así tenemos que la Constitu-

¹⁵⁹Estos derechos fundamentales mencionados por el citado artículo 44, son los siguientes: libertad de conciencia (artículo 27 constitucional); irretroactividad de las leyes (artículo 28); requisitos para la detención de las personas (artículo 29); prohibición de la extradición de delincuentes político-sociales (artículo 30); libertad de residencia (artículo 31); inviolabilidad de la correspondencia (artículo 32); libertad de pensamiento y de imprenta (artículo 34); derecho de reunión y de manifestación (artículo 38); y derecho de asociación (artículo 39).

¹⁶⁰“Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, *cit.*, *supra* nota 154, p. 525.

¹⁶¹Puede observarse el reconocimiento de esta influencia de Rodolfo Reyes tanto en las Cartas Prólogo de Osorio, Angel y Pradera, Víctor, como en las alusiones a los trabajos del tratadista mexicano en el seno de las Cortes Constituyentes en relación con la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías, consignados en el propio libro de Reyes, *La defensa constitucional*, *cit.*, *supra* nota 158, pp. 7-16.

ción de 1931 recoge el *recurso de amparo* (que a su vez había sido tomado a la legislación aragonesa) que aparece en la Constitución mexicana de 1917. . .¹⁶²

194. Se cita como antecedente inmediato de este recurso de amparo en la Constitución de 1931, al proyecto que se presentó en el año de 1928 durante la dictadura del General Primo de Rivera, y en el cual se pretendía el establecimiento de tribunales de *amparo ciudadano*.¹⁶³

195. Con motivo de este proyecto de 1928 se redactaron varios estudios sobre la posible introducción de esta institución tutelar en España, entre los cuales merece destacarse el redactado por Eduardo Gómez de Vaquero,¹⁶⁴ el que se refiere a las enseñanzas y escritos de Rodolfo Reyes y reconoce en forma expresa que esos tribunales de amparo ciudadano estaban claramente inspirados en el derecho mexicano, afirmando que: “La legislación mexicana es la que ha desarrollado de una manera orgánica y completa este procedimiento de garantía de los derechos individuales y de armonía entre las facultades del Poder Federal y de los Estados. . .”¹⁶⁵

196. Por cierto que resulta conveniente anotar que si bien la institución española recibió el nombre de “recurso de amparo” en el texto definitivo de los artículos 105 y 121 letra b) de la Ley Fundamental de 1931; en el anteproyecto redactado por la Comisión Jurídica Asesora, que sirvió de base para las discusiones parlamentarias en el seno del Constituyente español, se proponía en su artículo 100 la creación de una alta jurisdicción constitucional, que entre otras funciones tenía la del conocimiento del *juicio de amparo*, cuando hubiera resulta-

¹⁶²“Influencia del derecho español en Latinoamérica”, en *Anuario de estudios americanos*, Sevilla, 1966, p. 1818.

¹⁶³Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Significado y funciones”, cit., *supra* nota 154 p. 525, nota 58; Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, cit., *supra*, nota 158, p. 49.

¹⁶⁴“El amparo del derecho: ¿jurisdicción o recurso?”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, agosto de 1928, pp. 114-121.

¹⁶⁵Gómez de Vaquero, Eduardo, *op. ult. cit.*, p. 114-115.

do ineficaz la gestión ante otras autoridades,¹⁶⁶ lo que nos convence sin género de dudas sobre la influencia de nuestro juicio de amparo en el Constituyente español de 1931.

197. De acuerdo con el artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, para la procedencia del recurso de amparo se requería:

198. Que existiera acto concreto de autoridades gubernativa, judicial o de cualquier otro orden que, *con respecto a un individuo determinado* hubiese infringido alguno de los derechos fundamentales protegidos por este medio de impugnación.

199. Que no hubiese sido admitida o no hubiese sido resuelta la petición de amparo dentro del plazo legal por el *Tribunal de Urgencia* previsto por el artículo 105 de la Constitución, o que dicho tribunal hubiese dictado resolución denegatoria.

200. De manera que el Tribunal de Garantías venía a ser un tribunal de última instancia para los asuntos de amparo, los cuales se encomendaban en primer grado a los llamados Tribunales de Urgencia previstos por el artículo 105 de la Ley Suprema, que establecía: “La ley organizará Tribunales de Urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales”.¹⁶⁷

201. No obstante, como estos tribunales de urgencia no llegaron a establecerse ni a expedirse la ley orgánica respectiva, la tramitación se hizo de acuerdo con lo previsto por la disposición transitoria segunda de la citada Ley Orgánica del Tribunal de Garantías, de acuerdo con la cual:

Mientras no estén constituidos los Tribunales de Urgencia a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, no podrá interponerse el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías sin el requisito previo de que haya resultado ineficaz la reclamación ante la autoridad competente. Se entenderá por autoridad competente, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el

¹⁶⁶Cfr. Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, cit., supra nota 158, p. 52.

¹⁶⁷Cfr. Pérez Serrano, Nicolás, *La Constitución española*, cit., supra nota 154, pp. 304-305.

superior jerárquico inmediato del agente o autoridad que haya causado el agravio. La reclamación se formulará en el plazo de cinco días, y el superior jerárquico deberá resolver dentro de los cinco días siguientes, transcurridos los cuales sin resolución, se considerará denegada.

202. En los términos del artículo 47 de la Ley Orgánica referida, el recurso de amparo podía ser interpuesto por la persona que se considerara *agraviada*, utilizándose una terminología similar a la de la Ley de Amparo mexicana, pero también podía presentarse por *cualquier ciudadano o persona jurídica*, lo que significa la introducción de una verdadera acción popular, pero exigiéndose al recurrente que no fuese el agraviado una caución establecida por la Sala del Tribunal de Garantías, a la cual se encomendara el conocimiento del asunto.

203. La tramitación era breve y sumaria, con una vista que podía ser pública, pero debemos señalar como aspecto importante del procedimiento, que nos confirma la influencia mexicana, la posibilidad de tramitar un *incidente de suspensión*, regulado por el artículo 52 de la Ley mencionada y 82 del Reglamento interno expedido por el mismo Tribunal.¹⁶⁸ Este último precepto disponía:

El incidente de suspensión de la medida objeto del recurso se tramitará a petición del interesado en escrito fundado. La Sección reclamará de la autoridad inculpada los antecedentes que estime necesarios e informe de la misma sobre el extremo incidental, todo en el plazo de diez días y resolverá lo que estime procedente, tomando las medidas necesarias para que la persona del agraviado no se sustraiga a la acción de la justicia.

204. A este respecto afirmaba Rodolfo Reyes que la suspensión del acto reclamado estaba tomada a todas las luces de la legislación mexicana, pero que su reglamentación era defectuosa, ya que parecía referirse sólo a las afectaciones de la libertad personal, no obstante que en realidad se aplicaba a toda clase de actos de autoridad.¹⁶⁹

¹⁶⁸El texto de la parte relativa del citado Reglamento Interno puede consultarse en la obra de Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional, cit., supra* nota 158, pp. 387-396.

¹⁶⁹*Op. ult. cit.,* pp. 287 y ss.

205. La impugnación relativa debía interponerse ante una de las Secciones del Tribunal, que de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Orgánica, actuaban indistintamente como Salas de Justicia y de Amparo; y cuando intervenían con el último carácter, conocían exclusivamente de los recursos de ese nombre: “*para la defensa de las garantías individuales definidas por la Constitución*, cuando éstas hubiesen sido desconocidas, después de agotar las instancias jerárquicas a virtud de legal reclamación ante las autoridades competentes y ante los Tribunales de Urgencia” (artículo 26 de la propia ley Orgánica).

206. Debido a la agitación política que precedió a la guerra civil española, que concluyó con la supresión del sistema republicano, el amparo tuvo aplicación limitada durante la vigencia de la Carta Constitucional de 1931, y si bien se resolvieron algunas cuestiones importantes, no es sino hasta hace poco tiempo que se ha iniciado el examen de las resoluciones respectivas.¹⁷⁰

207. El amparo no desapareció totalmente del ordenamiento jurídico español posterior a la propia guerra civil, pero quedó limitado a su mínima expresión y desde luego no como un instrumento específico para la tutela de los derechos humanos, ya que se aplicaba exclusivamente dentro de la organización sindical establecida por el régimen franquista, para la impugnación de actos muy concretos de organismos sindicales.

208. En efecto, el citado medio de impugnación podía interponerse ante organismos, que no obstante su nombre de *Tribunales de Amparo de la Organización Sindical*, de acuerdo con los Decretos de 12 de febrero de 1944 y Orden de 12 de enero de 1948, carecían de un verdadero carácter jurisdiccional según la autorizada opinión del tratadista español Jesús González Pérez, en cuanto debían considerarse organismos sindicales, carentes de independencia judicial, y a lo más como órganos arbitrales dentro de la propia organización sindical, que dirimían los conflictos planteados por actos dictados por una de las

¹⁷⁰Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Significado y funciones”, *cit.*, *supra* nota 154, p. 526, nota 1; Ruiz Lapeña, Rosa María, “El recurso de amparo durante la segunda República española”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, enero-febrero de 1979, pp. 291-298.

autoridades de la misma a uno de los sujetos afectados, que normalmente pertenecía a la propia organización, procurándose la imparcialidad de los miembros que, en cada caso, formaban parte del Tribunal competente, a través de una regulación de la recusación, en los términos de los artículos 15 a 18 del Decreto de 12 de enero de 1958.¹⁷¹ 209. La competencia de estos tribunales de amparo, que se dividía territorialmente entre el Tribunal de Amparo Central y los Tribunales de Amparo provinciales, se determinaba de acuerdo con criterios similares a los que informaban la delimitación de competencias entre la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y las Audiencias Territoriales, pero desde el punto de vista material, debía calificarse como competencia “residual”, según la acertada calificación del mismo procesalista González Pérez, en el sentido de que sólo podía hacerse valer el recurso de amparo contra aquellos actos que no se podían combatir ante las autoridades judiciales ordinarias o por la vía contencioso-administrativa, en los términos de los ordenamientos mencionados de 1944 y 1948, y algunos otros de carácter complementario, como la Orden de 17 de abril de 1963, que reguló el recurso de revisión en materia de elecciones de carácter sindical.¹⁷²

210. En esa virtud, el amparo sindical quedó reducido a un recurso administrativo de carácter interno dentro de la organización sindical,¹⁷³ para tutelar ciertos derechos o prestaciones de carácter económico, cuando no existía un medio de impugnación específico ante la jurisdicción ordinaria¹⁷⁴ por lo que ni en su aspecto más favorable, si es que tuvo alguno, podría concebirse como un instrumento de protección procesal de los derechos humanos, que sí poseía, y de manera amplia, aun cuando no se hubiese aplicado en toda su extensión, en el ordenamiento constitucional republicano de 1931.

¹⁷¹ *Derecho procesal administrativo, cit., supra* nota 21, tomo III, p. 277.

¹⁷² *Cfr. González Pérez, Jesús, op. ult. cit., pp. 277-280.*

¹⁷³ *Cfr. entre otros, el exhaustivo estudio de González Pérez, Jesús, Los recursos administrativos, 2a. ed., Madrid, 1969, pp. 34 y ss.*

¹⁷⁴ Lo que se complicó con la expedición de la Ley Sindical de 1971, *cfr. Almagro Nosete, José, “Protección procesal de los derechos humanos en España”, en Revista de derecho procesal iberoamericana, Madrid, 1973, pp. 27-29.*

III. El recurso de inconstitucionalidad

211. El otro instrumento que, de acuerdo con el sistema de la Ley Fundamental de 1931, podía utilizarse para proteger los derechos humanos, en cuanto significaba la posibilidad de impugnar las disposiciones legales contrarias a la propia Ley Suprema, se calificaba, según se ha expresado, como *recurso de inconstitucionalidad*, y debía interponerse ante el Pleno del Tribunal de Garantías Constitucionales, según lo dispuesto por el artículo 22, fracción 1a., de su Ley Orgánica, y comprendía tanto la consulta de los tribunales para establecer si una ley aplicable a un caso determinado era contraria a la Constitución, o bien las instancias propiamente dichas, tanto por vía incidental -mal calificada como excepción- y la de acción, las que podían ser interpuestas por el Ministerio Público, los tribunales y los particulares interesados, de acuerdo con el artículo 27, inciso a) del mismo ordenamiento.

212. Cuando la cuestión de inconstitucionalidad se planteaba por los particulares afectados durante la tramitación de un proceso ordinario, debía consultarse a la Sala respectiva del Tribunal Supremo, la cual, en caso afirmativo, ordenaba la suspensión del procedimiento y enviaba los autos al Tribunal de Garantías para su decisión en cuanto a la materia de inconstitucionalidad; y en caso negativo, se reservaba a la parte interesada el derecho de hacer valer el "recurso", pero sin suspensión del procedimiento y previa la constitución de una fianza no inferior a cinco mil ni superior a veinticinco mil pesetas (artículo 31, 1, de la Ley Orgánica).

213. Cuando se trataba de una consulta sobre inconstitucionalidad por parte de un tribunal inferior, se requería el parecer de la Sala competente del Tribunal Supremo, que sólo al considerarla afirmativa, planteaba el problema ante el Tribunal de Garantías (artículo 32, 1); pero si la cuestión se manifestaba por el Ministerio Fiscal, la iniciativa correspondía en cualquier caso al Fiscal General de la República, quien podría delegar la interposición y la defensa del recurso en otro funcionario del cuerpo, en la inteligencia de que los agentes del Ministerio Público podían consultar al propio Fiscal General sobre las dudas de inconstitucionalidad (artículo 32, 2).

214. Lo peculiar del “recurso” radicaba en sus efectos, definidos por el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

1. Las sentencias que declaren que una ley no fue votada o promulgada en la *forma* prescrita por la Constitución o por el Estatuto regional respectivo, producirán la *total anulación de aquella*; pero no se afectarán las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia. 2. Las que resuelvan sobre la inconstitucionalidad *material, únicamente producirán efectos en el caso concreto* del recurso consulta.

215. Se trataba, pues, de un sistema intermedio entre el americano de los efectos concretos para el caso particular y del austriaco de la anulación general del ordenamiento impugnado.¹⁷⁵

216. Tampoco este recurso de inconstitucionalidad tuvo una aplicación amplia por la tormentosa vida política española en los años que precedieron a la enconada guerra civil, a cuyo término fue suprimida con la derogación de la Carta Fundamental de 1931 por el triunfo del régimen franquista.

217. No obstante el restringido periodo en que pudo funcionar normalmente el Tribunal de Garantías Constitucionales, dicho organismo pronunció varias sentencias importantes al resolver recursos de inconstitucionalidad, las que han sido analizadas con gran agudeza por el tratadista español Joaquín Tomás Villarroya.¹⁷⁶

¹⁷⁵Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Significado y funciones”, *cit.*, *supra* nota 154, pp. 156-163; Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, *cit.*, *supra* nota 158, pp. 602-604.

¹⁷⁶Cfr. Villarroya, Tomás Joaquín, “El recurso de inconstitucionalidad en el derecho español (1931-1936)”, *Separata de la Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, Barcelona, 1968, pp. 11-54.

IV. El recurso de contrafuero

218. Varios años después de la implantación de la dictadura franquista, se hizo un intento, muy primitivo, de implantar un sistema de justicia constitucional, que como es fácil de comprender careció de eficacia práctica.

219. En efecto, el título X de la Ley Orgánica del Estado, promulgada el 10 de enero de 1967, artículos 59 a 66, introdujo el llamado “recurso de contrafuero”, que no es otra cosa que un instrumento de control de la constitucionalidad de las leyes de disposiciones generales de Gobierno que vulneren: “los Principios del Movimiento Nacional o las demás leyes fundamentales del Reino”.

220. Estos preceptos fundamentales fueron reglamentados por la Ley número 8, de 5 de abril de 1968, sobre el recurso del contrafuero.¹⁷⁷

221. El citado recurso de contrafuero, según los ordenamientos mencionados, podía plantearse por el Consejo Nacional o la Comisión Permanente de las Cortes, el primero en todo caso y la segunda cuando se tratara de disposiciones de carácter general, aun cuando el artículo 4o. de la Ley reglamentaria autorizaba a los españoles, de acuerdo con las normas que regulaban el derecho de petición, para dirigirse a los organismos legitimados para interponer el recurso, exponiendo razonadamente que, a su juicio un acto o disposición incurrieran en contrafuero.

222. El recurso de contrafuero debía interponerse por escrito ante el Consejo del Reino, en el plazo de dos meses a partir de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la Ley o de la disposición general que lo motivara.

¹⁷⁷El texto de esta ley puede consultarse en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1968, pp. 339-348. Para todo lo relativo al citado recurso de contrafuero, pueden consultarse los trabajos de Sánchez Agesta, Luis, “El recurso de contrafuero y la protección del orden constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-marzo de 1972, pp. 5 y ss.; Sevilla Andrés, Diego, “La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica Española”, en la misma *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-marzo de 1967, pp. 294-302; Barragán Barragán, José, *El juicio de amparo mexicano y el recurso de contrafuero*, Valencia, España, 1976, pp. 95-103.

223. El presidente del Consejo del Reino debía dar cuenta inmediata al Jefe del Estado de la interposición del recurso de contrafuero y lo ponía en conocimiento de la Comisión Permanente de las Cortes o del presidente del Gobierno, según correspondiera, a los efectos de que si lo estimaban necesario, designaran un representante que defendiera ante el Consejo del Reino la legitimidad de la Ley o disposiciones de carácter recurrida, proponiendo, si existían fundados motivos, al propio Jefe del Estado, la suspensión, durante la tramitación de la ley o disposición de carácter general recurrida, o en su caso, del precepto o preceptos de ella que resultaran afectados por el recurso.

224. El Consejo del Reino debía solicitar dictamen acerca de la cuestión planteada a una comisión dictaminadora, que se calificaba de ponencia, y que debía estar presidida por un presidente de sala del Tribunal Supremo y un procurador en Cortes, designados por la comisión permanente de las instituciones respectivas y, en el caso del Tribunal Supremo, por su Sala de Gobierno, en la inteligencia de que el dictamen se elevaría al Consejo del Reino con expresión de los votos particulares, si los hubiere, y el citado Consejo del Reino, presidido en este supuesto por el presidente del Tribunal Supremo, debía proponer al Jefe del Estado la resolución que procediera (artículos 59 a 62 de la Ley Orgánica del Estado y 4o. a 18 de la Ley Reglamentaria del Recurso de contrafuero).

225. La resolución del Jefe del Estado debía adoptarse y firmarse en el plazo de sesenta días y refrendarse por el presidente del Consejo del Reino, estableciéndose expresamente los efectos de la nulidad acordada, y en caso contrario, se entendería que el acto o disposición anulada por contrafuero no había producido efecto jurídico alguno (artículos 63 de la Ley Orgánica y 20 de la Reglamentaria).

226. De la simple descripción anterior se desprenden claramente los defectos de este pretendido control de la constitucionalidad por lo que fue objeto de severas y justificadas críticas de la doctrina, la que consideró que el citado instrumento asumía una naturaleza política y se caracterizaba por su dispersión orgánica, ya que no obstante su regulación alambicada, en última instancia debía resolver el Jefe del Estado sobre el problema de inconstitucionalidad planteado, o sea el

mismo órgano que había intervenido en la expedición directa o indirecta de las disposiciones impugnadas.¹⁷⁸

V. El Tribunal Constitucional español de la Ley Suprema de 1978

227. La Constitución aprobada por las Cortes el 26 de octubre y ratificada por referéndum el 6 de diciembre de 1978, restableció en España el orden constitucional después de la prolongada dictadura del Generalísimo Francisco Franco, y en virtud de una rápida transformación política a raíz de la muerte del caudillo, estableció un sistema de justicia constitucional en cierto modo similar al de la Carta Republicana de 1931, pero perfeccionándolo en varios aspectos.¹⁷⁹

228. En efecto, en los artículos 159 a 165 de la nueva Ley Fundamental, se regula la organización, competencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional, que además del antecedente del anterior Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1931, es evidente que recibe la influencia del Tribunal Federal Constitucional de la República Federal de Alemania, así como de las Cortes Constitucionales austriaca e italiana, que hemos examinado anteriormente.

229. Este nuevo Tribunal, según el artículo 159 constitucional estará integrado de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Lo importante en cuanto a la integración es que se prescinde de los miembros no juristas que establecía la Carta de 1931 y por el contrario, de acuerdo con la actual, deben ser nombrados “entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional”.¹⁸⁰

¹⁷⁸Cfr. Almagro Novete, José, “Protección procesal de los derechos humanos”, *cit.*, *supra* nota 174, pp. 19-20.

¹⁷⁹Cfr. Villarroya, Joaquín Tomás, “El Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de Constitución”, en el volumen colectivo, *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, pp. 201-206.

¹⁸⁰*Op. ult. cit.*, pp. 202-206.

230. Sin mencionar otras atribuciones, nos debemos concentrar en aquellas más directamente relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, reconocidos ampliamente en la nueva Constitución democrática; y estos instrumentos son, como lo fueron en la Ley Fundamental republicana de 1931, por una parte el *recurso de amparo* y por el otro el *recurso de inconstitucionalidad* contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley.

VI. El restablecimiento del recurso de amparo

231. Son tres los preceptos de la nueva Ley Suprema que regulan el citado *recurso de amparo*, o sea, en primer término el artículo 53, inciso 2, situado en el capítulo cuarto del título I, que se refiere a las garantías de las libertades y derechos fundamentales; en segundo lugar, el artículo 161, inciso 1, letra b), y finalmente el 162, inciso 1, letra b); en la inteligencia de que los últimos están ubicados en el título IX, que se refiere al Tribunal Constitucional; disposiciones que conviene citar de manera literal, ya que es necesario examinar conjuntamente estos preceptos para tener una idea, así sea aproximada de los propósitos perseguidos por el Constituyente al regular la institución.

232, “Artículo 53, 2. Cualquier *ciudadano* podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo segundo,¹⁸¹ ante los *tribunales ordinarios*, por

¹⁸¹El Artículo 53, 2, de la Constitución española se refiere expresamente a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo segundo de la propia Constitución, el primero de los cuales se refiere a la igualdad de los españoles ante la ley, y la referida sección primera contiene una amplia declaración de derechos y libertades fundamentales que sería difícil enumerar, pero podemos citar como los principales: el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15); libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16); derecho a la libertad y seguridad (artículo 17); el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18); libertad de residencia y de circulación (artículo 19); derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (artículo 20); el derecho de reunión (artículo 21); el derecho de asociación (artículo 22); el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23); el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses

un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida por el artículo 30".¹⁸²

233. "Artículo 161, 1. *El Tribunal Constitucional* tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: . . . b) *Del recurso de amparo* por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta *Constitución*, en los casos y formas que la ley establezca".

234. "Artículo 162. Están legitimados: . . . b) para interponer el recurso de amparo, toda *persona natural o jurídica* que invoque un interés legítimo así como el *Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal*."¹⁸³

legítimos (artículo 24); el derecho a no ser sancionado o condenado por acciones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (artículo 25); prohibición de los tribunales de honor en el ámbito de la administración civil y de las organizaciones profesionales (artículo 26); derecho a la sindicalización libre (artículo 28); derecho de los españoles a petición individual y colectiva (artículo 29).

¹⁸²El inciso 2, del referido artículo 30 constitucional, dispone que: "La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la *objeción de conciencia* así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria".

¹⁸³De acuerdo con lo establecido por el artículo 54 de la Constitución española que hemos venido examinando: "Una ley orgánica regulará la institución del *Defensor del Pueblo* como *alto comisionado de las Cortes Generales*, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en ese Título (título I, de los derechos y deberes fundamentales), a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales". Este Defensor del Pueblo, así como el promotor de la Justicia en el ordenamiento constitucional portugués que se verá más adelante, se inspiran claramente en el *Ombudsman* escandinavo, que cada vez tiene mayor trascendencia, por lo que ha sido calificado sin exageración como "institución universal" por el tratadista francés Legrand, André. "Une institution universelle: l'Ombudsman" en *Revue internationale de Droit comparé*, París, octubre de 1973, pp. 851-861. La bibliografía sobre esta institución es inagotable, por lo que nos limitaremos a señalar los libros redactados en español o traducidos a nuestro idioma, como los de Rowat, Donald C. *El Ombudsman*, trad. de Suárez, Eduardo J., México, 1973; La Roche, Humberto J., "El Ombudsman en los países Nórdicos y el caso de Venezuela", Separata de la *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad del Zu-

235. Como no tenemos a la vista los debates del Constituyente y sólo contamos con el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados, de 12 de abril de 1978,¹⁸⁴ que tampoco nos aclara el sentido preciso de estos preceptos en el Anteproyecto presentado a las Cortes, debemos guiarnos en forma exclusiva por el texto escueto de las disposiciones transcritas, las que sólo podemos apreciar de manera superficial, comparándolas con las relativas de la Carta republicana de 1931, respecto de la cual se advierten algunas diferencias, en cierto modo sustanciales, aun cuando en ambos ordenamientos se comparte el mismo propósito de regular el amparo como instrumento tutelar de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente.

236. Encontramos, a primera vista, una disparidad en la regulación constitucional del amparo, entre la Carta de 1931 y la Ley Fundamental de 1978, ya que en la primera el recurso de amparo se regulaba en dos instancias, la primera ante los Tribunales de Urgencia, que no se establecieron, y por ello, en aplicación de la disposición segunda transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, este primer grado se tramitó ante el superior jerárquico de la autoridad que hubiese causado el agravio (ver *supra* párrafo 201).

237. En forma diversa, según los dos primeros preceptos de la Constitución de 1978, transcritos con anterioridad, parece concebirse el derecho de amparo como un recurso de una sola y última instancia ante el Tribunal Constitucional, ya que los afectados en sus derechos fundamentales, deben acudir previamente ante los tribunales ordinarios, por conducto de un procedimiento de carácter preferente y sumario para impugnar las violaciones a esos derechos, y en este sentido existe aproximación al derecho alemán federal, si se toma en cuenta que la *Verfassungsbeschwerde* sólo puede intentarse en única y sola

lia, Maracaibo, enero-abril, 1967, pp. 9-60 y Gil Robles y Gil Delgado, Alvaro, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Madrid, 1977; así como el más reciente redactado en inglés, Stacey, Frank, *Ombudsmen Compared*, Oxford, 1978.

¹⁸⁴Véase dicho Informe de la Ponencia, en el *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 82, de 17 de abril de 1978, y la parte relativa del comentario a los preceptos correspondientes al recurso de amparo, en las pp. 1550-1609.

instancia ante el Tribunal Federal Constitucional, ya que salvo casos excepcionales, como regla se exige el agotamiento de los instrumentos procesales ordinarios que procedan contra los actos impugnados (ver *supra* párrafos 114-116).

238. Pero examinado con mayor atención este posible acercamiento con el recurso constitucional alemán debe considerarse como aparente, en cuanto el procedimiento preferente y breve establecido por el referido artículo 48 constitucional, no puede equipararse con los medios de impugnación ordinarios, ya que más bien descubrimos el propósito del Constituyente de configurar un instrumento procesal específico para la tutela de los derechos fundamentales, pero diverso del amparo, y en esta dirección no deja de ser significativo que en el artículo 45, inciso 2, del Anteproyecto presentado a las Cortes, se calificara al amparo como “recurso extraordinario”.

239. Pero aun de acuerdo con la conclusión anterior, se nos plantean dos interrogantes de importancia, y la primera de ellas se refiere a la naturaleza de este procedimiento que debe agotarse previamente ante los tribunales ordinarios, a fin de que pueda combatirse la resolución respectiva ante el Tribunal Constitucional, por conducto del recurso de amparo, ya que si se trata de un proceso constitucional específicamente configurado para la tutela rápida y eficaz de los derechos fundamentales,¹⁸⁵ no es posible concebirlo como un instrumento procesal ordinario.

240. No se comprende la razón por la cual no se consideró a dicho procedimiento como la primera instancia de un verdadero juicio o proceso de amparo, similar al que debía agotarse ante los Tribunales de Urgencia en la Constitución republicana, ya que precisamente el derecho de amparo se caracteriza por regular los procedimientos preferentes y breves para la tutela de los derechos humanos, y por ello no vemos una diferencia esencial del citado procedimiento previo,

¹⁸⁵Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Los derechos humanos y su protección ante las jurisdicciones nacionales”, en el volumen colectivo *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersh. Studia ab discipulis amiscisque in honorem egregii professoris edita*, Bruxelles-París, 1972, pp. 114-119; sobre la clasificación de los instrumentos procesales tutelares de los derechos humanos.

con el “recurso de amparo” que puede interponerse ante el Tribunal Constitucional.

241. En segundo término tampoco nos queda muy claro si este procedimiento previo debe intentarse en todos los grados de la jurisdicción ordinaria, con la posibilidad de llegar en casación al Tribunal Supremo,¹⁸⁶ ya que en ese supuesto, compartimos la preocupación del tratadista español Joaquín Tomás Villarroya, quien al analizar la consagración de la institución en el Anteproyecto, estima que debiera precisarse el grado jerárquico de los tribunales ordinarios que puedan conocer del amparo -en realidad este distinguido jurista se refiere al procedimiento preferente y sumario- pues como acertadamente lo sostiene dicho autor, si el particular ha de agotar toda la serie de recursos que procedan en la vía judicial ordinaria, el pronto remedio del agravio que le ha sido inferido, queda aplazado indefinidamente.¹⁸⁷

242. El mismo tratadista propone, no sin razón, que sólo exista una tramitación previa ante los jueces de primera instancia y que contra sus resoluciones, se acuda directamente al Tribunal Constitucional en vía de amparo, para evitar que se desvirtúe el carácter de sumariedad o brevedad que se pretende otorgar al citado procedimiento ante los tribunales ordinarios.¹⁸⁸

243. Otra diferencia sustancial que advertimos en cuanto a la consagración del amparo en las Leyes Fundamentales de 1931 y 1978, se refiere a la amplitud protectora de la institución, ya que la nueva

¹⁸⁶De acuerdo con el artículo 123, inciso 1, de la Constitución española de 1978, “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. Esta última frase se refiere, indudablemente, a la competencia del Tribunal Constitucional, en los términos del artículo 161, incisos 1 y 2, para conocer de los recursos de inconstitucionalidad y de amparo.

¹⁸⁷“El Tribunal Constitucional”, *cit.*, *supra* nota 179, p. 211. Véase el proyecto presentado a las Cortes españolas por el Consejo del Ministerio de Justicia, sobre *protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*, y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*, del 11 de febrero de 1978, pp. 1029-1034.

¹⁸⁸*Op. ult. cit.*, p. 211.

Constitución desvinculó la libertad personal de los otros derechos fundamentales, y su tutela la atribuye al procedimiento específico del *habeas corpus*, en los términos del artículo 17, inciso 4,¹⁸⁹ en tanto que en la Carta republicana, dicha libertad personal se comprendía también dentro del objeto del amparo, pues como se destacó con anterioridad, en la regulación del llamado incidente de suspensión, se deba gran importancia a las medidas necesarias para que la persona del agraviado no se sustrajera a la acción de la justicia (ver *supra* párrafo 204).

VII. El recurso de inconstitucionalidad

244. Por lo que se refiere al *recurso de inconstitucionalidad*, está regulado por los artículos 161, fracción 1, inciso a); 162, fracción 1, inciso a), 163 y 164 de la Constitución española de 1978, de acuerdo con los cuales dicho recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley puede plantearse ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. Muy similar a la *abstrakte Normenkontrolle* de los derechos alemán y austriaco.

245. Según los mismos preceptos, cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos (artículo 163). Aquí nos encontramos con una institución semejante a la llamada *konkrete Normenkontrolle* del derecho germánico.

246. En cuanto a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad,

¹⁸⁹Dicho precepto dispone: “4. La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”

se sigue claramente el sistema austriaco, abandonándose toda vinculación con el americano, ya que según la parte conducente del artículo 164 de la Constitución española, las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos, y si el fallo, no dispone otra cosa, debe subsistir la vigencia de la ley impugnada en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.¹⁹⁰

VIII. *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional expedida en 1979*

247. Haremos una breve referencia a esta Ley Orgánica, la cual se consigna como Apéndice en este trabajo, ya que debido a su extensión, sería sumamente difícil examinarla en detalle. Nos referiremos sumariamente a los procedimientos que se encuentran más estrechamente relacionados con la tutela de los derechos fundamentales, como son los relativos al recurso de amparo constitucional y a la declaración de inconstitucionalidad.

248. Por lo que se refiere al llamado *recurso de amparo constitucional*, la referida Ley Orgánica atribuye su conocimiento a las dos Salas de seis magistrados nombrados por el Tribunal en Pleno, en los términos del artículo séptimo del mencionado ordenamiento, y los actos que pueden ser objeto del mismo se dividen en tres sectores, es decir, en primer lugar las decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cortes o cualquiera de sus órganos o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o de sus órganos (artículo 42); las violaciones de los derechos y libertades tuteladas, disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes (artículo 43); y final-

¹⁹⁰Cfr. Villarroya, Joaquín Tomás, "El Tribunal Constitucional", *cit.*, *supra* nota 179, pp. 206-210. El único autor mexicano que ha examinado al Tribunal Constitucional español, al menos en el Anteproyecto es Vázquez del Mercado, Oscar, *El control de la constitucionalidad de la ley*, México, 1978, pp. 124-126.

mente las violaciones de los propios derechos y libertades que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial (artículo 44).

249. De acuerdo con el artículo 55 del citado ordenamiento, la sentencia que otorgue el amparo puede declarar la nulidad de la decisión, acto o resolución impugnados; establecer el reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; bien, restablecer al recurrente en la integridad de su derecho o libertad, adoptando las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

250. El procedimiento previsto por los artículos 48 a 52 es breve y sumario, y la Sala del Tribunal Constitucional que conozca del mismo puede decretar, en los términos de los artículos 56 a 58, la suspensión, de oficio o a iniciativa del recurrente, de la ejecución del acto de los poderes públicos por el cual se reclame el amparo constitucional, cuando dicha ejecución pueda causar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad; pero esta suspensión, de acuerdo con los lineamientos generales de las medidas cautelares o precautorias, se tramita en un incidente contradictorio, con audiencia de las partes, y puede decretarse con o sin afianzamiento, y deben tomarse en cuenta para concederse o negarse, la perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero.

251. Un aspecto importante, es el previsto por el apartado segundo del artículo 55, de acuerdo con el cual cuando se otorgue el amparo en virtud de que la Ley aplicable lesione derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala respectiva debe elevar la cuestión al Pleno del propio Tribunal Constitucional, el cual podrá declarar la inconstitucionalidad de la propia Ley en nueva sentencia, con efectos generales, en los términos de los artículos 38 a 40 de la citada Ley Orgánica.

252. Debe recordarse (véase *supra* párrafos 239 a 243) que de acuerdo con las disposiciones relativas de la Carta Fundamental, el recurso de amparo constitucional en sentido estricto no puede interponerse ante el Tribunal Constitucional, sin agotarse previamente el procedi-

miento seguido ante los tribunales ordinarios, y basado en los principios de preferencia y sumariedad (ver *supra* párrafo 232). A este respecto, la disposición transitoria segunda, apartado dos, de la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ha establecido que en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53, apartado dos, de la Constitución para configurar el referido procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, *se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contenciosa administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la Ley sesenta y dos mil novecientos setenta y ocho, de veintiseis de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, a cuyos efectos al ámbito de la misma se entiende extendida a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 52, de la propia Constitución. Debido a la importancia de este último ordenamiento para la tutela judicial de los citados derechos y libertades, su texto se consigna en el Apéndice de este trabajo.

253. Por lo que se refiere a la *declaración de inconstitucionalidad*, su conocimiento se atribuye al Pleno del Tribunal Constitucional (artículo 10, inciso a), y la misma se puede plantear a través de dos vías, es decir, en primer término por conducto del llamado recurso de inconstitucionalidad, y en segundo lugar a través de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales (artículo 29 de la citada Ley Orgánica).

254. El recurso de inconstitucionalidad puede promoverse, de acuerdo con las disposiciones constitucionales (ver *supra* párrafo 244), por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados o cincuenta senadores, o en su caso, los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto, y la demanda puede plantearse dentro del plazo de tres meses contados a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de ley, y de dicha demanda se corre traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en su caso, a los órganos legislativo y ejecutivo de la Co-

munidad autónoma correspondiente (artículos 31 a 34 de la Ley Orgánica).

255. Por lo que se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales, esta puede plantearse cuando dichos organismos judiciales consideren de oficio o a instancia de parte, que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, y en ese supuesto, sólo cuando se hubiese concluido el procedimiento ordinario y dentro del plazo para dictar sentencia, debe elevarse la cuestión al Tribunal Constitucional para que la decida en Pleno, previa audiencia de las autoridades legislativas correspondientes y los gobiernos respectivos (artículos 35 a 37 de la Ley Orgánica que se ha venido estudiando).

256. En los términos del artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y cuando se trate de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional debe comunicarlas a los órganos judiciales competentes para la decisión de los procesos ordinarios en los cuales se hubiesen planteado, y estos últimos, a su vez, deberán notificarlas a las partes, quedando dichos órganos judiciales vinculados desde que tuvieren conocimiento de la sentencia constitucional, y las partes desde el momento en que sean notificadas.

IX. La función de control constitucional del Consejo de la Revolución Portuguesa

257. La Constitución democrática portuguesa que entró en vigor el 25 de abril de 1976, en forma similar a la española, es decir, después de una prolongada y rígida dictadura, configura un sistema de justicia constitucional de carácter mixto, pues al lado del modelo americano consagrado por el artículo 207 de dicha Ley Fundamental, que confiere a los tribunales ordinarios la facultad de resolver sobre las cues-

tiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, con efectos particulares para el caso concreto en el cual se hubiese planteado la cuestión, que en ciertos casos culminan con un recurso ante un órgano específico denominado *Comisión Constitucional*; y por otra parte, también se establece un sistema de declaración general, con matices peculiares.¹⁹¹

258. En efecto, en el citado ordenamiento constitucional se creó un organismo de control denominado *Consejo de la Revolución* que entre otras facultades, posee la de decidir sobre cuestiones de inconstitucionalidad con efectos generales en los términos de los artículos 280, 281 y 282 de la referida Carta Fundamental.¹⁹²

259. El sistema portugués es bastante complejo, pero en forma sucinta puede describirse de la siguiente manera: el órgano esencial de control constitucional, que como hemos dicho, se denomina *Consejo de la Revolución*, y que en cierto modo, salvo su integración predominantemente militar,¹⁹³ recuerda el Consejo Constitucional francés (ver *supra* párrafos 52-56), aun cuando el primero, además de la función de control preventivo de la constitucionalidad, característica esencial del segundo, este último posee facultades mucho más amplias, si se toma en cuenta, que el citado control preventivo por parte del Consejo de la Revolución, se efectúa a petición del Presidente de la República, o de oficio, a fin de que pueda pronunciarse sobre los proyectos de ley de la Asamblea de la República, y en el supuesto de

¹⁹¹Cfr. Gutiérrez Alviz y Armario, Faustino, "La justicia según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976", en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, Madrid, 1976, pp. 575-581.

¹⁹²Según la fracción 2 del citado artículo 280 constitucional: "Las normas inconstitucionales no pueden ser aplicadas por los tribunales, correspondiendo al Consejo de la Revolución declarar su inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general, en los términos de los artículos siguientes".

¹⁹³En los términos del artículo 143 constitucional, el Consejo de la Revolución se integra con el Presidente de la República; con el Jefe del Estado Mayor General de las fuerzas armadas y con el Subjefe de dicho Estado Mayor, cuando exista; con los Jefes del Estado Mayor de las tres ramas de las fuerzas armadas; con el Primer Ministro, cuando sea militar; con catorce oficiales, de los cuales ocho serán por el ejército; tres por la fuerza aérea y tres por la marina, designados por las ramas respectivas.

que el citado Consejo los considere contrarios a la Ley Suprema, el mismo Presidente debe ejercer el veto suspensivo, con el objeto de que la Asamblea mencionada considere nuevamente el proyecto, con voto calificado de dos tercios de los diputados presentes (artículo 273 y 174 de la Constitución).

260. También corresponde al Consejo de la Revolución formular recomendaciones a la Asamblea de la República, cuando en su concepto ésta incurra en *omisión* de las medidas legislativas necesarias para desarrollar y ejecutar las normas constitucionales, así como decidir obligatoriamente sobre la constitucionalidad de las normas legislativas ya en vigor, cuando hubiese sido requerido para ello por el Presidente de la República, por el Presidente de la Asamblea, por el Primer Ministro, por el *Promotor de la Justicia* -este último similar al Defensor del Pueblo español y a su vez, vinculado al Ombudsman escandinavo-(ver *supra* nota 183)¹⁹⁴ por el Procurador General de la República o por la Asamblea de las Regiones Autónomas (artículo 281, fracción 1).¹⁹⁵

261. Finalmente, el aludido Consejo de la Revolución puede declarar con fuerza obligatoria general, la inconstitucionalidad de una norma legislativa cuando el órgano técnico que le está adscrito, denominado *Comisión Constitucional*, la hubiese considerado inconstitucional en tres casos concretos, o en uno solo si se trata de inconstitucionalidad orgánica o formal (artículo 281, fracción 2).

X. La Comisión Constitucional en la Carta Portuguesa de 1976

262. Por lo que respecta a la referida *Comisión Constitucional*, inte-

¹⁹⁴El artículo 24 constitucional, dispone: "1. Los ciudadanos pueden presentar reclamaciones por acciones u omisiones de los poderes públicos al Promotor de la Justicia, quien las apreciará sin facultades decisorias, dirigiendo a los órganos competentes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias. 2. La actividad del promotor de la Justicia es independiente en los remedios de la jurisdicción voluntaria y la contenciosa previstos por la Constitución y las leyes. 3. El promotor de la Justicia es designado por la Asamblea de la República"

¹⁹⁵*Cfr.* Gutiérrez Alviz, Faustino, "La justicia según la Constitución portuguesa", *cit.*, *supra* nota 191, p. 579.

grada en su mayor parte por jueces y juristas, conjuntamente con algunos ciudadanos, todos ellos designados por cuatro años con garantía de imparcialidad e inamovilidad;¹⁹⁶ puede también intervenir en la función de justicia constitucional en cuanto le corresponde formular dictámenes sobre las cuestiones que le someta al Consejo de la Revolución, según se ha visto; pero también puede decidir, así sea con efectos particulares, respecto del recurso de última instancia que puedan interponer los afectados y obligatoriamente el Ministerio Público, cuando los tribunales dejen de aplicar disposiciones contenidas en leyes, decretos leyes, reglamentos, decretos regionales o disposiciones similares, apoyándose en su inconstitucionalidad, en la inteligencia de que dichas decisiones de la Comisión Constitucional sólo adquieren efectos generales, cuando así lo decida el Consejo de la Revolución, en los términos señalados en el párrafo anterior (artículos 282 y 284 de la Constitución).¹⁹⁷

263. Debe hacerse notar que todo el título I, capítulo I, de la parte IV de la Constitución portuguesa, que se refiere a la *Garantía de la Constitución*, artículos 277 a 285, dedicados a la llamada fiscalización, es decir control de la constitucionalidad, por los órganos mencionados, es decir, por el Consejo de la Revolución, por la Comisión Constitucional y por los tribunales ordinarios, fueron aprobados por unanimidad por los miembros del Congreso Constituyente.¹⁹⁸

¹⁹⁶Según el artículo 283 de la Constitución portuguesa, la Comisión Constitucional se integra por un miembro del Consejo de la Revolución, designado por éste, quien fungirá como Presidente y con voto de calidad; cuatro jueces, uno designado por el Supremo Tribunal de Justicia y los restantes por el Consejo Superior de la Magistratura, entre los miembros de los tribunales de apelación y los de primera instancia; y con cuatro ciudadanos de reconocido mérito, de los cuales uno es nombrado por el Presidente de la República; otro por la Asamblea de la República, y los otros dos por el Consejo de la Revolución, debiendo ser uno de estos últimos, un jurista de comprobada competencia”.

¹⁹⁷Cfr. Gutiérrez Alviz, Faustino, “La justicia según la Constitución portuguesa”, *cit.*, *supra* nota 191, pp. 580-581.

¹⁹⁸Cfr. Caldeira, Reinaldo y Ceú Silva, Maria de (compiladores), *Constituição Política da República Portuguesa, 1976*, Lisboa, 1976, pp. 745-746.