

# EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE PROYECTOS DE ESTATUTOS DE AUTONOMIA Y DEMAS LEYES ORGANICAS (\*)

ANGEL JOSE GOMEZ MONTORO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTROL PREVIO COMO CONTROL MÁS POLÍTICO QUE JURISDICCIONAL: 1. *El control previo en el Derecho comparado:* A) En los sistemas de control difuso. B) En los sistemas de control concentrado. C) El caso francés. 2. *Antecedentes del recurso previo en nuestro ordenamiento.* 3. *Naturaleza del control preventivo.*—III. EL CONTROL PREVIO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.—IV. EL CONTROL PREVIO EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (I): 1. *Debates parlamentarios.* 2. *Constitucionalidad del artículo 79 LOTC.*—V. EL CONTROL PREVIO EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (II): 1. *Naturaleza y objeto del recurso previo:* A) Naturaleza procesal del recurso previo. B) Objeto del recurso previo. 2. *Legitimación.* 3. *Plazo.*—VI. EL CONTROL PREVIO EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (III): 1. *Efectos de la interposición del recurso. Tramitación.* 2. *Efectos del pronunciamiento del Tribunal.*—VII. DESAPARICIÓN DEL RECURSO PREVIO: 1. *Proposición de Ley Orgánica de supresión y recurso previo interpuesto por el Grupo Popular.* 2. *Sentencia del Tribunal Constitucional.*—VIII. BALANCE: RELACIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS PREVIOS.—IX. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCION

En el momento de preparar estas páginas se cumplen algo más de dos años de la desaparición del recurso previo de inconstitucionalidad, recurso que, como es sabido, se introdujo por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, sin que hubiera especiales previsiones constitucionales al respecto.

Su introducción suscitó una fuerte polémica, que volvería a aparecer al utilizarse este recurso contra algunos de los proyectos de ley orgánica más

---

(\*) Este trabajo es parte reelaborada de otro más amplio que fue objeto de una ayuda a la investigación otorgada por el Centro de Estudios Constitucionales en 1985.

relevantes. El Grupo Socialista entendería que tal uso estaba siendo abusivo y presentó en el Congreso una proposición de ley orgánica de derogación del capítulo II del título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, capítulo que se refería exclusivamente al recurso previo de inconstitucionalidad. El texto fue aprobado pero no pudo entrar en vigor, pues contra él se interpondría precisamente el que sería último recurso previo de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional resolvió este recurso en sentencia del 23 de mayo de 1985, desestimando las pretensiones de los recurrentes. La proposición de ley orgánica pudo así entrar en vigor, suprimiendo el recurso previo de inconstitucionalidad.

A pesar de su desaparición, entendemos que el interés de su estudio sigue vigente, entre otros motivos, por:

a) La peculiar naturaleza de este tipo de control de la constitucionalidad y la excepción que supone al principio general —recogido en nuestra Constitución— del control *a posteriori*. La Constitución, efectivamente, adoptó el sistema de jurisdicción constitucional concentrada, siguiendo los modelos italiano y alemán, sistema en el que el control de la constitucionalidad de las leyes se realiza *a posteriori* (con escasas y apenas relevantes excepciones, como más adelante tendremos ocasión de ver). Únicamente recoge nuestro texto constitucional una forma de control *a priori*, el control de los tratados internacionales —art. 95 de la Constitución—, que viene justificada por la peculiar naturaleza de este tipo de normas y por las implicaciones internacionales que acompañan a su régimen de modificación o derogación.

Al elaborarse la LOTC, sin embargo, se amplió este control *a priori* a los Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas (art. 79 de la Ley). Esta ampliación, cuya motivación política es fácilmente perceptible, ha dado lugar a importantes problemas, que se han visto incrementados, por otra parte, por lo escueto de su regulación legal (un único artículo de la LOTC).

A todo lo expuesto hay que añadir que este tipo de control no responde exactamente a criterios de naturaleza jurisdiccional, sino más bien de carácter político, viniendo a ejercerse funciones consultivas o cuasi legislativas.

b) Su introducción —en parte por las razones señaladas en el apartado anterior— suscitó una importante polémica, que volvió a surgir con su desaparición. Dentro de esta polémica hay que referirse, en concreto, al problema de su constitucionalidad o no.

c) El importante papel que, en la práctica, ha jugado este recurso, que fue el motivo principal que llevó al Grupo Socialista a promover su derogación. En los prácticamente cuatro años que estuvo en vigor se recurrieron por esta vía las leyes orgánicas más importantes: Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, Ley Orgánica de Modificación de la Ley de

Elecciones Locales, Ley Orgánica del Derecho a la Educación, Ley Sindical y la propia Ley de Supresión del Recurso Previo.

Con acertada prevención, los profesores ARAGÓN REYES y RUBIO LLORENTE hicieron notar cuando la LOTC empezaba su camino que, «dado el carácter facultativo, y no obligatorio, de la consulta (del recurso previo), es de esperar que la prudencia política de los legitimados para instarla evite al Tribunal el ejercicio de una facultad que se cohonesto muy poco con la genuina actividad que está llamado a desempeñar» (1). Tal medida de prudencia no se tuvo muy en cuenta (no nos corresponde entrar en si acertada o desacertadamente, o si justificada o injustificadamente), y las consecuencias las hemos podido ver recientemente.

d) Por último, hay que señalar el valor que en sí misma tiene toda institución que ha formado parte del ordenamiento jurídico, aunque posteriormente haya desaparecido del mismo. Por otra parte, y a pesar de existir frecuentes referencias a este recurso en obras de carácter general y en artículos de revistas especializadas, no existe un estudio detallado del mismo. Sería de lamentar que dicho recurso, aunque desaparecido, quedara sin ser objeto de un estudio riguroso. El Tribunal de garantías constitucionales, por ejemplo, desapareció hace cerca de cincuenta años, y ello no implica que no deba estudiarse. En nuestro caso, la desaparición del recurso previo es mucho más reciente y, en consecuencia, de estudiarse el mismo sería preferible hacerlo ahora, ya que la inmediatez permitirá que sea mucho más vivo y fructífero el balance que de su utilización tendrá que hacerse en este trabajo.

Por otro lado, no puede descartarse la hipótesis de que en un futuro se vuelva a introducir, por decisión del Parlamento, en nuestro sistema de justicia constitucional.

## II. EL CONTROL PREVIO COMO CONTROL MAS POLITICO QUE JURISDICCIONAL

### 1. *El control previo en el Derecho comparado*

Para analizar los supuestos de control preventivo en otras legislaciones seguiremos la clásica distinción entre sistemas difusos de control de la constitucionalidad y sistemas concentrados, analizando por último, como un

---

(1) «La jurisdicción constitucional», en la obra colectiva *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 840.

tercer sistema distinto de estos dos, el caso francés, cuyo estudio adquiere especial importancia en el tema que estamos tratando, pues parecer ser en él donde se inspiraron nuestros legisladores al elaborar el artículo 79 de la LOTC.

Aunque hay algunas excepciones, nos parece válido adelantar, como criterio general, que el control previo no suele darse en aquellos países en los que el control de la constitucionalidad es estrictamente jurisdiccional, apareciendo, por el contrario, más generalmente en aquellos otros en los que dicho control es político o, cuanto menos, aparece unido a otras formas de control de naturaleza política.

#### A) *En los sistemas de control difuso*

El ejemplo más relevante lo constituye, como es sabido, la *judicial review* americana. Este sistema se configura «como la atribución al organismo judicial ordinario de la salvaguarda de la Constitución, generalmente dentro de una controversia concreta y predominando, aunque a veces desde un punto de vista puramente formal, los efectos particulares de la decisión de inconstitucionalidad» (2). De esta configuración puede deducirse que el control se realiza exclusivamente sobre normas que han adquirido tal carácter y nunca sobre proyectos de normas, que difícilmente pueden tener relevancia en la actividad ordinaria de los jueces y tribunales. Así, en los Estados Unidos —ejemplo más relevante de este sistema— se desconoce todo control preventivo de la constitucionalidad de las leyes.

En Canadá encontramos un sistema de *judicial review* muy parecido al americano; sin embargo, a partir de 1949 se ha desarrollado la opinión judicial consultiva *reference cases*, en virtud de la cual se atribuye al Tribunal Supremo y a los Tribunales superiores de las entidades federativas que, «a petición del gobernador de la Unión o vicegobernadores de una de las provincias, o bien de las autoridades legislativas del Dominio o de las provincias, se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley o inclusive, aunque con menor frecuencia, de un proyecto de ley» (3).

Por lo que se refiere a los países de América Latina, encontramos formas de control previo en Venezuela, Panamá y Guatemala. El artículo 173 de la Constitución venezolana de 1961 regula la facultad del presidente de la República de devolver al Congreso un proyecto de ley para su reconsideración; si apreciara inconstitucionalidad, el presidente de la República podrá, dentro

---

(2) FIX ZAMUDIO, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 17.

(3) *Ibidem*.

del término fijado para promulgar la ley, recurrir a la Corte Suprema de Justicia solicitando la decisión acerca de la inconstitucionalidad alegada. La Corte decidirá en el término de diez días. El artículo 21 de la Ley de jurisdicción constitucional desarrolla esta objeción de inconstitucionalidad del presidente de la República; el artículo 33 de la misma Ley atribuye iguales facultades a los gobernadores de los Estados respecto a las leyes estatales.

En Panamá, el control de constitucionalidad se articula de una forma más parecida a la europea que a la *judicial review* americana. Las distintas Constituciones y reformas de las mismas han mantenido la institución, conocida como «objeción de inexequibilidad»: el artículo 165 de la Constitución establece que «cuando el Ejecutivo objetare un proyecto por inexequible, y la Asamblea legislativa, por la mayoría expresada (dos tercios de los que componen la Asamblea legislativa), insistiere en su adopción, aquél lo pasará a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad. El fallo de la Corte que declare el proyecto constitucional obliga al Ejecutivo a sancionarlo y hacerlo promulgar».

En Guatemala, la Constitución en vigor (de 31 de mayo de 1985) ha introducido también formas de control previo. Según lo dispuesto en los apartados *e)* y *h)* del artículo 272, se podrá solicitar al Tribunal Constitucional que emita su opinión sobre la constitucionalidad de proyectos de ley y de leyes vetadas por el Ejecutivo.

En todos estos casos estamos ante formas de control de carácter previo; sin embargo, parece difícil hablar de control de constitucionalidad en sentido estricto; realmente estamos ante dictámenes consultivos más o menos vinculantes. En los casos de Venezuela y Panamá, estas formas de control no vienen a ser otra cosa que la clásica facultad de veto, que viene modalizado para el caso concreto de que se aprecie la posible inconstitucionalidad de la ley que se presenta a la firma, o de alguna de sus disposiciones. En tales casos parece lógico que el presidente pueda consultar al órgano encargado del control de la constitucionalidad.

En cualquier caso, no dejan de ser fórmulas excepcionales y no parece que tengan mucho que ver con el sistema elegido por nuestra Constitución: además de tratarse de sistemas en los que, en mayor o menor medida, se aplica un mecanismo de control difuso, se trata de una facultad del órgano encargado de sancionar las leyes, facultad que en nuestro ordenamiento carecería de sentido por ser la sanción y promulgación de las leyes actos debidos, sin que quepa ninguna posibilidad de veto.

B) *En los sistemas de control concentrado*

Como es sabido, el control de la constitucionalidad se atribuye en estos sistemas a un órgano específicamente creado a tal efecto. El núcleo de la actividad de estos Tribunales lo constituye el recurso de inconstitucionalidad. Este recurso se interpone siempre —así parece exigido por su naturaleza— *a posteriori*, es decir, contra normas que, por haber terminado su iter de producción, son ya perfectas.

Así, en Alemania —uno de los ejemplos más destacados de este tipo de control— se desconoce toda forma de control previo. Únicamente cabe destacar que el Tribunal tuvo atribuidas funciones consultivas desde 1951 a 1956. El artículo 93 de la Ley reguladora, de 12 de marzo de 1951 (4), concedía al Bundestag, al Bundesrat, al Bundesregierung y al Bundespräsidenten la posibilidad de realizar consultas al Tribunal Constitucional sobre asuntos relacionados con la Constitución. El Tribunal Constitucional podía pronunciarse o no, y su dictamen no era vinculante. Esta facultad supuso una mayor politización del Tribunal Constitucional y fue suprimida en 1956 como consecuencia de los problemas ocasionados por el dictamen sobre la constitucionalidad de los Tratados de la Comunidad Europea de Defensa.

En Italia tampoco existe la posibilidad de control previo de la constitucionalidad de las leyes estatales. En cambio, y aunque sea un supuesto que se explica más por la naturaleza de Estado regional que por el sistema de justicia constitucional, hay que señalar la existencia de una modalidad de control previo de leyes regionales. En virtud de lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución italiana de 1945 (precepto desarrollado por los artículos 31, 34 y 35 de la Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87, sobre el funcionamiento de la Corte Constitucional), las leyes elaboradas por los Consejos regionales deben ser enviadas al comisario del Gobierno, que debe dar el visto bueno en treinta días, salvo que el Consejo de Ministros decida reenviar el texto al Consejo regional. Si se produce el envío, se discutirán en el Consejo las partes de la ley afectadas por los motivos del reenvío. El Consejo puede rechazar tales motivos, por mayoría absoluta, y entonces el Gobierno puede, en el plazo de quince días, impugnar el texto ante la Corte Constitucional por motivos de legitimidad, o ante el Parlamento por conflicto de intereses. Si se acude al Tribunal se hará en proceso de vía directa y con carácter previo, y de la resolución del Tribunal dependerá que la ley pueda o no promulgarse.

---

(4) Cfr. WILLI GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, vom. 12 März 1951, Verlag Franz Vahlen Gmbh, Berlin und Frankfurt. a.M., 1952.

De todos modos, esta singular modalidad italiana de control previo no viene a contradecir frontalmente la tesis general que ya anunciábamos acerca de la rareza del control previo en los sistemas de auténtica justicia constitucional, en cuanto que esta excepción italiana se refiere exclusivamente a las leyes regionales, y se debe más a las exigencias de este tipo de organización territorial que a los postulados del sistema de justicia constitucional al que Italia pertenece (5).

Es cierto, también, que existen formas de control previo de la constitucionalidad, dentro de otros países que siguen este sistema de jurisdicción concentrada, como son Chipre y Portugal, pero ambos casos presentan, como ahora veremos, importantes peculiaridades.

En Chipre, la Constitución de 16 de agosto de 1960 creó un Tribunal Supremo Constitucional, cuya misión principal era conservar la armonía entre griegos y turcos y conseguir el respeto de los acuerdos internacionales que dieron origen a la independencia chipriota. Para ello se le otorgaron unas atribuciones extensas y heterogéneas, mezclándose las de carácter judicial con otras de carácter político. «El control preventivo de la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación se ejercita generalmente por el presidente y vicepresidente de la República conjuntamente, y en ocasiones alternativamente, cuando se trate de una ley expedida por la Cámara de Representantes (que comprende diputados tanto de origen griego como otomano); pero también por el primero si se trata de un ordenamiento expedido por la Cámara de la Comunidad griega, o por el segundo si fue emitida por la Cámara de la Comunidad turca cuando, en todo caso, ambos o uno de estos funcionarios estimen que las leyes respectivas son contrarias a la ley suprema, debiendo tomar en consideración que si el citado Tribunal estima que el ordenamiento respectivo es inconstitucional, el mismo no puede ser promulgado» (6). Estamos, en este caso, ante un verdadero sistema de «gobierno judicial» que dista mucho del modelo elegido para nuestro Tribunal Constitucional.

---

(5) En este sentido señala ZAGREBELSKY que «l'intervento della Corte Costituzionale é quasi una fase del procedimento legislativo regionale, fase condotta da organi statali e non regionali. Il che costituisce un fatto assai significativo della posizione di inferiorità che é attribuita alla potestà legislativa regionale rispetto a quella statale, che viceversa é piena e non tollera intromissioni da parte di organi e soggetti non statali. Infatti il controllo di costituzionalità sulle leggi dello stato, anche quando é attivato con il ricorso 'principale' é sempre un controllo succesivo, estraneo al procedimento legislativo» (*La giustizia costituzionale*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1977, p. 128).

(6) FIX ZAMUDIO, *op. cit.*, p. 84.

En Portugal (7), el control preventivo fue introducido por la Constitución de 2 de abril de 1976 (8).

En la reforma de la Constitución de 1982 se pretendió atenuar este carácter político. Se crea un Tribunal Constitucional al que compete el apreciar la inconstitucionalidad, y al que se le atribuye competencia para la apreciación preventiva de cualquier proyecto de ley cuando sea requerido por el presidente de la República. También pueden requerir al Tribunal Constitucional los ministros de la República en el caso de decretos legislativos regionales (art. 278). Si el Tribunal Constitucional se pronuncia por la inconstitucionalidad, el texto debe ser vetado por el presidente de la República o por el ministro, según los casos. Sin embargo, la ley deberá promulgarse o el tratado ratificarse si la Asamblea de la República se pronunciará a su favor por mayoría de dos tercios de los diputados presentes.

A pesar de que esta reforma ha atenuado el carácter político de este control, no es homologable al caso español, pues al igual que en los casos ya visto de Panamá y Venezuela, se articula como una forma especial de la facultad de veto de la que goza el presidente de la República, y en este caso también los ministros, para normas de inferior rango, a lo que hay que añadir que la decisión del Tribunal, según hemos visto, no es inexorable.

Por último, sólo señalar que, tanto en Chipre como en Portugal, este tipo de recurso se articula junto con las clásicas formas de control *a posteriori* de la constitucionalidad.

### C) *El caso francés*

Es éste, sin lugar a dudas, el sistema en el que el control previo adquiere mayor importancia. Nos detendremos por ello en un análisis más detallado, que servirá de apoyo para entender más adelante la especial naturaleza y las peculiaridades de la regulación y efectos de este tipo de control.

Como es sabido, a diferencia de lo ocurrido en los Estados Unidos, en Francia no se impuso un control jurisdiccional de las leyes que garantizara su sometimiento a la Constitución. En un primer momento se negará a los Tribunales cualquier posibilidad de control sobre el poder legislativo (9).

(7) Cfr. JOSÉ ALFREDO SOARES MANSO PRETO, «La fiscalización de la constitucionalidad de las leyes», en *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Dirección General de lo Contencioso del Estado, pp. 2549-2583. Véase también SALVADOR DOMÍNGUEZ, *El Tribunal Constitucional y su entorno europeo*, vol. I, pp. 797-857, 844.

(8) Textos tomados de la versión en castellano realizada por JORGE DE ESTEBAN, *Constituciones españolas y extranjeras*, Ed. Taurus, Madrid, 1979, pp. 360-361.

(9) Así el artículo 3 de la Constitución de 1971: «Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice des pouvoirs législatifs ou suspendre l'exécution des lois.»



Más adelante se apreciará la necesidad de un cierto control de constitucionalidad de las leyes, que se atribuirá a órganos de naturaleza política durante los períodos consulares o imperiales. Se irán así alternando períodos en los que hay una total carencia de control con otros en los que se ejerce —aunque levemente y, como veremos a continuación, de forma bastante ineficaz— por un órgano político.

La Constitución del 22 de febrero del año VIII configura un «Senado conservador», que mantiene o anula las actas que le son remitidas por el Gobierno como inconstitucionales. El Senado Consulto orgánico del año XII deja al emperador libre para determinar la composición del Senado, que podrá señalar que no hay lugar a promulgar la ley votada por los cuerpos legislativos en caso de inconstitucionalidad. Este tipo de control previo volverá a aparecer en la Constitución de 14 de enero de 1852.

Con estos antecedentes se llegó a los debates parlamentarios de la Constitución de 1946, en los que, siguiendo los ejemplos apuntados, se creó un órgano político denominado Comité Constitucional, encargado del control de la constitucionalidad de las leyes. La forma en que este órgano ejerce el control de constitucionalidad es totalmente distinta a lo que se entiende por recursos o cuestiones de inconstitucionalidad y refleja la concepción del legislador como único órgano que goza de la representación popular y cuya voluntad debe en todo caso prevalecer.

Esta situación cambiará con la Constitución de 4 de octubre de 1958, que atribuye el control de la constitucionalidad de las leyes al Consejo Constitucional (título VII). Este control se ejerce en todos los casos de forma preventiva, pero de manera distinta según se trate de leyes orgánicas o de leyes ordinarias. Según el artículo 61, las leyes orgánicas antes de su promulgación deben ser sometidas al Consejo Constitucional, que se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución; las leyes ordinarias, por el contrario, serán sólo sometidas a control previo de constitucionalidad cuando así lo solicite el presidente de la República, el primer ministro, los presidentes de las Asambleas o sesenta diputados o sesenta senadores.

La propia composición del Consejo Constitucional da una idea del carácter político de este órgano, al menos en su concepción inicial. Según el artículo 56 de la Constitución de 1958, estará integrado por nueve miembros, de los cuales un tercio es elegido por el presidente de la República, otro ter-

---

El artículo 20 de la Constitución de 5 de febrero, año III: «Les juges, ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi.» Y el artículo 6 de la Constitución girondina de 1793. Cfr. FRANÇOIS LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Ed. Économica, París, 1980, p. 7.

cio por el presidente de la Asamblea Nacional y el último tercio es elegido por el presidente del Senado. Además, forman parte del Consejo Constitucional, con carácter vitalicio, los ex presidentes de la República.

El control de la constitucionalidad se presenta de esta forma como un control de naturaleza política, ejercido con carácter preventivo por un órgano de composición marcadamente política; por todo ello, se ha calificado este sistema —y parece que con acierto— como «un filtro político adicional en el desarrollo del proceso legislativo» (10) más que como un control de constitucionalidad en sentido estricto (11).

## 2. *Antecedentes del recurso previo en nuestro ordenamiento*

Lo único que cabe resaltar en este epígrafe es precisamente la ausencia de tales antecedentes. La teoría del control judicial de la constitucionalidad de las leyes no se articula en Europa hasta el primer tercio del presente siglo, por obra de HANS KELSEN. Esta construcción culminará, como ya hemos indicado, con el Tribunal Constitucional austríaco de 1920. España será uno de los primeros países en adoptar esta fórmula en la Constitución de 1931. El artículo 131 de la misma establece un «Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes (...)». La ley reguladora de este Tribunal delimitará el objeto del recurso de inconstitucionalidad y los casos en los que una ley es inconstitucional (art. 29). Este recurso opera siempre *a posteriori*.

Cabe, por tanto, afirmar que la única experiencia que hemos tenido de

---

(10) JAVIER PÉREZ ROYO, «La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional en la Constitución española de 1978», en *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Dirección General de lo Contencioso del Estado, p. 2191.

(11) Sobre la naturaleza del Consejo Constitucional se han elaborado en Francia tres tesis principales: la jurisdiccional, la política y la institucional (una exposición de las mismas puede encontrarse en LUCHAIRE, *op. cit.*, pp. 35-40). Nos inclinamos por considerar que si bien el Consejo Constitucional no es un órgano meramente político, tampoco desarrolla una función jurisdiccional. Si bien actúa conforme a Derecho, con sometimiento a la legalidad, al procedimiento y a la acción, el control preventivo se ejerce sobre algo que aún no es Derecho y se presta con frecuencia a actuar conforme a criterios de oportunidad, no estrictamente jurídicos. Es bastante significativo que el propio Consejo se haya negado a conocer por vía de excepción de la constitucionalidad de las leyes (cfr. decisión de 27 de julio de 1978 sobre el monopolio de la radio y televisión, en FAVOREU y PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Ed. Sirey, París, 1979).

auténtico control de constitucionalidad desconoció por completo todo control previo de las leyes.

JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA señala otros posibles precedentes de esta institución (12), aunque éstos carecen de relevancia, por no ser verdaderas formas de control y por tratarse de fórmulas aprobadas que no llegaron a ponerse en práctica, en un caso, o de anteproyectos o proyectos que no pasaron de ahí, en los otros. Estos son:

a) El artículo 160 de la Constitución de 1812, que atribuía a la diputación permanente de las Cortes la misión de velar por la observancia de la Constitución y de las leyes, a fin de dar cuenta, en su día, a las Cortes de las infracciones que hubiere advertido.

b) El artículo 77 del proyecto de Constitución federal española de 1873: en el caso de que el poder legislativo aprobase alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en Pleno tendría la facultad de suspender los efectos de dicha ley.

c) El artículo 103 del anteproyecto de Constitución preparado bajo la Dictadura de Primo de Rivera, que atribuía a un Consejo del Reino la posibilidad de conocer de los recursos de inconstitucionalidad.

Habría que hacer referencia, para concluir este capítulo, al recurso de contrafuero que venía recogido en el título X de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y desarrollado en la Ley 8/1968, de 5 de abril, reguladora de este recurso (13). Según el artículo 3 de esta última Ley, podrán ser objeto de recurso de contrafuero:

a) Las leyes.

b) Los proyectos o proposiciones de ley elaborados por las Cortes que hayan de ser sometidos a referéndum.

c) Los decretos-leyes.

d) Los decretos y demás disposiciones de carácter general dictados o aprobados por el Gobierno o por sus comisiones delegadas.

Existía, pues, una cierta forma de control previo, si bien en un ámbito muy delimitado: los proyectos o proposiciones de ley que debían ser sometidos a referéndum. A tal efecto, señalaba el artículo 65 de la Ley Orgánica del Estado que «el Jefe del Estado, antes de someter a referéndum un proyecto o proposición de ley elaborados por las Cortes, interesará del Consejo

---

(12) JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA, «El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)», en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, núm. 1, 1968, pp. 11-52.

(13) Sobre el recurso de contrafuero, cfr. la obra del profesor TRUJILLO FERNÁNDEZ, *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Universidad de La Laguna, 1970, pp. 80-132.

Nacional que manifieste, en el plazo de quince días, si a su juicio existe en la misma motivo para promover el recurso de contrafuero». La decisión del Consejo era vinculante. Si estimaba que no procedía plantear el recurso o si planteado éste era desestimado, la ley, ya perfecta, no podía ser objeto de recurso de contrafuero. Si se estimaba procedente, el recurso se resolvía igual que en el caso de leyes ya promulgadas: el Consejo del Reino solicitaba dictamen a una Ponencia integrada por un consejero nacional, un consejero permanente de Estado, un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia y un procurador en Cortes. Oída la Ponencia, el Consejo, presidido por el presidente del Tribunal Supremo de Justicia, proponía al jefe del Estado la resolución procedente.

Como puede apreciarse, este recurso obedecía más propiamente a motivaciones políticas, y a las mismas respondía su configuración jurídica, lo que viene a poner de relieve, una vez más, el carácter extrajurisdiccional de estas formas previas de control.

### 3. *Naturaleza del control preventivo*

Después de ver cómo se ha configurado este tipo de control en aquellos países que lo han incluido entre sus instituciones de garantía constitucional y los motivos por los que otros países lo rechazan, podemos pasar a estudiar el problema de su naturaleza jurídica. Quizá sea ésta la cuestión más difícil de delimitar entre las que atañen al recurso previo de inconstitucionalidad. Esto es así porque, a la tradicional polémica sobre el carácter jurisdiccional o no de todo control de constitucionalidad, se añaden, en el caso del recurso previo, nuevos elementos que vienen a introducir aún mayores complejidades, apareciendo, como veremos, técnicas propias de controles de diversa naturaleza.

Partiremos de la base del carácter jurisdiccional del control ordinario de la constitucionalidad de las leyes, dejando al margen la conocida —y pensamos superada— polémica sobre su carácter jurisdiccional o no. Este tipo de control se configura como un control *a posteriori*, de naturaleza reparadora, que pretende —como es lo propio de la función jurisdiccional— subsanar las posibles anomalías producidas en el ordenamiento jurídico por una nueva ley que atenta contra la Constitución.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con el recurso o control previo de la constitucionalidad. Como hemos visto, éste aparece en aquellos países en los que no ha habido un auténtico control de constitucionalidad y se desconoce generalmente en los que han optado por el control jurisdiccional, con

las excepciones de Chipre y Portugal ya señaladas. Este control, por una parte, se ejercita por los mismos órganos de naturaleza jurídica y siguiendo los mismos pensamientos y principios jurídicos que en el caso del recurso *a posteriori*, siendo también necesaria —salvo en el caso de las leyes orgánicas en Francia— una acción facultativa de alguno de los órganos legitimados. Sin embargo, aparecen nuevos elementos más propios de otro tipo de controles.

Lo que caracteriza al control previo es que actúa sobre proyectos de leyes, sobre textos que aún no han entrado a formar parte del mundo del Derecho. No cabe, por tanto, hablar de una infracción —ya del Derecho objetivo, ya de los derechos de los particulares— que sea necesario enmendar. Hemos dicho que lo propio de la función jurisdiccional es volver a establecer el orden infringido. Los órganos públicos «efectúan la reparación, sancionan las infracciones, declaran la verdad legal e imponen, con el *imperium* del Estado, una resolución que establezca el orden jurídico sometiendo cualquiera resistencia, incompatible con la esencia coactiva del mismo» (14).

Esto se traduce, en el caso del control de constitucionalidad, en la existencia de una norma que pueda de algún modo infringir el orden constitucional. Cuando tal norma no ha entrado todavía en vigor —por lo que propiamente no habría que hablar de norma— no se ha producido ninguna infracción, ni se ha vulnerado el ordenamiento jurídico, ni por ello es preciso reparación alguna.

No supone esto que no pueda ser más o menos útil un control de las normas antes de su promulgación, para así evitar *in radice* un futuro quebrantamiento del orden jurídico; simplemente pretendemos poner de relieve que dicho control carece de las notas propias de la función jurisdiccional. El objeto de esta función ha de estar constituido por actos con relevancia jurídica inmediata o normas, y en este caso no estamos ni ante los primeros ni ante las segundas, sino ante algo que aún no tiene existencia en el mundo del Derecho.

Podemos, pues, afirmar que el control previo no es un control jurisdiccional, tanto por el objeto de dicho control —no normas, ni actos— como por los efectos del mismo —no reparar el orden infringido, sino evitar la infracción—; de aquí que, por un lado, sea la suspensión del procedimiento legislativo un efecto de la presentación del recurso (justamente ello confirma que dicho procedimiento aún no había finalizado) y, por otro, que el efecto de

---

(14) PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, p. 407.

este control (es decir, de la resolución del Tribunal) sea, o bien permitir la culminación del procedimiento legislativo mediante el cual todo el proyecto se convertiría en ley, o bien expulsar de ese proyecto determinados preceptos y hacer que la futura ley no los contenga.

Cabe entonces preguntarse cuál es la naturaleza de este tipo de control. Por una parte, contiene elementos propios de la actividad consultiva; el objeto de ésta es precisamente algo que no ha entrado aún en el mundo del Derecho, y se ejercita para ver la conveniencia o no de su introducción en el mismo. Para CAPPELLETTI estamos ante una actividad consultiva (15). Del mismo modo, afirma GONZÁLEZ PÉREZ, refiriéndose al control previo de tratados internacionales —pero nos parece que la afirmación también es válida para el caso de las leyes orgánicas y estatutos de autonomía—, que «el Tribunal Constitucional, al conocer de la posible contradicción entre las estipulaciones de un tratado internacional y la Constitución, no realiza una actividad propiamente jurisdiccional o procesal. No examina una pretensión judicial que un sujeto deduce frente a otro, sino una actividad consultiva a requerimiento de determinados órganos del Estado, calificada por la naturaleza del acto a que se refiere y la trascendencia de sus efectos. De aquí el régimen jurídico a que se somete y la naturaleza jurisdiccional del órgano del que se solicita el dictamen. Pero, pese a las especialidades, el acto en el que se concreta la actuación del Tribunal Constitucional es un dictamen, un informe —un juicio, una opinión—, no una decisión —una sentencia—» (16).

Sin embargo, en el recurso previo de constitucionalidad tal y como se ha introducido en nuestro ordenamiento, la decisión del Tribunal es vinculante, no siendo, por tanto, la resolución una mera información, como es lo propio de la función consultiva. Por esto, algunos autores han considerado que estamos ante una función cuasi legisladora (17).

Frente al efecto propio de la declaración de inconstitucionalidad que es la anulación, en el control previo ésta no se produce porque, o bien se considera que el proyecto de ley es constitucional y entonces se siguen los trá-

(15) «Si tratta altresì di un controllo avente funzione meramente consultiva: la funzione, cioè, di mero parere, non dotato di forza definitivamente vincolante per gli organi legislativi e governativi» (*Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Do.t. A. Giuffrè Editore, Milán, 1978, p. 5).

(16) *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pp. 269-270.

(17) El propio CAPPELLETTI ha afirmado que este tipo de control «é, in somma, non un vero e proprio controllo (*a posteriori*) della legittimità costituzionale di una legge per vedere se essa sia o non sia valida e quindi applicabile, ma piuttosto un atto (e precisamente un parere vincolante) che viene ad inserirse nel processo stesso di formazione della legge e di questo processo assume pertanto la medesima natura» (*op. cit.*, p. 8).

mites previstos, o bien se señala su inconstitucionalidad suspendiéndose la tramitación. En ningún caso se anula nada, pues a los efectos jurídicos el proyecto de ley suspendido carece de valor.

No estamos aquí ante la clásica función de control de la constitucionalidad, sino que el Tribunal jugaría en este caso un papel de legislador, no sólo negativo, como afirmaba KELSEN, sino que vendría a tener funciones de auténtico legislador positivo: para que una ley llegase a ser tal sería necesario, junto a la actuación del Parlamento y de la Corona, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en favor de su constitucionalidad cuando para ello hubiere sido requerido. De aquí que se haya afirmado con frecuencia que el Tribunal vendría a ejercer en estos casos funciones de tercera Cámara.

Esta posibilidad de que el Tribunal pueda impedir que una ley se promulgue permitiría también ver en el control previo una especie de veto. Como vimos al estudiar las formas de control previo en Portugal, Chipre y algunos países americanos, e incluso el control previo de constitucionalidad de leyes regionales en el sistema italiano, dicho control se presenta como una modalidad del poder de veto del presidente de la República cuando considera que una ley que debe firmar es inconstitucional. Algo parecido se habría querido introducir mediante el control previo en nuestro ordenamiento. Sin embargo, esta institución del veto tiene su razón de ser o bien en los regímenes presidencialistas, en los que el presidente puede no tener la mayoría en las Cámaras, o bien en los regímenes parlamentarios republicanos, en los que el presidente cuente o no con la mayoría, es cargo elegido y temporal.

Por todo esto, nos inclinamos por considerar que esta forma de control, más que tratarse de una función peculiar distinta de las tradiciones (política, legislativa y jurisdiccional), recoge elementos de todas ellas. Sin afirmar que estamos ante un mero control político —no se puede ignorar que se articula conforme a criterios y procedimientos jurídicos—, hay que poner de relieve su carácter no estrictamente jurisdiccional. Esta forma de control se presta a ser utilizada para resolver cuestiones de tipo político, en las que predominan los criterios de oportunidad sobre los específicamente jurídicos (18).

---

(18) Estos efectos han sido apreciados y valorados negativamente por la doctrina. DOMÍNGUEZ MARTÍN señala cómo «el control previo, dado su origen y naturaleza estrictamente política, se ha traducido en España en insertar ese sistema dentro de otra forma jurisdiccional cual es el kelseniano, con el efecto de acentuar la politización del órgano encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones

Estas peculiaridades del control previo hacen que su introducción en un sistema de control jurisdiccional, como es el elegido en nuestra Constitución, produzca frecuentes disfuncionalidades, como más adelante tendremos ocasión de ver.

### III. EL CONTROL PREVIO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Del estudio de los textos de anteproyecto y proyecto de Constitución, así como de los debates sobre las enmiendas presentadas a los mismos, se desprende de forma clara que nuestros constituyentes, al plantearse la conveniencia de introducir un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, optaron por el de jurisdicción concentrada. Se hacía una doble elección: del control jurisdiccional sobre el político por un lado y del sistema de jurisdicción concentrada sobre el de jurisdicción difusa por otro.

Esta opción por un sistema de control jurisdiccional se traduce en un sistema de control *a posteriori*. Cabe destacar, por tanto, que en ningún momento se pensó en introducir formas de control previo, salvo, como más adelante tendremos ocasión de ver, en el caso de los tratados internacionales.

El artículo 152 del anteproyecto de Constitución establecía que «el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio del Estado y es competente para conocer de las siguientes materias: a) Del recurso de constitucionalidad de leyes y normas con fuerza de ley del Estado y de los Territorios Autónomos» (19). La única forma de control que se preveía era, por tanto, el control sobre normas ya perfectas, sancionadas y promulgadas. Esta expresión «leyes y normas con fuerza de ley» será la que se recoja en el texto definitivo de la Constitución (cambiando únicamente la palabra «normas» por la expresión «disposiciones normativas»).

Una vez señalada esta ausencia de referencias a cualquier forma de con-

---

normativas» («El Tribunal Constitucional español y su entorno europeo», en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, cit., pp. 797 a 857, pp. 39 y 40).

En el mismo sentido, SANTAOLALLA LÓPEZ afirma que «además de no estar previsto, el recurso previo es más propio del control político de la constitucionalidad de las leyes que del propiamente jurisdiccional, que es el buscado en la Constitución» [«Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Político* (UNED), núms. 18-19, p. 180, nota 5].

Para PÉREZ ROYO, por último, el establecimiento del recurso previo viene a acentuar la politización del Tribunal Constitucional, pues «supone de hecho introducir una tercera Cámara de control de las dos ya existentes», *op. cit.*, p. 2203.

(19) *La Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Servicio de Publicaciones de las Cortes, vol. I, Madrid, 1980, p. 34.



trol previo de la constitucionalidad —con la excepción indicada de los tratados internacionales—, pasamos a analizar algunas cuestiones que, surgidas durante el proceso constituyente, están más o menos relacionadas con el tema del control preventivo. Estas son:

a) El anteproyecto de Constitución establecía junto a la reserva de ley una reserva reglamentaria (arts. 72 y 79). En caso de duda sobre el carácter legislativo o reglamentario de una norma, se sometería la cuestión al Tribunal Constitucional; éste decidía de forma previa y con carácter vinculante. Afortunadamente, esta reserva reglamentaria no pasó al proyecto de Constitución (20).

b) Efecto suspensivo de las impugnaciones ante el Tribunal Constitucional de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 161.2 de la Constitución). A diferencia del recurso de inconstitucionalidad, la interposición de este recurso —si puede llamarse así— lleva consigo la suspensión de la disposición o de la resolución de que se trate. En esto se asemeja al recurso previo de inconstitucionalidad, si bien la situación es muy distinta: en ambos hay suspensión, pero en el recurso contra las resoluciones de las Comunidades Autónomas lo que se suspende es la eficacia de una *norma* en vigor, y en éste lo que se suspende es un proyecto de norma. La suspensión dura hasta que el Tribunal se pronuncie y en aquél no puede exceder en ningún caso de cinco meses.

c) El control previo de los tratados internacionales: es ésta la única forma de auténtico control previo que encontramos en el texto constitucional. Se recogía ya en el artículo 55, apartado 3, del anteproyecto y pasaría con algunas modificaciones sustanciales al artículo 95 del texto definitivo:

Esta peculiar forma de control se ha justificado por los especiales efectos que lleva consigo la ratificación de un tratado, ya que una vez celebrado válidamente «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional» (art. 96.1 de la Constitución) (21).

(20) Una acertada crítica a este intento puede encontrarse en ARAGÓN REYES, «La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-Gobierno», en *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas (El proceso constitucional español)*, Ed. M. Ramírez, Madrid, 1978, pp. 297-315.

(21) CRUZ VILLALÓN ha puesto de relieve cómo la finalidad perseguida con el control previo sobre los tratados es diferente de la que se pretende con el control de constitucionalidad. «En un caso —en el segundo— de lo que se trata es de defender la Constitución, normalmente el régimen constitucional o la idea material del mismo; en otro caso se trata de la introducción de un nuevo Derecho, y sólo se trata de saber

d) Resta, por último, analizar el proceso seguido por la letra d) del apartado 1 del artículo 161 de la Constitución, cuyo interés radica en ser éste el portillo por donde se introduciría posteriormente el recurso previo de inconstitucionalidad en la LOTC.

El antecedente de este precepto lo encontramos en la letra d) del apartado 1 del artículo 152 del anteproyecto, según el cual «el Tribunal tendrá jurisdicción para conocer (...) d) de los demás casos previstos en la Constitución o en las Leyes Orgánicas» (22).

En el informe de la Ponencia se cambiará esta expresión por la de «de las demás materias que le atribuyan la Constitución y las demás Leyes Orgánicas» (23). Resulta llamativo que un precepto de tanta importancia como éste, que abría la puerta para atribuir nuevas competencias al Tribunal Constitucional, no recibiera en todo el proceso constituyente más que una enmienda. En el Senado, la Agrupación Independiente proponía sustituir la referencia a «la Constitución o en las Leyes Orgánicas» por «la Constitución o la Ley Constitucional prevista en el artículo 159» (se trataba de la ley que debe regular el funcionamiento del Tribunal Constitucional) (24). Se veía como algo positivo dejar una vía abierta para introducir nuevas competencias del Tribunal Constitucional, pero se consideraba que «si por el simple mecanismo de las Leyes Orgánicas puede asignarse competencias al Tribunal Constitucional, se corre el riesgo de convertirle en un órgano inútil e ineficaz a través de la multiplicación de sus funciones» (25).

Esta enmienda sería rechazada y se llegó de esta forma a un sistema abierto de competencias, con el riesgo que ello supone (26).

---

si su procedimiento de incorporación pasa o no por la previa reforma constitucional» («El control previo de constitucionalidad», en *Revista de Derecho Público*, núm. 82, enero-marzo de 1981, p. 12).

(22) *La Constitución española*, cit., vol. I, p. 34.

(23) *Ibidem*, p. 593.

(24) *Ibidem*, vol. III, p. 2939.

(25) *Ibidem*.

(26) ARAGÓN REYES ha indicado en este sentido que «resulta criticable el párrafo d) del apartado 1 del citado artículo 161, ya que parece grave la ilimitada delegación que establece a favor de las leyes orgánicas para fijar cuantas 'demás' competencias del Tribunal crean oportunas. Si las llamadas 'normas en blanco' son siempre criticables, si aún más la desconstitucionalización en bloque de una materia, doblemente grave resulta todo ello si esa materia se corresponde, precisamente, con la justicia constitucional, tan necesitada de rigor formal, con olvido de que las medidas concretas para tutelar jurídicamente la Constitución sólo deben contenerse en la Constitución misma. De ahí que sea censurable, pues, que el texto constitucional no señale, expresamente, todas las competencias del Tribunal, máxime cuando no existen motivos técnicos que lo imposibiliten. Su remisión a la ley orgánica ocasiona, en primer

IV. EL CONTROL PREVIO EN LA LEY  
ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (I)

1. *Debates parlamentarios*

Con los antecedentes indicados en el capítulo anterior —o más bien habría que hablar de la ausencia de tales antecedentes— se llegó a la redacción de la Ley Orgánica que, por mandato del artículo 165 de la Constitución, debía regular «el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones».

Y será en esta ley donde, amparándose en la vía que dejaba abierta el artículo 161.1.d) de la Constitución, se introdujo el recurso previo de inconstitucionalidad contra estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. El capítulo II del título VI tenía por encabezamiento: «Recurso previo de inconstitucionalidad de los textos que hayan de tramitarse como Leyes Orgánicas», y en el artículo 84 —único artículo que integraba este capítulo— se establecía un recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, frente a los proyectos normativos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Contra el texto se presentaron numerosas enmiendas que pedían su supresión. Los argumentos que se esgrimieron a favor de la misma pueden reducirse a cuatro:

a) Inconstitucionalidad por infringir el sistema de control de constitucionalidad introducido con la Constitución (27).

b) Inconstitucionalidad en cuanto que se introduce un nuevo requisito en el proceso legislativo, no previsto en la Constitución (28).

lugar, una situación de proceso constituyente permanente (lo que, por supuesto, no es deseable); en segundo lugar, una degradación del proceso constituyente mismo, en cuanto que serán las Cortes funcionando como Asambleas ordinarias y no como Asambleas constituyentes las que pueden introducir nuevas competencias del Tribunal Constitucional, y en tercer lugar, una distorsión del poder constituyente constituido, ya que por mayoría absoluta (y no a través del procedimiento de reforma constitucional, más cualificado y más seguro) pueden modificarse tales competencias. Todo ello ofrece el peligro de mermar el prestigio del Tribunal Constitucional, sometido a los posibles vaivenes de eventuales mayorías en el legislativo» (*El control de la constitucionalidad*, cit., pp. 178-179).

(27) En este sentido se pronunciaron los diputados MARTÍN TOVAR y PECES-BARBA, *Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, Servicio de Publicaciones de las Cortes, pp. 228 y 225-226.

(28) Cfr. las intervenciones de los señores PECES-BARBA y SOLÉ TURA, *ibidem*, pp. 226 y 230.

c) La mayor politización del Tribunal Constitucional que supone este tipo de recurso (29).

d) Por último, y aunque no se cuestionaba la constitucionalidad del precepto, se destacó la disfuncionalidad de este recurso.

Frente a estos argumentos, los partidarios de la introducción de esta nueva forma de control consideraban que, además de justificarse por la importancia de las leyes orgánicas, como ya se recogía en la exposición de motivos del proyecto, su introducción era totalmente lícita en virtud de lo dispuesto por el artículo 161.1.d) de la Constitución (30).

Al final, la fuerza de los votos se impuso a la de los argumentos y el texto fue aprobado y enviado al Senado. Sería en esta Cámara precisamente donde se introduciría una enmienda del senador SORIANO BENÍTEZ DE LUGO que, aceptada casi en su integridad, pasaría al texto definitivo, suponiendo una importante mejora del mismo.

## 2. Constitucionalidad del artículo 79 de la LOTC

Como hemos podido ver, ya desde el primer momento de la tramitación de la LOTC se planteó la posible inconstitucionalidad del precepto que introducía esta nueva forma de control de constitucionalidad. Para los grupos parlamentarios que consideraban que dicho precepto venía a conculcar la Constitución, estaba claro que ésta había optado por un sistema de control *a posteriori*, y la nueva regulación no podía por ello encontrar apoyo alguno en el texto constitucional. Para el Gobierno —y para los grupos que le apoyaban—, este nuevo precepto encontraba plena justificación en el apartado d) del número 1 del artículo 161 de la Constitución. Los constituyentes habían optado —para bien o para mal— por un sistema de competencias del Tribunal Constitucional de *numerus apertus*, de acuerdo con el cual cabía mediante ley orgánica que se ampliaran aquéllas.

Los motivos de la posible inconstitucionalidad del artículo 79 de la LOTC podemos reunirlos en tres grupos:

---

(29) Pueden verse las intervenciones de los diputados ROCA JUNYENT y SOLÉ TURA, *ibidem*, pp. 215 y 230.

(30) Tales fueron los argumentos que en defensa de este recurso daría OSCAR ALZAGA, *ibidem*, pp. 233-234.

a) *Ruptura con el sistema constitucional de control de constitucionalidad*

Del análisis de los debates parlamentarios sobre el título IX de la Constitución se desprende que nuestros constituyentes optaron por un sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad; por ello se trata de un control represivo que actúa sobre leyes ya en vigor, ignorándose toda forma de control previo, salvo en el caso de los tratados internacionales. El artículo 161 de la Constitución, que recoge las competencias del Tribunal Constitucional, señala en su apartado número 1, a), el conocimiento de los recursos de constitucionalidad «contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley»; este recurso se ha de interponer en un plazo de tres meses desde que la ley entró en vigor. En este sentido resultaba significativo que en el título II de la LOTC, que llevaba por encabezamiento «De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», no se incluyera el recurso previo.

Parece como si los propios legisladores de la LOTC hubiesen sido conscientes de que se trataba de algo anómalo, que no encajaba en el sistema previsto por la Constitución. Aparecía así este recurso en un título aparte —el título VI— junto con el control previo de los tratados internacionales. (regulación esta que tampoco parece la más acertada, ya que, como hemos visto, la naturaleza y circunstancias de ambos tipos de controles son muy distintos, coincidiendo únicamente en su carácter previo.)

Pero el hecho de que en la Constitución no se recogiera este tipo de control no suponía automáticamente su inconstitucionalidad, ya que la misma Constitución dejaba abierta una puerta para que mediante ley orgánica se introdujeran nuevas competencias del Tribunal Constitucional. Frente a esto el profesor PECES-BARBA sostuvo en los debates de la LOTC, y ha seguido sosteniendo posteriormente, la inconstitucionalidad del artículo 79 de la LOTC, a pesar del sistema de *numerus apertus* por el que optó la Constitución; señala que este sistema no da pie a la introducción del recurso previo, pues «en este supuesto no estamos ante una materia nueva cuya inclusión pudiera ampararse en el artículo 161.1.d) de la Constitución, sino ante una materia ya prevista en la Constitución en el artículo 161.1.a), que configura el recurso de constitucionalidad. El llamado recurso previo de constitucionalidad es la misma materia, pero tratada de modo distinto, con una técnica y una organización jurídica distinta, que produce asimismo unos efectos jurídicos diferentes. Por eso la ley orgánica tiene ahí también un efecto importante, un exceso que se podría considerar inconstitucional» (31).

(31) *El Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios, cit., p. 2054.*

Esta distinción aparece, sin embargo, demasiado sutil y fundamentada más en argumentos lingüísticos —distinción entre técnica y materia— que jurídicos. Resulta claro que este recurso no encaja bien con el sistema de control *a posteriori*, pero no es menos claro que el artículo 161.1.d) se incluyó con la finalidad de que se pudieran introducir nuevas formas de control. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que el recurso previo y el recurso ordinario son distintos no sólo por la técnica utilizada —como señala PECES-BARBA—, sino «por razones fundadas en la propia esencia y naturaleza de uno y otro» (32). Cabría, por tanto, decir que el fallo no ha estado tanto en el artículo 79 de la LOTC como en el artículo 161.1.d) de la Constitución, que le sirvió de —discutible o no— cobertura.

b) *Interferencias en el proceso de producción normativa*

Se señaló también en pro de la inconstitucionalidad del artículo 79 de la LOTC que éste venía a introducir un nuevo requisito en el iter de producción legislativa, que no estaba previsto en la Constitución. Esta, en efecto, recoge en el capítulo II del título III el procedimiento de elaboración de las leyes y dispone en su artículo 91 que «el Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales y las promulgará y ordenará su inmediata publicación». No se prevé ninguna excepción a esta regla, y el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso previo, vendría a interferir el proceso legislativo, estableciéndose una nueva exigencia al margen de la Constitución. Como ya vimos, el Tribunal vendría a ejercer en estos casos funciones cuasi legislativas, de tercera Cámara, introduciéndose un nuevo factor extraño a la propia naturaleza de la ley, que, una vez aprobada, debe ser sancionada (salvo en los casos en que se admita la posibilidad de veto).

Para algunos esta introducción de nuevos requisitos suponía vulnerar la Constitución, que ha querido regular por sí misma el proceso de elaboración legislativa y por ello no podría ser modificado por normas de inferior rango. Pensamos, sin embargo, que por el hecho de que el recurso previo no encajara de forma adecuada en el proceso de elaboración de las leyes, no cabe afirmar sin más su inconstitucionalidad. Se produciría ésta si se hubiera suprimido alguno de los trámites previstos, o si hubieran éstos sufrido alguna alteración relevante. Hubiera sido inconstitucional, por ejemplo, establecer que toda ley antes de su promulgación debiera ser sometida al Tribunal Constitucional. En el recurso previo tal y como lo recogía la

---

(32) Auto de 21 de marzo de 1983, fundamento núm. 1, en *BJC*, núm. 23, marzo de 1983, p. 290.

LOTIC cabía, sin embargo, encontrar una interpretación más o menos conforme con los principios constitucionales. Esto es lo que hizo precisamente nuestro Tribunal Constitucional en el polémico auto —sobre el que volveremos al tratar el problema del plazo de interposición del recurso— de 21 de marzo de 1983; se afirma en su fundamento jurídico número 2 que «el plazo de quince días para la sanción de las leyes previsto en el artículo 91 de la Constitución es un plazo máximo cuya observación es plenamente compatible con el de tres días que establece el artículo 79.2 de la LOTIC para el recurso previo contra Leyes Orgánicas y Estatutos de Autonomía, ya que una interpretación sistemática del ordenamiento permite integrar ambos preceptos, entendiendo que el legislativo no debe proseguir la tramitación del texto definitivo del proyecto hasta que transcurran los tres primeros días desde que dicho texto estuviere concluido». En la misma dirección apuntaba RUBIO LLORENTE cuando afirmaba en su voto particular a dicho auto la necesidad «de integrar el precepto citado (el art. 79 de la LOTIC) con el que recoge el artículo 91 de la Constitución». Cabía, por tanto, encontrar una interpretación del artículo 79.2 conforme a la Constitución.

c) *Problemas de colisión con el recurso «a posteriori»*

Se ha señalado, por último, como posible motivo de inconstitucionalidad del recurso previo que «este control preventivo coarta la libertad de independencia de los jueces constitucionales para pronunciarse, llegado el caso, de manera diferente a como se hizo en el control preventivo» (33). Sin ignorar que se trata de un riesgo que efectivamente puede darse, el hecho es que la regulación positiva de este recurso preveía la posibilidad de que el Tribunal se separara de su opinión inicial (art. 79.5 de la LOTIC). Parece, por tanto, difícil sostener la inconstitucionalidad del precepto en unos hechos más o menos previsibles, pero que no vienen a exceder del riesgo normal que corre todo aquel que toma decisiones de importante trascendencia política o, en términos más estrictos, que no vienen a exceder del problema general que tiene todo órgano jurisdiccional que se vea compelido (lo que es normal) a adoptar dos decisiones, separadas en el tiempo, sobre asuntos idénticos.

En resumen, y para concluir este epígrafe, cabe afirmar que nos encontramos con una institución cuyo encaje parece forzado en nuestro ordenamiento constitucional, pero que no resulta abiertamente contraria a la Constitución. Cabría hablar, por tanto, de incongruencia o de incoherencia, pero no de inconstitucionalidad. Hay que reconocer que, «materialmente, se ha

---

(33) ALMAGRO NOSETE, *Justicia constitucional*, Ed. Dykinson, Madrid, 1980, p. 354.

corregido el espíritu constitucional» (34), pero al mismo tiempo «la cuestión de su inconstitucionalidad no parece hoy día que pueda ya ponerse en tela de juicio, por lo menos en lo que a su regularidad formal atañe» (35).

El propio Tribunal Constitucional, en la única referencia que ha hecho sobre el tema, ha señalado que «éste es un recurso (el previo) establecido por la LOTC *cuya constitucionalidad nunca ha sido cuestionada* y que tiene su origen en el artículo 161.1 de la Constitución, que al establecer el ámbito de la jurisdicción y competencia del Tribunal Constitucional, incluye la de conocer de las demás materias que le atribuyan la Constitución y las Leyes Orgánicas» (36). Parece que estamos, por tanto, ante una institución desafortunada, pero no parece que pueda calificarse de «inconstitucional».

## V. EL CONTROL PREVIO EN LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (II)

### 1. *Naturaleza y objeto del recurso previo*

Después de haber estudiado una serie de cuestiones más o menos genéricas sobre el control previo y sobre su proceso de introducción en nuestro ordenamiento positivo, pasamos ahora a analizar la regulación concreta del mismo, que se contenía básicamente en el artículo 79 de la LOTC.

#### A) *Naturaleza procesal del recurso previo*

El primer problema que se plantea —antes incluso que el estudio del objeto del recurso— es el de su naturaleza procesal: si estamos o no ante un verdadero proceso. Como hemos señalado en el capítulo anterior, el recurso previo de inconstitucionalidad no se regulaba en el título II de la LOTC, que trata «de los procedimientos de declaración de la inconstitucionalidad», sino en el título VI, referente al control previo de inconstitucionalidad. Por otra parte, en todo el texto del artículo 79 de la LOTC no aparecían las expresiones «proceso» ni «sentencia»; la primera de ellas se sustituía por la de recurso y la segunda por la de pronunciamiento.

---

(34) *Ibidem*, p. 29.

(35) ALBA NAVARRO, «El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica», en *Revista de Derecho Político*, núm. 18, pp. 168-169.

(36) Auto de 21 de marzo de 1983, fundamento jurídico núm. 21, en el *B/C*, número 23, marzo de 1983, p. 290.



Esta cuestión está íntimamente ligada a la de carácter jurisdiccional o no del control previo. Al tratar de este problema (37) pusimos de relieve su carácter no estrictamente jurisdiccional y la naturaleza de índole política o consultiva de alguno de sus elementos.

Siguiendo las tesis de los procesalistas más comúnmente aceptadas, podemos definir el proceso como un «instrumento de satisfacción de pretensiones» (38), pero entendiendo tales términos en su sentido rigurosamente jurídico. En todo proceso hay unos sujetos —pretendiente, órgano jurídico y persona frente a quien se pretende—, un objeto —la pretensión procesal— y una actividad —pluralidad de actos que se ligan, de modo que sin cada acto anterior ninguno de los siguientes tiene validez y sin cada acto siguiente ninguno de los anteriores tiene eficacia— (39).

Entendido así el proceso, habría que incluir en esta categoría los recursos de control de la constitucionalidad, en los que lo único específico frente a otros procesos sería el órgano jurídico que conoce del asunto —el Tribunal Constitucional— y el contenido de la pretensión procesal —no se trata de enjuiciar conductas, sino normas.

Sin embargo, la cuestión no es tan clara cuando se trata del recurso previo de inconstitucionalidad. Lo propio de todo proceso es la resolución de un conflicto, de un litigio; con él se persigue el restablecimiento de un orden que ha sido alterado por una determinada conducta. En el recurso previo tal infracción no se ha producido, sino que, precisamente, se trata de impedir que la misma ocurra. Por otra parte, todo proceso que se desarrolla normalmente concluye con una sentencia que viene a poner fin a la controversia, ya sea declarando un derecho ya existente, ya sea constituyendo ese derecho (o, en el caso de control de normas, declarando, en su caso, su nulidad).

En el recurso previo, sin embargo, tal controversia no se ha producido aún y, por tanto, lo que se persigue no es su resolución; propiamente lo que ha habido es una consulta sobre si determinados y futuros preceptos legales —o mejor dicho, preceptos de una posible futura ley— se ajustan o no al Derecho (entendiendo éste, en el caso concreto que estamos estudiando, como la Constitución y el «bloqueo de la constitucionalidad»). Así vendría a explicarse que la LOTC no haya empleado el término «sentencia» y que si el Tribunal Constitucional lo ha hecho se debe a la imposibilidad de encontrar una terminología más adecuada en el texto de la LOTC. El artículo 86 de ésta recoge tres tipos de pronunciamiento del Tribunal: providen-

(37) Véase el epígrafe 3 del capítulo II.

(38) JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 16 y 17.

(39) *Ibidem*.

cias, autos y sentencias. No ajustándose el pronunciamiento recaído en un recurso previo de inconstitucionalidad a ninguno de los dos primeros tipos, vendría a incluirse —como mal menor— entre las sentencias. Como ya hemos indicado, el recurso previo responde más bien a una naturaleza de carácter consultivo, y por ello el Tribunal no resuelve una controversia mediante una sentencia, sino que más bien emite un dictamen —vinculante— con el objeto de que tal controversia no llegue a producirse. Por ello no estamos ante un proceso, aunque se resuelve conforme a las formas procesales.

Pero si es dudoso el carácter del proceso del recurso previo de inconstitucionalidad, aún lo es más su carácter de auténtico recurso. Por tal suele entenderse la petición de que sea revisada una determinada conducta que se considera no ajustada a Derecho (ya sea una resolución judicial, una determinada actuación administrativa o la emanación de una ley que se considera en contradicción con determinados preceptos constitucionales), pidiéndose por ello su nulidad. Pues bien, en el recurso previo «no se pide declaración de nulidad alguna, puesto que no se puede anular lo que aún no ha llegado a ser, sino un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los textos impugnados, al solo efecto de que las Cortes supriman o modifiquen estos textos antes de que sean sometidos a la sanción real» (40).

Pese a todas estas dificultades, nuestro Tribunal Constitucional, en las diversas resoluciones de recursos previos, ha hablado indistintamente de recurso o de proceso; esto se justifica quizá en que —como ya hemos puesto de relieve— sea la solución «menos mala» a la hora de encajar —un tanto forzadamente— el recurso previo de inconstitucionalidad en la regulación general de la LOTC.

#### B) *Objeto del recurso previo*

Por lo que se refiere al objeto de este recurso, el texto de la ley parecía claro al afirmar que «son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad con carácter previo los proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas». Y para disipar toda posible duda sobre cuáles sean tales proyectos, el artículo 79 de la LOTC continuaba diciendo que «el recurso tendrá por objeto la impugnación de:

a) El texto definitivo del proyecto de estatuto que haya de ser sometido a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma en el supuesto previsto en el artículo 151.2.3 de la Constitución. En los demás

---

(40) Voto particular del magistrado RUBIO LLORENTE al auto de 21 de marzo de 1983, en *BJC*, núm. 23, p. 292.

casos, se entenderá que es texto definitivo del Estatuto de Autonomía el que, con arreglo al apartado siguiente, se establece para los demás proyectos de Leyes Orgánicas.

b) El texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica tras su tramitación en ambas Cámaras y una vez que el Congreso se haya pronunciado, en su caso, sobre las enmiendas propuestas por el Senado.»

Se ha planteado, sin embargo, si lo que la LOTC llama «texto definitivo del proyecto de ley o de estatuto» son meros proyectos o si, por haberse perfeccionado ya la voluntad de las Cámaras, estamos ante auténticas leyes a las que faltaría el requisito, meramente formal, de la sanción. Algún sector de nuestra doctrina ha entendido que la expresión «proyecto de ley» estaba usada incorrectamente en este precepto de la LOTC, ya que lo que en ésta se denominaba «texto definitivo del proyecto» no era sino una verdadera ley. El recurso previo de inconstitucionalidad se caracteriza —según SANTAOLALLA LÓPEZ— «porque lo que se impugna es la Ley Orgánica aprobada por las Cortes, afectando, por tanto, a una Ley ya perfecta, a pesar de que el citado artículo se refiere al 'proyecto' de Estatuto o de Ley Orgánica, como si el procedimiento legislativo en las Cámaras no hubiese concluido ya en ese momento, realizando así una catalogación errónea que podría dar a entender que el texto en cuestión no estaba perfeccionado. En realidad, si la potestad legislativa se atribuye en exclusiva a las Cortes Generales por los artículos 66.2 y 91 de la Constitución, ya que la intervención sancionatoria del Rey es estrictamente vinculada y reglada, ha de convenirse que la ley —y no un simple proyecto— existe desde que la voluntad de aquélla se produce (...). El recurso previo opera sobre leyes ya perfectas pero sin que gocen de vigencia y eficacia, precisamente porque se produce antes de su inserción en el diario oficial, mientras que el directo u ordinario se interpone respecto a normas integradas en el Derecho vigente» (41). Esta misma argumentación fue recogida en la proposición de ley de derogación del capítulo II del título VI de la LOTC presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, y que fue aprobada íntegramente. Se afirma en la exposición de motivos de dicha proposición que «la redacción y eficacia del artículo 79 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, pueden tener difícil encaje en las previsiones del artículo 91 de la Constitución, que señala un plazo determinado de sanción real de las leyes aprobadas por las Cortes, sin prever plazos de espera de los eventuales proyectos, que por haber sido aprobados por las Cámaras han dejado de serlo para transformarse en leyes, si bien carentes de sanción

---

(41) *Op. cit.*, pp. 177-178.

todavía». Esto estaría en concordancia con el artículo 91 de la Constitución, según el cual «el Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y la promulgará y ordenará su inmediata publicación».

Pensamos que tal argumentación no puede aceptarse sin más. El procedimiento legislativo no concluye hasta que la ley es sancionada y publicada, y por ello estimamos que el tenor literal del artículo 79 de la LOTC era exacto al indicar que serán objeto del recurso previo «los textos definitivos del proyecto de ley de Estatuto o de Ley Orgánica». En el fondo estamos ante la importante cuestión del valor que se debe atribuir en la actualidad a la sanción, promulgación y publicación de la ley, cuestión que exigiría por sí sola un estudio más extenso que este artículo.

Reconociendo el carácter reglado de la sanción y la obligación del Rey de otorgarla, entendemos que la misma juega un cierto papel —aunque muy limitado— en el proceso legislativo, y que sin ella una ley no es tal. El régimen establecido por nuestra Constitución es un régimen de Monarquía Parlamentaria y —aun conscientes de que la propia Constitución se ha encargado de vaciar de contenido la mayor parte de las facultades jurídicas del Monarca— ello debe tenerse en cuenta en una interpretación global de nuestro ordenamiento jurídico.

Pero aunque se admitiera que la sanción sea una mera condición de eficacia, faltaría por resolver todavía el tema de la publicación, cuya importancia es puesta de relieve incluso por aquellos autores que niegan a la sanción toda virtualidad. Así, para SANTAMARÍA (42), «la publicación es un hecho de la máxima trascendencia, un requisito esencial, *sine qua non*, para la existencia misma de la ley»; «no es un mero instrumento de la ley (función en la que podría ser sustituido ventajosamente por otros medios de comunicación), sino un acto constitutivo de la misma. Es la publicación, y no ningún acto anterior, la que fija definitivamente el contenido de la ley».

De la misma opinión es GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien la publicación «es un requisito esencial para la existencia de la misma —de la ley—, no una mera regla formal o una condición de eficacia, como no es infrecuente que se afirme. Su carácter esencial está hoy corroborado, como un principio básico 'garantizado' por la Constitución, por el artículo 9.3 de ésta ('la publicidad de las normas')» (43).

(42) Comentario al artículo 91 de la Constitución en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*, dirigida por el profesor GARRIDO FALLA, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 930.

(43) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 127.

Por tanto, ya se ponga el énfasis en la sanción, ya en la publicación, hasta que ambas no se producen, las normas no adquieren el carácter de tales. En tanto el proyecto no sea publicado, no existe obligatoriedad ni, por tanto, eficacia, que son requisitos indispensables de la ley. Son meros proyectos de ley que únicamente producen efectos internos —la obligatoriedad de la sanción, promulgación y publicación— y algunos otros de carácter marginal —como la prohibición de que el Gobierno apruebe normas de rango inferior contrarias al contenido del proyecto de ley.

En resumen, a nuestro juicio, el objeto del recurso previo, como expresaba la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y como es congruente con nuestro ordenamiento, era, en sentido estricto, un proyecto de ley y no una ley.

## 2. *Legitimación*

El artículo 79 de la LOTC resolvía la cuestión de las personas legitimadas para interponer el recurso previo de constitucionalidad mediante una simple remisión a las normas que regulan esa materia para el recurso ordinario (primer inciso de su apartado segundo).

Acudiendo al artículo 32 de la Ley, resultaban legitimados para interponer el recurso previo:

- a) El presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) Cincuenta diputados.
- d) Cincuenta senadores.

e) Los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas cuando el proyecto de ley pueda afectar a su propio ámbito de autonomía.

En el proyecto inicial de la LOTC sólo estaban legitimados para interponer el recurso el Gobierno y las Cámaras (art. 84.1). Será al pasar dicho texto al Senado cuando, a propuesta del senador SORIANO BENÍTEZ DE LUGO, se concreta la legitimación de las Cámaras en cincuenta diputados o senadores y se concede legitimación al Defensor del Pueblo y, en su caso, a diversos órganos de las Comunidades Autónomas (44).

Esta ampliación parecía justificada en lo referente a las Comunidades Autónomas, siempre que la materia de que se trate pueda afectarlas de una forma directa. Sin embargo, nos parece que no era acertada la legitimación que, para todos los casos, se concedía al Defensor del Pueblo. Según dispone

---

(44) Cfr. *Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, cit., pp. 368 y 369.

el artículo 54 de la Constitución, éste es «un alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título (...), a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración». Al interponer un recurso previo de inconstitucionalidad, el Defensor del Pueblo no estaría realizando su actividad característica de control de la Administración para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que se daría la incongruencia de realizar un efectivo control de las Cortes Generales, de las que es comisionado. Nos parece que, en cualquier caso, en una correcta interpretación de estos preceptos habría que entender que el Defensor del Pueblo gozaba de legitimación sólo en aquellos casos en que el proyecto de ley posible objeto de recurso podía afectar directamente a los derechos o libertades públicas.

En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ ha calificado de «absurdo el reconocimiento de esta legitimación» (45), y para PÉREZ ROYO se le atribuye una legitimación «que nada tiene que ver con la función específica marcada por la Constitución, ya que ahora el control se ejerce básicamente sobre el Parlamento del Estado o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas» (46).

La práctica parece venir a confirmar esta realidad, al no haber hecho uso el Defensor del Pueblo en ninguna ocasión de este recurso previo.

### 3. Plazo

Este es otro de los puntos en que se ponía de relieve la falta de armonía entre el recurso previo de inconstitucionalidad y el resto del sistema de control de la constitucionalidad establecido en la Constitución y la LOTC.

El artículo 84 del proyecto de la LOTC establecía en su apartado 1 que el recurso previo se podrá interponer «una vez establecido su texto definitivo —de los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes Orgánicas— y antes de que el mismo sea sometido al siguiente trámite procedimental». El recurso se podría presentar, por tanto, mientras no recayese la sanción regia.

En el Senado, sin embargo, se consideró preferible establecer un plazo menor, dada la gravedad de los efectos que se producen al interponer un recurso de esta índole. Así, pues, el texto definitivo disponía —art. 79.2 de la LOTC— que «el plazo para la interposición del recurso será el de tres días desde que el texto definitivo del proyecto recurrible estuviere conclui-

---

(45) *Op. cit.*, p. 109.

(46) *Op. cit.*, p. 1194.

do». Para paliar la posible dificultad de preparar un recurso en este breve espacio de tiempo, el Tribunal Constitucional, en las normas sobre tramitación de recursos previos de inconstitucionalidad, estableció que, recibido el texto del proyecto contra el que se dirige el recurso, se dará vista del mismo al recurrente para que en un plazo que no exceda de quince días precise o complete la impugnación (47).

Esta cuestión del plazo, que podría suponerse de índole meramente formal, dio lugar a una interesante polémica, a la que puso fin un auto del Tribunal Constitucional —con el voto en contra de cuatro de sus miembros—; en dicho auto se afirmaba que «en este punto del plazo y de su respeto no nos hallamos, pues, ante un mero formulismo intrascendente, sino bien al contrario, frente a un precepto cuya observancia no es posible desconocer, ya que de ello depende nada menos que la esterilización de un recurso establecido en una Ley Orgánica, del que se podría privar a los legitimados para interponerlo, reduciendo a letra muerta preceptos merecedores de inexcusable acatamiento» (48).

El problema se planteó porque la Ley Orgánica 6/1983, de 2 de marzo, por la que se modificaban determinados artículos de la Ley 34/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, fue publicada en el *BOE* el día siguiente a su aprobación. Ese mismo día, don JOSÉ MARÍA RUIZ GALLARDÓN, como comisionado de cincuenta diputados, interpuso un recurso previo contra el texto definitivo de dicha Ley Orgánica, que por haber aparecido publicada ya en el *BOE* había dejado de ser proyecto para ser una ley perfecta. En vista de ello, la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional decidió no admitir a trámite el recurso, ya que contra una ley perfecta sólo cabe interponer el recurso ordinario.

Contra esta resolución presentaron los recurrentes recurso de súplica insistiendo en que se admitiera a trámite el recurso previo de inconstitucionalidad y se suspendiera la tramitación de la Ley Orgánica 6/1983. La argumentación de los recurrentes se fundamentaba en que el recurso se había presentado en el plazo legalmente previsto. Si se admitiese la inmediata publicación del texto aprobado por las Cámaras se dejaría sin efecto el derecho que la LOTC concede a unas determinadas personas u órganos para interponer el recurso.

Frente a estas razones, el abogado del Estado, en representación del Gobierno, puso de relieve el diferente objeto del recurso previo y del recurso

(47) Cfr. artículo 3 de dichas normas, recogidas en el *BOE* el 19 de julio de 1982, p. 19471. Sobre estas normas volveremos al tratar de la tramitación del recurso previo.

(48) El texto del auto puede verse en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 23, marzo de 1983.

ordinario de constitucionalidad. Objeto del primero son los textos normativos que no hayan cubierto aún todas las fases de su elaboración; del segundo lo son las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (49). En consecuencia, y puesto que la ley que se pretende recurrir ha cubierto ya todas las fases de su iter de producción, sólo cabe interponer contra ella el recurso ordinario de inconstitucionalidad. Por otra parte, el plazo de quince días para sancionar la ley que establece la Constitución en su artículo 91 es un plazo máximo, no limitado por ningún mínimo, y por ello la sanción y publicación pueden efectuarse desde el momento en el que el texto ha sido definitivamente aprobado por las Cortes.

Es evidente que nuestro más alto Tribunal se encontraba en la difícil tesitura de o bien aplicar el tenor literal de la LOTC —y entonces se vendría a sentar un precedente que dejaría sin contenido al recurso previo de inconstitucionalidad mediante la inmediata publicación del texto aprobado por las Cortes—, o bien buscar una interpretación flexible, más o menos ajustada a la letra de la ley, que salvara el recurso previo. En el fondo, lo que venía a ponerse de manifiesto una vez más es la falta de adecuación de este recurso a nuestro sistema de justicia constitucional y a nuestro sistema de elaboración de las leyes.

El Tribunal Constitucional partió de la base de la existencia de una interpretación integradora del artículo 91 de la Constitución y del artículo 79.2 de la LOTC: «El plazo de quince días para las leyes previsto en el artículo 91 de la Constitución —se afirma en el fundamento jurídico número 2 del auto— es plenamente compatible con el de tres días que establece el artículo 79.2 de la LOTC para el recurso previo contra Leyes Orgánicas y Estatutos de Autonomía.» El efecto de esta interpretación sistemática es que «el legislador no debe proseguir la tramitación del texto definitivo del proyecto hasta que transcurran los tres primeros días desde que dicho texto estuviese concluido».

Partiendo de aquí, la cuestión es —según el Tribunal Constitucional— si al haber sido publicada ya la Ley Orgánica recurrida ha desaparecido el objeto del recurso y debe procederse por ello a su inadmisión. Pero a continuación la argumentación del Tribunal no se centrará en esta línea, sino que considerará que «el que no se haya esperado al transcurso del plazo legal de tres días (...) constituye una actuación no ajustada a Derecho de acuerdo con la interpretación sistemática antes expuesta. Al no haberse seguido tal interpretación sistemática, el resultado producido, en términos objetivos, es

---

(49) Esta argumentación del abogado del Estado viene a confirmar lo que hemos expuesto al tratar del objeto del recurso previo.



el de la inobservancia de la ley aplicable (...). Y la solución no puede ser otra que el restablecimiento del orden jurídico mediante la aplicación del artículo 79.2 de la LOTC. Conclusión que no es sino una consecuencia necesaria del principio de legalidad garantizado en el artículo 9.º de la Constitución».

Consecuencia de este pronunciamiento debería ser, por tanto, la suspensión de la totalidad de la ley. Sin embargo, el Tribunal, ante lo peculiar de la situación e invocando el principio de conservación de los actos jurídicos, decidió suspender exclusivamente los preceptos impugnados y los que estaban en conexión con ellos.

Frente a esta resolución formularon dos votos particulares los magistrados RUBIO LLORENTE y TOMÁS Y VALIENTE, a los cuales se adhirieron los magistrados LATORRE SEGURA y DÍEZ DE VELASCO.

Para TOMÁS Y VALIENTE estamos ante una contradicción entre los artículos 91 de la Constitución y 79.2 de la LOTC, que debe resolverse en favor del primero de ellos en virtud del principio de jerarquía normativa. En consecuencia, estamos ante una ley perfecta que el Tribunal Constitucional no puede en ningún caso suspender por carecer de atribuciones para ello —salvo en el caso del artículo 161.2 de la Constitución—, y menos aún graduar en términos de equidad lo que de ella debe suspenderse.

RUBIO LLORENTE, sin embargo, considera —y en esto coincide sustancialmente con el auto— que cabe una interpretación armonizada de estos dos preceptos y, en consecuencia, «la transformación en ley de un proyecto, sometiéndolo a la sanción real antes de que tal plazo haya transcurrido —se refiere al de tres días para interponer el recurso previo—, implica una infracción de la normativa vigente». Sin embargo, considera que no cabe recurso previo —y en consecuencia éste no debe admitirse a trámite— por haber desaparecido el objeto del mismo: la ley ha sido —aunque con infracción del ordenamiento— promulgada y contra ella no cabe recurso previo de constitucionalidad. Una vez promulgada la ley, no cabe la suspensión de la misma —que es lo que persigue este recurso—, sino la nulidad, que exclusivamente puede lograrse a través del recurso ordinario (y de la cuestión de inconstitucionalidad).

Esta última nos parece que es la solución más adecuada. Como ya señalamos al tratar de la constitucionalidad del recurso previo, entendemos que debía haberse buscado una interpretación integradora del antiguo artículo 79 de la LOTC en armonía con los preceptos constitucionales y los de la propia LOTC. Sin embargo, pensamos que no hay fundamento para afirmar que el Gobierno actuó contra la Constitución al publicar la ley antes de transcurrido el plazo de tres días, ya que no hay ninguna norma constitucional

que prohíba tal actuación (50). Si, en cualquier caso, se admitiera tal infracción, la inmediata consecuencia debería ser la nulidad de la publicación, quedando entonces la ley en mero proyecto y siendo, por tanto, susceptible de recurso en la vía previa.

Sin embargo, esto no es así. La ley ha sido publicada constitucionalmente y por ello ha desaparecido el objeto del recurso previo. No cabe, por tanto, como hace el Tribunal Constitucional, suspender varios artículos de la ley. En primer lugar, porque de admitirse el recurso previo, la suspensión ha de ser de todo el proyecto, y en segundo lugar, porque al haberse producido la publicación contra ley sólo cabe declarar su nulidad o validez, y si es válida produce —en su integridad— todos sus efectos *ipso iure*.

No queda más remedio que admitir que el Tribunal Constitucional prefirió sacrificar la lógica jurídica para evitar la inutilización del recurso previo mediante una política de hechos consumados.

## VI. EL CONTROL PREVIO EN LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (III)

### 1. *Efectos de la interposición del recurso. Tramitación*

Dentro de la escueta regulación del recurso previo son especialmente escasas las referencias a su tramitación. El apartado 3 del artículo 79 de dicha Ley se limitaba a decir que «el recurso se sustanciará en la forma prevista en el capítulo II del título II de esta Ley», capítulo que se refiere al recurso ordinario de inconstitucionalidad.

Esta referencia en bloque a otros preceptos pone una vez más de relieve la ausencia de una adecuada regulación de este recurso, lo que vino a plantear nuevas dificultades que se añadían a las que surgían ya por la peculiar naturaleza del mismo. Para subsanar, en la medida de lo posible, esta insuficiente regulación, el Tribunal Constitucional aprobó una serie de normas complementarias sobre el recurso previo de inconstitucionalidad para «precisar la interpretación de las normas que lo regulan y de las que, con carácter supletorio, son de aplicación» (51).

(50) SANTAOLALLA LÓPEZ pone de relieve que para ser consecuente con el procedimiento legislativo «debería haberse establecido la prohibición de publicar la ley aprobada antes del transcurso del plazo legal», pero «si se obligase expresamente al Gobierno a observar dicho plazo se contravendría esta disposición —el art. 91 de la Constitución—» (*op. cit.*, pp. 186 y 187).

(51) Exposición de motivos del acuerdo de 14 de julio de 1982 del Pleno del Tribunal Constitucional, *BOE* de 19 de julio, p. 19471.

De los cuatro artículos de que se compone el capítulo II del título II de la LOTC, los dos primeros —31 y 32— no eran aplicables al recurso previo. Tampoco lo era el primer inciso del artículo 33, que se refiere al plazo de interposición del recurso. A partir de aquí es donde comienzan las referencias a los aspectos procesales del recurso que eran aplicables cuando éste se interponía en la vía previa.

«El recurso se formulará —establece el artículo 33— (...) mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar la ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido.» El artículo 1.º de las normas dadas por el Tribunal Constitucional coincide básicamente con este artículo, especificando más al señalar que «al escrito deberá acompañarse, en su caso, certificación del acuerdo por el que se resuelve la interposición del recurso y documento que acredite la representación de quien lo presenta».

La interposición del recurso producía una serie de efectos, entre los cuales el más importante —por su gravedad y por la excepción que supone a la regla general— era la suspensión de la tramitación de la ley. Según disponía el artículo 79 de la LOTC en su apartado 2, inciso final, «la interposición del recurso suspenderá automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos».

Cabría decir que, en cierto modo, se rompía aquí el principio general de la no suspensión de la vigencia y aplicación de la ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley recurrido (art. 30 de la LOTC). Pero decimos sólo en cierto modo porque aquí no estábamos ante la suspensión de los efectos de vigencia de una ley, sino ante la suspensión de la tramitación de un proyecto de ley. Como hemos insistido al tratar del objeto del recurso, el texto impugnado es un mero proyecto de ley, que produce unos efectos de carácter únicamente interno al propio procedimiento legislativo. Estos efectos —sanción, promulgación y publicación— son los que viene a suspender la interposición del recurso. Esta suspensión no carece de gravedad, en cuanto que supone impedir que se haga efectiva la voluntad de la representación popular, pero viene exigida por la naturaleza propia de la institución que estamos estudiando.

Menos clara aparecía, sin embargo, la referencia a la suspensión del «transcurso de los plazos» que se recogía en el mismo apartado 2 del artículo 79 de la LOTC. Es evidente que uno de estos plazos era el de quince días recogido en el artículo 91 de la Constitución para que el Rey sancione la ley, la promulgue y ordene su inmediata publicación. Pero al hablar la ley

de «plazos» —en plural— podría pensarse que también se suspendía el transcurso del plazo de tres días para interponer el recurso previo, de forma que mientras el Tribunal no se pronunciase (bien no admitiendo el recurso, bien admitiéndolo y resolviéndolo) podían interponerse nuevos recursos impugnando otros preceptos del texto o basándose en distintos fundamentos jurídicos.

La interposición del recurso producía también otros efectos, de naturaleza procesal: el traslado de la demanda al Congreso y Senado y al Gobierno (el art. 34 de la LOTC se refiere también a las Comunidades Autónomas, referencia que, sin embargo, no es aplicable al recurso previo); un plazo de quince días para la personación y formulación de alegaciones.

Pero los especiales efectos del recurso previo hacían que esta regulación, pensada exclusivamente para el recurso ordinario, dejara muchos problemas sin resolver, lo que intentó subsanarse, como ya hemos dicho, con las normas dictadas por el propio Tribunal Constitucional. Así, según el apartado 2 del artículo 1.º de dichas normas, la interposición del recurso —y no sólo la admisión de la demanda, como señala el artículo 34 de la LOTC— «será comunicada a los presidentes de las Cortes y del Gobierno a los efectos suspensivos previstos en el artículo 79.2 de la LOTC y publicada en el *BOE*». «En el día siguiente al de la interposición del recurso —señala el art. 3.º— se recabará de la Presidencia de las Cortes el envío del texto del proyecto contra el que se dirige el recurso.» Por último, antes de producirse la admisión o inadmisión del recurso, y debido a la brevedad del plazo para su interposición (tres días), se dispone que se dará vista del proyecto al recurrente «para que, en un plazo que no exceda de quince días, precise o complete la impugnación y, en su caso, subsane los defectos advertibles en la interposición y que pudieran oponerse a la admisión del recurso» (art. 3.º, inciso final).

A la hora de pronunciarse el Tribunal sobre la admisión del recurso pudiera ocurrir que la impugnación se basara en que el proyecto de ley calificada de orgánica no tuviera ese carácter, y entonces, si esto fuera así, no cabría el recurso previo, por no existir el objeto del mismo. Nos parece, sin embargo, que debería admitirse el recurso, pues sólo cuando el Tribunal en pleno se pronuncie definitivamente sobre el objeto del recurso se sabrá si el proyecto de ley tiene o no tal carácter (así ha actuado el Tribunal en el caso del recurso contra la LOAPA). También pudiera ocurrir que un proyecto de ley calificada como ordinaria se considerase orgánica por regular alguna de las materias que señala el artículo 81 de la Constitución. Si con esta fundamentación se pretendiera interponer un recurso previo, entendemos que el Tribunal debería desestimar el recurso por falta del objeto del mismo, y

sólo una vez promulgada la ley cabría interponer el recurso, ahora ya en la vía ordinaria.

Si se admite el recurso se siguen los trámites que, según ya hemos visto, establece el artículo 34 de la LOTC. Si no se admite, contra el auto de inadmisión del recurso cabe, en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 93 de la LOTC, recurso de súplica, «que no tendrá efectos suspensivos». Por tanto, a pesar del recurso de súplica, el proyecto de ley recurrido podría ser sancionado y publicado, pudiéndose dar entonces la paradójica situación de que, si al resolver el recurso de súplica se revoca la decisión de no admitir el recurso previo, tendríamos un recurso previo interpuesto contra una ley ya perfecta.

Esta situación, que no es fácil que se dé —aunque sí posible— en el caso de inadmisión por no subsanarse los defectos formales —pues éstos impedirían su posterior admisión—, sí puede ocurrir en los casos de inadmisión por presunta inexistencia del objeto del recurso, al decidir, en una segunda toma en consideración, que efectivamente existe tal objeto.

Estamos, por tanto, ante otra de las muchas incongruencias que surgieron como consecuencia de la introducción de esta institución en nuestro sistema de justicia constitucional. La única solución posible ante tales situaciones sería que el propio Tribunal, al admitir el recurso, decretara la suspensión de la ley (ya perfecta). Esta posibilidad, sin embargo, no está contemplada ni en nuestra Constitución ni en la LOTC, y supondría otorgar al Tribunal una competencia —la suspensión de los efectos de una ley en vigor— que no le corresponde.

Por último, queda señalar que, en virtud de lo dispuesto en la letra *d*) del artículo 10 de la LOTC, de todas las cuestiones referentes al recurso previo de inconstitucionalidad conocía el Tribunal en pleno.

La conclusión inmediata que pensamos debe extraerse de lo expuesto en este epígrafe es la ausencia de una auténtica regulación del recurso previo, ausencia que se intentó subsanar por nuestro más alto Tribunal mediante la elaboración de las normas sobre la tramitación de los recursos previos de inconstitucionalidad. Pero al elaborar éstas, el Tribunal, con una loable intención, vino a sobrepasar el ámbito de sus competencias, ya que propiamente no estamos ante un reglamento sobre su propio funcionamiento y organización, ni del régimen de su personal y servicios, que son las materias sobre las que el artículo 2.2 de la LOTC le atribuye competencia para establecer su regulación. De esta forma, el Tribunal se vio obligado a regular unas materias que hubieran debido ser contempladas en la propia LOTC.

## 2. Efectos del pronunciamiento del Tribunal

Una vez admitida la demanda por el Tribunal y cumplidos todos los trámites vistos en el epígrafe anterior, sólo quedaba esperar el pronunciamiento del Tribunal. Este podía o bien desestimar el recurso por entender que el proyecto era perfectamente acorde con la Constitución, o bien estimarlo, señalando los preceptos viciados por inconstitucionalidad. En uno y otro caso los efectos eran, lógicamente, distintos, salvo la publicación del pronunciamiento en el *BOE*, que debería hacerse dentro de los treinta días siguientes a la fecha del fallo (art. 86.2 de la LOTC).

Empezamos por el caso de una sentencia desestimatoria del recurso. En este supuesto los efectos son sencillos y no se plantean especiales problemas: según se disponía en la letra *a)* del apartado 4 del artículo 79 de la LOTC, se levantará la suspensión de la tramitación del proyecto y éste será, por tanto, sancionado y promulgado en el plazo de quince días, para su posterior publicación.

La cuestión se complica en el caso de la estimación del recurso, ya sea por considerar inconstitucional todo el texto (como ocurrió, por ejemplo, en la sentencia de 14 de julio de 1984, sobre la Ley de Incompatibilidades) o sólo alguno o algunos de sus preceptos. En este caso, según lo establecido en la letra *b)* del apartado 4 del artículo 79, el Tribunal «deberá concretar ésta —la inconstitucionalidad— y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente». La regulación no podía ser más escueta y da lugar a numerosos interrogantes.

La primera cuestión que se plantea es el carácter general o no de los efectos del pronunciamiento. Tanto en el recurso ordinario como en la cuestión de inconstitucionalidad es claro el efecto *erga omnes* que deriva de la nulidad de la norma, una de cuyas características es precisamente la generalidad. En el caso del recurso previo, sin embargo, la norma impugnada no existe todavía y, por tanto, el único efecto del pronunciamiento por la inconstitucionalidad es evitar que éste pueda llegar a convertirse en ley. Por esto, en la práctica, viene a afectar exclusivamente a aquellos órganos que intervinieron en su elaboración y, de un modo más directo, a los que deberían sancionarla y publicarla.

Por lo que se refiere al carácter constitutivo o declarativo de los efectos de la decisión del Tribunal, en el caso de un pronunciamiento por la inconstitucionalidad del proyecto de ley, propiamente ni se declara una nulidad ya existente ni la misma se produce como consecuencia de la decisión del Tri-

bunal. Y ello porque entendemos que no cabe hablar de nulidad de normas que aún no han entrado en vigor; solamente se viene a señalar que un determinado proyecto de ley contiene una regulación inconstitucional y que, por tanto, en caso de llegar a convertirse en ley, sería una ley nula, y esto es precisamente lo que se pretende evitar.

La tercera cuestión es qué ocurre con el texto del proyecto una vez que el Tribunal se ha pronunciado. Caben entonces varias conductas. La primera de ellas es la posibilidad de que las Cámaras (en virtud de lo dispuesto en los artículos 129 del Reglamento del Congreso y 109 del Reglamento del Senado) retiren el proyecto; también podrá retirar el proyecto de ley el Gobierno, siempre que no haya recaído acuerdo final de las Cámaras sobre el mismo (arts. 128 del Reglamento del Congreso y 127 del Reglamento del Senado).

En caso de que el proyecto no sea retirado ni por el Gobierno ni por las Cámaras, se ha de proceder a su sanción y promulgación, y esto puede hacerse bien suprimiendo los preceptos declarados inconstitucionales, bien modificando los mismos. En cuanto a los artículos no afectados por la inconstitucionalidad, no vemos ningún obstáculo para que, si es voluntad de las Cámaras, puedan modificarse o suprimirse, al igual que puede hacerse en cualquier otro momento del proceso legislativo.

Otra cuestión que se plantea es la referente a cuál sea el órgano competente a que se refería el artículo 79, ya que este precepto no da la menor pista conducente a la determinación de dicho órgano. El Tribunal Constitucional, por otra parte, tampoco ha indicado en ninguno de los recursos resueltos cuál sea este órgano (52).

La doctrina ha dado soluciones diferentes. Para ALBA NAVARRO (53) cabe, en primer lugar, la posibilidad de que el Gobierno retire el proyecto. En el caso de no hacerlo, el órgano competente «no son sino las Cortes Generales, las cuales tienen atribuida la potestad legislativa y son, por ende, el órgano constitucional que puede suprimir o modificar los preceptos de un proyecto de ley».

SANTAOLALLA (54) distingue según el Tribunal señale la supresión de

---

(52) PAREJO ALONSO ha criticado la actuación del Tribunal Constitucional en la sentencia de la LOAPA por no haber clarificado estos puntos. Entendemos, sin embargo, que no es ésta la misión del Tribunal, sino que dichas cuestiones deben resolverse por la vía legislativa. En «Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983, relativa al proyecto de LOAPA», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, septiembre-diciembre 1983, pp. 147 a 184.

(53) *Op. cit.*, pp. 176-180.

(54) *Op. cit.*, pp. 186-189.

los preceptos inconstitucionales o su mera modificación. En el primer caso entiende que la competencia corresponde a las Mesas del Congreso y del Senado, pues en el fondo «se trata de unos actos de constatación y ejecución material»; es más, considera que someter entonces la decisión a los Plenos de las Cámaras equivaldría a «reservarse la facultad de no aceptar el fallo del alto Tribunal, dada la posibilidad consiguiente de votar en contra, infringiendo así el artículo 164.1 de la Constitución». En el caso de la modificación, por el contrario, lo más oportuno es que resolvieran los Plenos de las Cámaras, por ser entonces necesario «un acto interpretativo, una decisión sobre las nuevas normas que viniesen a sustituir las declaradas inconstitucionales».

Por último, PAREJO ALFONSO (55), contestando a la pregunta de si deben resolver necesariamente los Plenos de las dos Cámaras, señala que, en principio, debería ser así, pues la competencia sobre el ejercicio de la potestad legislativa la detentan, en último término, dichos Plenos. «Pero no cabe duda —continúa diciendo el citado autor— de que tal respuesta —dada la naturaleza de estos órganos parlamentarios y el régimen de su funcionamiento— suscita numerosos inconvenientes, tanto más cuanto que los reglamentos de las Cámaras no han contemplado este supuesto (...). El punto decisivo es el de la iniciativa para la actuación parlamentaria, una vez recaída la sentencia. En la actualidad, faltando toda previsión expresa y siendo obligado situarse en el contexto del procedimiento legislativo [dados los términos del artículo 79.4.b) de la LOTC], la solución más próxima es la de acudir a la iniciativa legislativa.»

A la vista de todas estas posibilidades y de otras no recogidas en los argumentos expuestos, no resulta fácil determinar cuál de ellas deba adoptarse. Pensamos que el punto fundamental que hay que tener en cuenta para llegar a una solución acorde con el resto del ordenamiento constitucional es el hecho de que en un proyecto de ley —y máxime en el caso de un proyecto de ley orgánica— está recogida la voluntad de las Cortes Generales, que son las únicas que pueden determinar —siempre en el marco de la Constitución— el contenido de una ley. Las Cámaras, al aprobar un determinado proyecto, lo quieren con un contenido concreto y con un carácter específico (en este caso el carácter de ley orgánica). Por otra parte, lo quieren en un momento preciso y en base a unas circunstancias, que pueden haber cambiado si el Tribunal Constitucional se demora mucho en la decisión.

Por esto entendemos que deben ser las Cámaras —y en concreto sus Plenos— las que decidan qué deba hacerse con el texto. Con base en esta argu-

---

(55) *Op. cit.*, pp. 183-184.



mentación, no consideramos acertada la actuación seguida en el caso de la LOAPA. Como es sabido, en la sentencia que resolvió este recurso se declaró el carácter no orgánico y no armonizador de la ley, indicándose además la inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos (en concreto de los más relevantes). Las Mesas del Congreso y del Senado decidieron, en un acuerdo de 8 de septiembre de 1983, aplicar lo que quedaba del texto con el carácter de ley ordinaria (56). Desconocemos los argumentos que se invocaron al tomar este acuerdo, pero consideramos que la cuestión —y con mayor motivo en este caso, en que la decisión del Tribunal había modificado sustancialmente el proyecto inicial— debería haberse sometido a los Plenos de las Cámaras. En cualquier caso, ni el artículo 31 del Reglamento del Congreso ni el artículo 36 del Reglamento del Senado, que regulan las funciones de las Mesas de uno y otro, dan pie para atribuir a las mismas esta competencia.

En cuanto a la forma concreta en que las Cámaras resuelvan, entendemos que caben varias posibilidades, según se trate de la mera supresión de preceptos inconstitucionales o se pretenda introducir alguna modificación, ya sea en dichos preceptos, ya en otros no afectados por la declaración de inconstitucionalidad. Si se trata de la mera supresión sería suficiente con una votación en el Congreso a la totalidad del proyecto. Si se tratara de introducir modificaciones, o si en la votación a la totalidad no se consiguiera la mayoría necesaria, entendemos que debe iniciarse de nuevo el procedimiento legislativo, si bien, por la naturaleza del proyecto, posiblemente esté justificada su tramitación en lectura única (art. 150 del Reglamento del Congreso).

Como puede apreciarse, la solución no es cómoda y redundante en un mayor trabajo para las Cámaras, pero no podemos perder de vista que se trata de la modificación de una futura Ley Orgánica, y que para ello sólo son competentes los Plenos de las Cámaras (57).

La última cuestión, referente a los efectos del pronunciamiento del Tribunal, es la no producción del efecto de cosa juzgada, ya que, según establecía el apartado 5 del artículo 79 de la LOTC, «el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos que pudieran interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa».

---

(56) Recogido en el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados* de 19 de septiembre de 1983.

(57) Esta ha sido, de hecho, la solución que se ha adoptado en el caso del proyecto de ley de despenalización de algunos supuestos del aborto. El texto sobre el que recayó la sentencia del Tribunal se tramitó como si fuera una nueva proposición o proyecto de ley, siguiéndose los cauces ordinarios.

Esta solución ha sido criticada por algunos autores, que señalan cómo el recurso previo, además de los importantes problemas que comporta, no viene a dar una solución definitiva. Pensamos que esta afirmación no está del todo justificada, sino que es preciso distinguir según el Tribunal se incline, al resolver el recurso, por la constitucionalidad del proyecto o por la inconstitucionalidad. En el primer caso, efectivamente, hubiera sido más lógico que se produjese el efecto de cosa juzgada. En el segundo habría que distinguir a su vez según el texto sea publicado sin los preceptos inconstitucionales y sin ninguna modificación o se introduzcan variaciones en el mismo. En el primer supuesto pensamos que la solución debería ser también el reconocimiento de la cosa juzgada; en el segundo, por el contrario, es obligatorio reconocer la posibilidad de un ulterior recurso (que pensamos podría plantearse incluso en la vía previa), pues sobre el nuevo texto no se ha pronunciado el Tribunal.

## VII. DESAPARICION DEL RECURSO PREVIO

### 1. *Proposición de ley orgánica de supresión y recurso previo interpuesto por el Grupo Popular*

En su sentencia de 23 de mayo de 1985 el Tribunal Constitucional confirmaba la constitucionalidad del proyecto de ley de derogación del capítulo II del título VI de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Desaparecía así, tras casi seis años de polémica existencia, el recurso previo de constitucionalidad.

Como se recordará, este recurso, del que apenas se había hecho uso en los primeros años de vigencia de la LOTC (58), se utilizó, sin embargo, en la primera legislatura socialista contra los principales proyectos de ley orgánica que se elaboraron durante la misma. Este hecho volvió a poner sobre el tapete la cuestión de la conveniencia o no de este recurso, que venía a convertirse —según el partido del Gobierno— en una grave forma de obstruccionismo no parlamentario. Esta nueva polémica culminó con la proposición de ley orgánica de derogación del capítulo II del título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, presentada por el Grupo Socialista del Congreso (59). Se proponía así la desapa-

---

(58) Únicamente se interpuso contra el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico.

(59) Fue recogida en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 78-I, de 4 de mayo de 1978.

rición del recurso previo de inconstitucionalidad contra estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas.

Esta proposición constaba de un único artículo, de una disposición transitoria y una disposición final. Se limitaba a suprimir el artículo 79 de la LOTC y a introducir algunas pequeñas modificaciones formales obligadas por tal supresión.

El análisis del iter de esta proposición de ley tiene menos interés del que en un principio pudiera pensarse; los argumentos del Gobierno y los recogidos en las enmiendas serán reiterados en los distintos debates, quedando el texto definitivo tal y como estaba en un principio.

La exposición de motivos de esta proposición alude a la ruptura que supuso el recurso previo en el sistema de control —*a posteriori*— previsto en la Constitución, viniendo a distorsionar la pureza de relaciones de los poderes constitucionales del Estado; «el Tribunal Constitucional (...) se ve lanzado a una función que no responde al sistema de relación de poderes que la Constitución establece, interviniendo en el proceso de formación legislativa aún antes de que la voluntad parlamentaria se haya configurado definitivamente».

La proposición concluye con una memoria en la que se abunda sobre estos argumentos: la introducción de esta figura se produjo «por influjo de una interpretación extrapolada del artículo 54 de la Constitución francesa»; con ella «se dota de una cierta capacidad —siquiera transitoria— de veto constitucional al recurrente, desnaturalizando la propia calidad jurisdiccional del modelo adoptado»; la LOTC al incluir esta nueva figura opera una especie de yuxtaposición de modelos dotada de un alto grado de disfuncionalidad...

A esta proposición se presentaron veinticinco enmiendas. Las del Grupo Popular —una de ellas a la totalidad— iban encaminadas a mantener la posibilidad de que un proyecto de ley orgánica presuntamente inconstitucional pudiera ser suspendido si así lo estimaba el Tribunal Constitucional. Minoría Catalana presentaría una sola enmienda pidiendo que se supeditara la entrada en vigor de esta nueva ley a la finalización del mandato legislativo. El Grupo Centrista pediría la no atribución del efecto de cosa juzgada y la supresión de la referencia a los estatutos de autonomía, que consideraba ya anacrónica. El Grupo Parlamentario Vasco pediría la supresión de la proposición de ley, por entender necesario mantener el recurso previo de inconstitucionalidad. Como ya hemos indicado, todas las enmiendas fueron rechazadas.

Contra el proyecto aprobado por las Cámaras se presentó el que sería el

último recurso previo de inconstitucionalidad. Los principales argumentos del mismo —que se articularon en cinco motivos— fueron:

a) Supuesta infracción del artículo 9.3 de la Constitución, que recoge el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Tal infracción se produce cuando el bien perseguido es constitucionalmente ilícito o cuando hay desproporción entre fin perseguido y medios para alcanzarlo. Este es el caso, según los recursantes, de la supresión del recurso previo, en la que, con objeto de evitar el obstruccionismo parlamentario que, según la mayoría, practica la minoría, se rompe unilateralmente el bloque de la constitucionalidad e incluso se produce una reforma encubierta de la propia Constitución.

b) El recurso previo es una exigencia para la adecuada protección de los derechos, libertades públicas e instituciones propias de materias de leyes orgánicas; «será una exigencia constitucional necesaria allí donde su alternativa de inexistencia pueda conducir a situaciones no queridas por la Constitución española por gravemente contrarias a la misma o por absolutamente irreparables».

c) «La supresión total y absoluta del recurso previo posibilita el fraude constitucional consistente en proceder a la reforma de nuestro primer cuerpo legal sin necesidad de ajustarse a los trámites exigidos en el artículo 168 de la Constitución.»

d) La LOTC «tiene un valor supreordenado», «se sitúa en el vértice del bloque de la constitucionalidad» y, por tanto, «sin razón objetiva que lo justifique no está al arbitrio del legislador ordinario el modificarla».

e) «La facultad de suspender está implícita en la caracterización constitucional del Tribunal.»

## 2. Sentencia del Tribunal Constitucional (\*)

El Tribunal resolvió este recurso en su sentencia de 23 de mayo de 1985. Esta sentencia, cuya fundamentación jurídica es relativamente breve y que, parece, no dio lugar a especiales controversias entre los miembros del Tribunal, vino a reconocer algo que era casi evidente: puesto que el recurso previo fue introducido mediante una ley orgánica, podía ser suprimido por otra. Por ello, el Tribunal no entró en el fondo de la cuestión: naturaleza del re-

---

(\*) Cfr. PÉREZ ROYO, «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas», en *REDC*, núm. 17, 1986. Este trabajo apareció una vez terminadas estas páginas; coincidimos básicamente con la valoración que en él se hace del instituto en estudio.

curso previo, su constitucionalidad, etc. No obstante, a lo largo de la sentencia se hace referencia a alguna de las cuestiones polémicas que planteaba esta institución.

El Tribunal dedica un fundamento jurídico a cada uno de los motivos de los recurrentes.

Respecto a la posible quiebra del principio de la interdicción de la arbitrariedad, el Tribunal, después de señalar que este principio no puede ser utilizado «por la jurisdicción constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones», elude entrar en el fondo del problema (lo mismo hará con las principales cuestiones que se suscitarán a lo largo de la sentencia) y se limita a seguir la argumentación de los recurrentes: puesto que para éstos la arbitrariedad se produce en los dos casos ya señalados —fin ilícito o medios desproporcionados—, el proyecto «sólo sería constitucionalmente ilegítimo por su arbitrariedad y su finalidad si los medios con los que la sirve adoleciesen realmente de los defectos que el recurrente les imputa».

Para los recurrentes, la finalidad perseguida con el proyecto es «impedir el obstruccionismo parlamentario, y esto se hubiera conseguido también con menos sacrificio de las garantías constitucionales». El Tribunal, tocando de pasada dos importantes cuestiones —si la finalidad de las leyes que ha de tomar en cuenta el juez constitucional es la mediata o la inmediata y el análisis de la noción «bloque de la constitucionalidad»—, se limitará a señalar que «esta desproporción de los medios empleados por el legislador para alcanzar el fin que se le atribuye es, en los términos en que el recurrente la ofrece, resultado de un juicio político, en cuyo mérito este Tribunal no puede entrar».

En cuanto al segundo de los argumentos, el Tribunal, aceptando el punto de partida de los recurrentes —el mayor valor de los derechos fundamentales—, señala que ese mayor valor permite considerar implícitas en la Constitución instituciones de garantía que ésta explícitamente no ha creado. En este segundo fundamento se recogen también dos de las afirmaciones más importantes de la sentencia. Por una parte, el Tribunal afirma que «una institución como la del recurso previo no está destinada a asegurar la protección judicial de los ciudadanos que se sientan efectivamente lesionados en sus derechos fundamentales, sino a resolver en esta jurisdicción las diferencias existentes entre órganos constitucionales (o parte de ellos)». Por otro lado, se afirma que de esta manera se amplía, no contra la Constitución, pero sí al margen de ella, el ámbito del recurso de inconstitucionalidad que ésta, en los artículos 161.1.a) y 162.1.a), instauró.

Empezando por la segunda afirmación, hay que señalar que coincide básicamente con la postura que adoptamos al abordar (cfr. epígrafe 2 del capí-

tulo IV) el problema de la constitucionalidad del recurso previo: éste no va directamente contra la Constitución —por lo que es constitucional—, pero tampoco es coherente con el sistema que en ella se articula.

En cuanto a la primera afirmación, constituye la única referencia que el Tribunal ha hecho sobre la naturaleza y fines del recurso previo. A diferencia de los demás procesos de inconstitucionalidad, que están destinados a garantizar la primacía de la Constitución y enjuiciar la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados (art. 27 de la LOTC), el recurso previo está encaminado a resolver las diferencias entre órganos constitucionales (o parte de ellos) sobre la interpretación de determinados preceptos constitucionales (hay que señalar que no siempre los legitimados son órganos constitucionales o parte de ellos; piénsese, por ejemplo, en las Asambleas y Gobiernos autonómicos).

La afirmación del Tribunal pone de relieve las importantes diferencias que hay entre el recurso previo y el recurso ordinario. Estas diferencias no son simplemente, como algunos han pretendido, referentes al momento de interposición del recurso. Por una parte cambia su finalidad, en cuanto que ya no se pretende que sea declarada la nulidad de leyes o preceptos de ellas, y por otra cambia su naturaleza (así, esta definición que da el Tribunal parece ajustarse más al carácter de consulta que tiene este recurso).

En el fundamento jurídico tercero se analiza si, como señalan los recurrentes, la supresión del recurso previo posibilita el fraude constitucional, consistente en «proceder a la reforma de nuestro primer cuerpo legal sin necesidad de ajustarse a los trámites exigidos en el artículo 168 de la Constitución española». El Tribunal llevará este razonamiento a sus últimas consecuencias: de seguirlo, habría que concluir que la única forma de evitar esto sería que el Tribunal se pronunciase siempre de forma previa sobre la constitucionalidad no sólo de las leyes, sino de todo acto de poder.

Por otra parte, sigue afirmando el Tribunal —y éste es uno de los argumentos fundamentales frente a los partidarios de formas previas de control de la constitucionalidad—, «los actos o normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad (...) que obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad. Esta presunción es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular, y llega por ello a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es precisamente por ser representante de tal voluntad popular». Esto no supone dejar las manos libres al legislador. Como éste «está vinculado por la Constitución, la constatación de que la ley la ha infringido destruye la presunción y priva de todo valor a la ley, pero mientras tal constatación no se haya producido, toda suspen-

sión de la eficacia de la ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional».

En el fundamento jurídico cuarto rechaza el Tribunal la argumentación de los recurrentes según la cual, por pertenecer la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al bloque de la constitucionalidad, no puede modificarse por el legislador ordinario sin una razón objetiva que lo justifique. Esta argumentación suponía crear una especie de «tercer género» de normas entre la ley —ordinaria u orgánica— y la Constitución, que sólo podrían ser modificadas en virtud de no se sabe qué procedimientos. El Tribunal dejó claro que sea cual sea el lugar que la Ley Orgánica de este Tribunal ocupa en el llamado bloque de la constitucionalidad, su contenido es disponible para el legislador.

Respecto a la afirmación de los recurrentes de la existencia de una facultad de suspensión implícita, el Tribunal señala en el quinto y último fundamento jurídico que tal argumentación «no configura ante todo un motivo de impugnación, consistiendo sólo en una invitación al Tribunal dirigida a considerar vigente la norma reformada, aun después de su explícita derogación». No se pretendía, por tanto, la permanencia del recurso previo, sino que el Tribunal reconociera que, exista éste o no, goza de facultad de suspensión.

El propio Tribunal seguiría esta misma argumentación y eludió entrar en la cuestión de fondo: sea cual fuere el valor de la afirmación de los recurrentes, «no permite extraer ninguna conclusión a favor o en contra del recurso previo de inconstitucionalidad. Este no otorga al Tribunal Constitucional facultad alguna para suspender leyes, por la buena y simple razón de que no tiene por objeto leyes, sino proyectos de ley aprobados ya por las Cortes, pero no sancionados ni promulgados» (el Tribunal viene así a reconocer que el objeto del recurso previo no son leyes, sino proyectos de ley, coincidiendo con lo que afirmábamos en el epígrafe 1 del capítulo V de este trabajo).

Por todos estos argumentos, el Tribunal rechazó el recurso y vino a consagrar la desaparición de esta polémica institución. Esta sentencia, sin embargo, ha venido a aportar muy poco para una correcta construcción doctrinal del recurso previo. Como señalábamos al principio de este epígrafe, el Tribunal no se vio obligado a entrar en cuestiones de fondo, y de hecho las eludió. Cabe resaltar, sin embargo, algunas de las aclaraciones que hizo el Tribunal y a las que ya nos hemos referido. Estas son:

a) Que el recurso previo no es inconstitucional (fundamento jurídico segundo).

b) Que las leyes emanadas por el Parlamento gozan de una presunción

de legitimidad, que obliga a que su suspensión sea algo excepcional (fundamento jurídico tercero).

c) Que el objeto del recurso previo no son leyes, sino proyectos de ley (fundamento jurídico quinto).

## VIII. BALANCE: RELACION DE SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS PREVIOS

Se recoge a continuación una breve referencia a los recurso previos que ha resuelto el Tribunal Constitucional durante la vigencia de esta institución. El orden que seguiremos será el de la resolución de los mismos por el Tribunal.

### 1. *Ley de Elecciones Locales*

Aunque cronológicamente sea el segundo recurso previo presentado ante el Tribunal Constitucional, fue resuelto en primer lugar, por sentencia 38/1983, de 16 de mayo. El recurso fue promovido por don JOSÉ MARÍA RUIZ GALLARDÓN, como comisionado de cincuenta y cinco diputados más, contra el texto definitivo del proyecto de ley orgánica por la que se modificaban determinados artículos de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales. Impugnaban los recurrentes, por una parte, la totalidad del texto, por considerar que vulneraba el artículo 82 de la Constitución, y por otra los artículos 5.º, 6.º y 7.º del proyecto, por entenderlos contrarios al artículo 142 de la Constitución. El recurso fue desestimado en su totalidad.

Dio lugar este recurso al polémico auto del Tribunal de 21 de marzo de 1983, al que nos hemos referido extensamente en el epígrafe 3 del capítulo V de este trabajo.

### 2. *Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA)*

Aunque fue el primer recurso previo presentado ante el Tribunal Constitucional, fue resuelto en segundo lugar. La sentencia 76/1983, de 5 de agosto, resolvía los recursos acumulados promovidos por el Gobierno Vasco, Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, Parlamento de Cataluña y cincuenta diputados contra el texto definitivo de la LOAPA. El Tribunal



vino a declarar que el proyecto de la LOAPA no podía promulgarse como ley orgánica ni como ley armonizadora, señalando además la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 3, 4, 5.1, 5.2 y 5.3, 7.1 y 2 (párrafo segundo), 9, 10, 22.c), 23, 24.2, 34.1, 37.2 y los incisos contenidos en los artículos 32.2.a) y 37.1: «En función de la implantación real de la misma (artículo 32.2.a)» y «de conformidad con lo que disponga la legislación prevista en el artículo 149.1.18 de la misma, y la que, en su desarrollo, pueden dictar las Comunidades Autónomas» (art. 37.1).

En lo que atañe al recurso previo de inconstitucionalidad, esta sentencia planteó el importante problema de qué ocurre con la parte del texto no declarada inconstitucional, problema que fue resuelto, a nuestro juicio, de forma incorrecta (cfr. epígrafe 2 del capítulo VI) por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en su decisión conjunta de 8 de septiembre de 1983.

### 3. *Incompatibilidades de diputados y senadores*

La sentencia 72/1984, de 14 de junio, vino a resolver el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto por don LUIS FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ-MADRID y cincuenta y dos senadores más contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de Incompatibilidades de Diputados y Senadores, de 20 de diciembre de 1983. Para los recurrentes el texto vulneraba el artículo 70.1 de la Constitución, según el cual «la Ley Electoral determinará las causas de inelegibilidad de los diputados y senadores...». Esta misma fue la decisión del Tribunal, que declaró inconstitucional el conjunto del proyecto de ley orgánica.

### 4. *Ley de despenalización del aborto*

Por sentencia 53/1985, de 11 de abril, el Tribunal resolvía, casi un año y medio después de su presentación, el recurso 800/1983, de 2 de diciembre, interpuesto por RUIZ GALLARDÓN como comisionado de cincuenta y cinco diputados del Grupo Popular contra el texto definitivo del proyecto de ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, sobre despenalización del aborto en determinados supuestos. Como es sabido, el Tribunal resolvió —con empate a seis votos y aplicándose el voto dirimente del presidente— declarar inconstitucional el conjunto del proyecto por incumplir «exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución». La sentencia tuvo cinco votos particulares.

### 5. *Derogación del recurso previo*

El quinto recurso resuelto por el Tribunal fue, paradójicamente, el interpuesto contra el proyecto de ley orgánica de derogación del capítulo II del título VI de la LOTC, al que nos hemos referido en el epígrafe 2 del capítulo VII de este trabajo.

### 6. *Ley Orgánica reguladora del Derecho de la Educación (LODE)*

A pesar de ser suprimido el recurso previo, quedaban pendientes de resolución otros dos recursos previos. Uno de ellos era el recurso 180/1984, interpuesto por cincuenta y tres diputados contra el proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación. Fue resuelto por sentencia 36/1985, de 27 de junio. Los recurrentes impugnaron los artículos 20.2, 21.2, 22.1 y 2, 47.1, 48.3, 49.3, 51.2, 53, 57.a) b) d) e) f) y 1), 59, 60, 62.e) f); las disposiciones adicionales 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> y la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>, número 2, del artículo 22, y la disposición transitoria 4.<sup>a</sup>

### 7. *Ley Sindical*

La última sentencia recaída en un recurso previo fue la de 29 de julio de 1985, que venía a resolver los recursos 584, 585 y 594 de 1984, promovidos, respectivamente, por el Parlamento Vasco, el Gobierno Vasco y por sesenta y cinco diputados representados por RUIZ GALLARDÓN, contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical. De una parte, se impugnaba el conjunto del proyecto por entender que no garantizaba con una regulación completa y de carácter orgánico el ejercicio de la libertad sindical a todos los trabajadores y a todos sus sindicatos. Por otra parte, se impugnaban una serie de artículos, entre los que destacaban los números 6 y 7 y el 11.1; se impugnaba también la disposición adicional 2.<sup>a</sup> del proyecto. El Tribunal decidió rechazar todas las alegaciones en pro de la inconstitucionalidad y desestimó los recursos.

## IX. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo han ido poniéndose de relieve muchos de los inconvenientes que supuso la inclusión del recurso previo de inconstitucionalidad en nuestro sistema de justicia constitucional. Para concluir, intentaremos exponerlos de un modo más sistemático, aludiendo también a las ventajas que esta institución comporta, para poder hacer así una valoración global que haga más «fácil» la siempre difícil tarea de tomar partido en favor o en contra de una determinada institución. La decisión resulta aún más difícil en este caso por las peculiares circunstancias en que se ha desarrollado entre nosotros el recurso previo, con un partido político que cuenta con la mayoría absoluta en el Parlamento y en unos momentos en los que se estaban elaborando las principales leyes orgánicas. Esto lleva consigo una importante carga política, que viene a desfigurar los contornos estrictamente jurídicos, que son los únicos que hemos pretendido destacar en este trabajo.

Empezando por los *inconvenientes*, podemos resaltar los siguientes:

a) La excepción que el control previo supone respecto del principio general recogido en la Constitución —y que es a su vez criterio dominante en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada— de control *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes. Sin llegar a afirmar la inconstitucionalidad del recurso previo —por el sistema de *numerus apertus* por el que optó nuestra Constitución en el artículo 161.1.d)—, sí es cierto que el mismo no estaba en la mente de nuestros constituyentes y que no se ajusta al modelo establecido por nuestra norma fundamental.

b) Los importantes problemas técnicos que, como consecuencia de las razones apuntadas en el apartado anterior, suponía esta forma de control previo. Estas dificultades se veían incrementadas por la ausencia de una regulación global de esta institución, a la que —como hemos señalado en diversos apartados de este trabajo— sólo se dedicaba un artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (el número 79).

c) En tercer lugar —y éste quizá sea uno de los puntos clave—, la injerencia que supone este tipo de control en el procedimiento legislativo, añadiéndose, *de facto*, un nuevo trámite a los exigidos por la Constitución. Esta injerencia del Tribunal Constitucional en el procedimiento legislativo ni es consecuente con el papel que éste está llamado a desempeñar ni lo es tampoco con el concepto mismo de ley.

d) La mayor politización del Tribunal Constitucional que lleva consigo este tipo de actuaciones, ya que se ve obligado a desempeñar un papel que

no corresponde a su naturaleza. Como hemos señalado, el Tribunal actúa en estos casos como órgano consultivo, o más aún, como cuasi legislador, interviniendo de forma directa en el iter de producción normativa. Ambos papeles exceden el ámbito estrictamente jurisdiccional en el que deben situarse todas las actuaciones del Tribunal.

e) Se ha señalado por algunos autores que a todos estos inconvenientes había que añadir el hecho de que el recurso previo no zanjaba definitivamente los problemas, por la posibilidad de acudir después a la vía ordinaria, con el grave inconveniente de que en tal caso, y aunque jurídicamente nada obste para ello, resultaba difícil que el Tribunal se pronunciara en contra de su primer fallo. Lo que no cabría en ningún caso es que se cerrase esta posibilidad de una ulterior reclamación ante el Tribunal Constitucional, pues en tonces sí que se conculcaría directamente la Constitución.

f) Por último, hay que destacar la posibilidad de usar este recurso con fines obstruccionistas, impidiendo así la eficacia inmediata de las decisiones adoptadas por la mayoría del Parlamento. Realmente éste no es propiamente un efecto intrínseco de la sustitución —aunque en cierta manera es cierto que viene a facilitar tal posibilidad—, sino consecuencia de la falibilidad de las actuaciones humanas, que pueden conducir al mal uso de medios en sí mismos buenos o indiferentes. En cualquier caso, es ésta una cuestión más política que jurídica y excede, por ello, de la finalidad de este estudio.

Frente a todos estos inconvenientes, ¿cuáles son las *ventajas* del recurso previo de inconstitucionalidad? Básicamente, se pueden reducir a una: evitar que un proyecto de ley viciado llegue a convertirse en ley y a producir unos efectos cuya posterior reparación —en caso de declararse la inconstitucionalidad en un recurso ordinario— supondría múltiples y complejos problemas o resultaría incluso imposible. Se trata, en el fondo, de aplicar el viejo lema de «mejor prevenir que curar», sobre todo en aquellas materias de especial relevancia como son las reguladas en las leyes orgánicas o en los estatutos de autonomía.

Al introducir este recurso se pensó que al igual que había una forma de control previo en el caso de los tratados internacionales, podía extenderse a estas otras leyes de gran trascendencia, y en concreto se pensó —en unos momentos en que se estaban elaborando los estatutos de la mayor parte de las Comunidades Autónomas— en lo grave que sería que el Tribunal Constitucional —que entonces iba a dar sus primeros pasos— se viera en la difícil tesitura de declarar inconstitucional un estatuto de autonomía, especialmente en aquellos supuestos en que éstos habían sido refrendados por un referéndum popular.

La cuestión no se presenta, sin embargo, tan clara, y esta indudable ven-

taja de evitar los indeseados efectos de una ley que pudiese ser inconstitucional comporta también serios inconvenientes. En el caso de los tratados internacionales la mayoría de la doctrina está de acuerdo en reconocer las ventajas que supone un control previo, ya que, según lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», sin que quepa que una de las partes invoque «las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Por tanto, una vez ratificado un tratado, éste no puede modificarse o incumplirse —aunque sea manifiestamente inconstitucional— sino por los procedimientos propios del Derecho internacional. Por esa razón, nuestra Constitución recogió este tipo de control, que viene regulado en su artículo 95.

En cuanto a los estatutos de autonomía, la razón antes señalada de evitar que el Tribunal se vea en la difícil situación de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un estatuto en vigor podría también justificar —lo que no supone que de hecho sea conveniente— este tipo de control. En cualquier caso, todos los estatutos están ya en vigor, por lo que, en gran medida, desaparece su justificación (aunque el argumento, expuesto así, sería incompleto, ya que el recurso previo también cabría frente a las reformas de los estatutos). Pero la cuestión se complica especialmente en el caso de las demás leyes orgánicas. Como ya hemos puesto de relieve en este mismo epígrafe, atenta contra el principio mismo de ley la posibilidad de que sea suspendida, con el agravante de que tal posibilidad no se ajusta al sistema de producción normativa recogido en nuestra Constitución. Frente al perjuicio que supone que una ley inconstitucional produzca unos efectos tal vez irreparables, hay que señalar que también supone un grave perjuicio la paralización de un proyecto de ley que goza del respaldo del Parlamento, perjuicio que además viene agravado por el largo plazo en que tales recursos vienen siendo resueltos por el Tribunal Constitucional. *En caso de tener que aplicar una presunción, pensamos que resulta preferible hacerlo en favor de la constitucionalidad de las leyes y no en pro de su inconstitucionalidad.*

Por otra parte, y esto no podemos perderlo de vista en ningún momento, nuestros constituyentes, al tener que elegir entre uno de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, optaron por uno —el de control jurisdiccional— con el que resulta difícil armonizar esta forma de control previo. Por supuesto que esto no supone ninguna minusvaloración de otros sistemas, ni pretendemos afirmar que por el hecho de que una institución no esté recogida en los ordenamientos más afines al nuestro no pueda ser asumida, pero siempre que se haya hecho una detenida valoración de sus ventajas e inconvenientes.

Por todo lo expuesto hasta el momento, entendemos que, en un análisis jurídico, y dejando al margen cuestiones de mayor o menor oportunidad política, el recurso previo de inconstitucionalidad supone más inconvenientes que ventajas y que, por tanto, ha estado justificada su supresión (quedando ahora como única forma de control previo el control de constitucionalidad de los tratados internacionales). Este recurso suponía una mayor politización del Tribunal Constitucional, que se veía forzado, de esta forma, a desempeñar un papel que no le corresponde. Esta mayor politización —cuyos efectos han sido palpables— redundaba directamente en perjuicio del Tribunal Constitucional y por ello en la estabilidad de nuestro sistema democrático, ignorándose así las acertadas palabras que el profesor GARCÍA PELAYO pronunciara en el solemne acto de constitución del Tribunal Constitucional: «Si, como antes dijimos, la jurisdicción constitucional es un desarrollo lógico y un perfeccionamiento técnico de la idea del Estado de Derecho, esta jurisdicción implica necesariamente un alto grado de sumisión de la política al Derecho. Asegurar esta sumisión y no producir decisiones políticas en forma jurisdiccional es la delicada y alta tarea que se nos ha encomendado. Para llevarla a cabo se necesita, ciertamente, de nuestro propio esfuerzo, pero también, sin duda, de la sincera colaboración de todos los actores de nuestra vida política. Unos y otros hemos de renunciar a la tentación de hacer del Tribunal un órgano político, desvirtuando su auténtica naturaleza.»

Entendemos, por tanto, que con la supresión del recurso previo se ha prestado un buen servicio a la propia justicia constitucional, a la coherencia del ordenamiento jurídico y a la eficacia del régimen parlamentario; desaparece así una institución que ha ocasionado más perjuicios que beneficios al Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución española.